revista da consultoria-geral

estado do rio grande do sul

REVISTA DA

CONSULTORIA - GERAL

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RCGERS	Porto Alegre	v. 3	n. 6	p. 1 a 288	1973

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)

Catalogação elaborada pela
Equipe de Pesquisa e
Documentação da CGE.

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Valdocyr Santa Scomazzan — Coordenador

Ellen Gracie Narthfleet — Assistente

Jasé Maria Rasa Tesheiner

Jarge Arthur Marsch

Dilma Maceda Machodo

Número dedicado aos
participantes do

V CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO

realizado em Caxias do Sul,
de 14 a 18 de outubro de 1973.

SUMÁRIO

DOUTRINA

PARECERES

TRABALHOS FORENSES

JURISPRUDÊNCIA

DOUTRINA

DA PRESCRIÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO (*)

João Leitão de Abreu (**)

O permanente escapa ao tempo, visto que este nada mais é do que medida do ser enquanto suscetível de movimento. À mensuração temporal sujeita-se o que tem princípio e fim, pois, como ensina o Aquinata, supõe princípio e fim tudo quanto se move. Quando se afirma que o tempo influi sobre a realidade, usa-se expressão figurada para dizer-se que os fenômenos sucedem-se uns aos outros ou duram e, sucedendo-se ou durando, provocam outros fenômenos. O tempo, que não é coisa, em sentido próprio, senão categoria que serve à apreensão e ordenação do real, não é responsável pelo nexo entre os fenômenos, mas unicamente marca o ritmo em que a sua sucessão se realiza. São os fatos mesmos que, tangidos pela causalidade, assim eficiente como final, influem, pois, uns sobre os outros. Porém como, dentro da ordem contingente, não é possível pensá-los senão no quadro do temporal, assere-se que o tempo influi sobre a realidade, constituindo ele mesmo um fato. Com esta ressalva é que se pode dar curso à idéia de que o tempo, como fato, influi sobre o direito, assumindo a feição de fato jurídico.

A influência do tempo sobre o cosmos jurídico exerce-se sobre os seus dois polos: o do direito objetivo e o do direito subjetivo. Exclui-se, é certo, a ação do tempo, no tocante, assim à lei eterna, como aos princípios primeiros da lei natural, por isso que

---

(*) Este artigo foi escrito pelo autor há mais de 12 anos e publicado sob os auspícios do então Conselho do Serviço Público, em 1961. Era propósito do autor rever e ampliar esse trabalho, mas à vista de suas crescentes atribuições, tal não foi possível. Entre não publicar, por falta dessa atualização, e republicá-lo, nos termos iniciais, preferimos esta. (nota da redação)

(**) Ministro Extraordinário para Assuntos do Gabinete Civil da Presidência da República.

são uma e outros imutáveis e, destarte, imunes aos efeitos do que é temporal. O mesmo não passa, contudo, quanto à lei humana, que é mutável e sujeita por isso às injunções do tempo. As normas que nela se estabelecem são obra da inteligência e vontade do homem e sofrem da imperfeição que a estes é natural. Por isso mesmo a lei, enquanto expressão do direito humano, como que imita a fonte donde emana: nasce, dura ou vive e extingue-se ou morre. É verdade que, não se destinando a vigência temporária, a lei aspira à perpetuidade. A vocação para o permanente, que se predica da lei, nada mais representa, porém, do que a atração dos seres criados pelo que é perfeito e como tal imutável. Por ser humana e, pois, imperfeita é que a lei reclama sempre correções, que se processam mediante as transformações que, a intervalos mais ou menos longos, nela sempre se registram. Mudando-se o tempo, mudam-se também as leis, que dele sofrem, assim, a influência. Tal é o senhorio do tempo ou dos fatos, que nele se desdobram, sobre a lei, que esta encontra no tempo uma das limitações que a realidade opõe ao comando todo-poderoso do legislador. Em atitude, onde transparece uma das angústias perenes do homem, não se furta, por vezes, o legislador à tentação de operar, como que por golpe de magia, a reversibilidade do tempo. Não é outro o seu intento quando prescreve normas retroativas, nem diverso o seu escopo, quando estabelece, quanto aos fatos jurídicos, a repristinação dos seus efeitos, de maneira a repor as coisas no estado em que se encontrariam se o curso dos eventos se tivesse efetuado em estrita conformidade com a ordem jurídica. É evidente que esse esforço não poderia jamais alcançar, de forma integral, o resultado a que se dirige, pois a isso se opõe o próprio tempo, pelo seu caráter de irreversibilidade. A palavra com que o real responde ao comando legislativo, em tais hipóteses, é "quod factum est infectum fieri nequit". Logo, o mais que ao legislador se consente é engendrar ficção de retroatividade, pela qual se consideram fatos e efeitos jurídicos não ocorridos como se foram realizados, para se lhes imputar, no presente, conseqüências que teriam se as coisas assim se tivessem passado. À vontade legislativa, qualquer que seja o seu teor energético, não se dá, por conseguinte, fazer que não tenha acontecido o que, de fato, aconteceu.

Sob outra forma, igualmente importante, age o tempo, no entanto, sobre a lei, limitando-lhe os efeitos. O que, na realidade, acontece, as conseqüências que se ligam ao comportamento humano, desde que perdurem por espaço mais ou menos longo, exerce, por igual, irrecusável influência sobre a lei, no que entende com a sua eficácia. Destina-se a lei a manter estado de fato que se

reputa desejável ou a promover comportamento que se tenha como exigido pelo bem comum. Num como noutro caso, intenta ordenar a conduta do homem. Não o faz sob a forma suasória de apelos ou de conselhos, porém debaixo do tom enérgico do comando. A lei edita-se para que se traduza exteriormente em fatos, de maneira regular, o comportamento que prescreve. Quando a norma, que nela se insere, encontra correspondência no agir humano, diz-se que a lei é eficaz.

Ora, próprio do direito, segundo a expressão de Jhering, é a sua realizabilidade. Norma jurídica que não se mostra capaz de eficácia falha ao seu destino e inclina-se para a sua suplantação pela eficácia contrária oriunda de outra regra de conduta. A querela mais do que milenar a respeito das relações entre lei e costume supõe, em última análise, a paralisação ou suspensão da eficácia da lei, em face da eficácia contrária ou conflitante, que se irradie de outros fatos munidos de força normativa. Quando esse estado de coisas se prolonga por tempo mais ou menos longo, vê-se a ciência do direito compelida a decidir se a norma costumeira, que, quanto aos efeitos, prima sobre a lei, revogou, ou não, a norma legislativa, privando-a de validade, uma vez que de eficácia já se encontra despida.

Qualquer que seja a posição que se assuma perante essa **vexata quaestio**, nela está ínsito o reconhecimento da influência do tempo sobre o direito. Para que se dê o costume como capaz de vencer a lei, sempre se exigiu que a eficácia da norma, nele traduzida, persistisse durante tal ou qual tracto de tempo. Reconhecia-se, destarte, implicitamente, ser o tempo capaz de influir sobre a lei, de maneira análoga à em que se manifesta a ação que lhe é própria sobre o direito subjetivo, sob a forma da prescrição. Os canonistas, com a argúcia que lhes é peculiar, deram pela analogia. Quando, no **Codex Juris Canonici**, se regulam os casos, aliás limitados, em que o costume pode vencer, revogando-a, a lei eclesiástica, a linguagem que aí se usa é a de que, dentro em certos prazos, quarenta e cem anos, o costume prescreve e, pela prescrição, revoga a lei. Alude-se, por certo, à prescrição dita aquisitiva, mercê da qual o costume se transmudaria de fato em direito, investindo-se em todas as prerrogativas de norma jurídica, pela suplantação da norma legal, cuja eficácia repeliu, **tractu temporis**.

No que diz respeito ao direito comum, demonstrou, entretanto, Ruy Cirne Lima, com a maestria que lhe é usual, que o costume, em verdade, não só não vence hoje a lei, revogando-a, como jamais operou essa modificação na ordem jurídica. O mais que o costume acarreta é a paralisação espacial da eficácia da norma legal. Sem revogar a lei, opera o costume tão somente co-

mo direito particular, afastando a incidência da norma legal no tocante a determinados lugares ou regiões. As relações entre lei e costume são, unicamente, as suscetíveis de se estabelecerem entre direito comum e direito particular. Mesmo, porém, em face das relações que o sábio jurisconsulto, com inexcedível riqueza de documentos, dá como intercedentes, ainda no âmbito de países ditos de direito costumeiro, entre lei e costume, abre-se sempre lugar para a influência que o tempo, mediante os fatos que nele se desencadeiam, é capaz de operar quanto à lei, pois os efeitos desta, embora parcialmente, podem ser tolhidos pelo costume.

Como medida das relações de concomitância ou de sucessão dos fenômenos ou fatos, figura o tempo entre as fórmulas indispensáveis para que se desenhe o quadro do real, enquanto suscetível de movimento. Desse meio de mensuração há de servir-se, pois, a lei para submeter ao seu império, ainda que em termos de dever ser, a ação do homem, procurando, nem sempre com êxito, determinar-lhe a vontade, quer em face de si mesmo, quer de seus semelhantes, quer, por fim, da natureza não livre. Múltiplas são as medidas temporais que a lei utiliza para regular os efeitos dos fatos a que dá ingresso no mundo jurídico. Entre essas medidas contam-se, exemplificativamente, as que dizem respeito ao termo legal, ao prazo preclusivo, ao usucapião, ao termo presuntivo e à prescrição.

A **praescriptio temporalis** ou **temporis**, à qual, segundo a opinião hoje dominante, se reserva o **nomen juris** de prescrição, antes partilhado pelo usucapião, como **praescriptio longi temporis**, sinala o prazo após o decurso do qual a pretensão ou a ação não mais pode exercitar-se. A ordem jurídica deixa à iniciativa do titular da pretensão ou do direito promover a eficácia que no direito e pretensão se acha em potência. Não o fazendo, durante certo tempo, não usando dos meios que para isso lhe são assegurados, retira-lhe a ordem jurídica o instrumento que lhe estava ao dispor, diante da ocorrência do que se denomina prescrição. Pode esta ser então, invocada, como **exceptio**, pelo sujeito passivo da obrigação, que se vê, assim, quando tardiamente atacado pelo credor, liberto do encargo de realizar a prestação que lhe incumbia.

A **praescriptio temporalis** ou **temporis** não era conhecida no velho **jus civile** dos romanos. Durante largo tempo, as ações todas, ou quase todas, tinham-se como perpétuas. Embora a **actio** se achasse imune aos efeitos do tempo, podia, contudo, o **judex**, segundo a lição do Rudolf Sohm, no seu luminoso "Institutionen des römischen Rechts", concluir, no uso da liberdade que se lhe reconhecia na apreciação dos fatos, pela não consistência da prova do direito, diante da longa omissão em suscitar-se-lhe a eficácia,

pelo uso da **actio** cabível. À atividade inovadora do pretor é que se deve a instituição das primeiras ações, cujo exercício se subordinou a prazo. Ao criar, no edito ânuo, ação em tutela desse ou daquele direito, sujeitava o pretor o exercício dela ao prazo da sua investidura: "Intra annum", — proclamava, referindo-se a tais ações, — "judicium dabo". A influência do direito honorário, neste terreno, não tardou a manifestar-se no campo do **jus civile**, onde certas ações passaram, também, a encontrar limitação temporal de exercício. O escasso pendor do jurisperito romano para a generalização impediu, porém, durante largo período, que se formulassem princípios abstratos a respeito da prescrição das ações. Prescrição só havia nos casos expressamente enumerados, quer no âmbito do **jus civile**, quer no do **jus honorarium**. Somente no século V é que, por obra do Imperador Teodósio II, se veio a introduzir, como regra geral, a prescrição, como fórmula para tolher a ação ao titular do direito ou da pretensão, que o não exercesse durante certo prazo. Mantiveram-se, então, os prazos especiais, já consagrados, mas, quanto aos casos não previstos, se estabeleceu que a prescrição, como direito regular, se operaria em trinta anos e, como direito singular, em obséquio aos interesses de certas entidades, em quarenta anos. Então se frisava, porém, que a **praescriptio temporis** tolhia **a actio**, mas deixava incólume o direito.

A análise da prescrição, no que concerne à fórmula pela qual atua, manifesta, novamente, de maneira persuasiva, a influência da realidade, em seus aspectos extrajurídicos, sobre o direito. O que o sistema jurídico toma em conta para dar a **exceptio** ao prescribente mais não é do que estado de fato oposto ao que se deveria criar pela observância do direito. Este procura, como um dos seus pontos cardiais, a ordem; e se a tranqüilidade que dela resulta se instaura no social, o direito, em múltiplos casos, tende a assegurar-lhe a permanência, embora não chegue ao ponto de dar como não direito aquilo que, sob o seu império, como direito se constituiu. Ao direito ou pretensão retira, pela prescrição, a possibilidade que tinha o seu titular de lhe exigir a efieácia. A omissão do titular do direito ou pretensão em repelir-lhe a ofensa, mediante o apelo à ação, não acarreta, no entanto, o perecimento do título jurídico, que pode retomar, a qualquer momento, a eficácia anterior, perante renúncia, pelo prescribente, à **exceptio**.

O tempo não só influi, pois, sobre a lei, ou sobre o direito objetivo, como também sobre o direito subjetivo. Não perde a lei, como já se viu, a sua validade pelo costume, que a contrarie. Seus efeitos, entretanto, paralisam-se pelos fatos em que o costume se manifesta. Coisa análoga dá-se com o direito subjetivo,

que se vê, pelo fato contrário a ele, desdobrado dentro em certo período, despido de eficácia, sem ficar privado de validade.

Os traços fundamentais da prescrição, na forma como vieram a vincar-se na evolução romana do instituto, são os que hoje dominam, inclusive no nosso direito. É certo que se quebrou a unidade anterior, em que se abrangia sob o mesmo capítulo a **praescriptio longi temporis** e a **praescriptio temporalis**, aquela, hoje, qualificada à parte, no direito positivo de alguns países, entre os quais o nosso, como fenômeno jurídico distinto, marcado por notas que não permitem compreendê-lo no instituto da prescrição, que, em termos próprios, só diz respeito à **praescriptio temporis.**

A prescrição, em nossa lei civil, está regulada em termos gerais. Além de prescrições de prazos especiais, consagra-se o prazo ordinário de vinte anos, no qual incidem os direitos e pretensões para os quais não se estipulou prazo menor de exercício. Não se pode dizer, porém, que se tenham de todo abolido as **actiones perpetuae** do velho direito romano, pois estas subsistem quanto aos direitos e pretensões que, pela sua natureza, se devem ter como escapos à prescritibilidade. O campo da prescrição não se estende, assim, a todos os direitos e pretensões, que povoam o mundo jurídico, mas tão só àqueles direitos e pretensões que não estão protegidos, em razão da intocabilidade do bem jurídico que tutelam, por **actiones perpetuae**, se assim se podem chamar, na aceitação que ao instituto se atribuiu, nos primórdios do direito romano, as ações imprescritíveis.

Quanto ao direito administrativo, cumpre- que o problema prescricional se examine sob duas faces: a das dívidas ativas e a das dívidas passivas das pessoas de direito público.

A primeira questão que importa resolver-se é se as dívidas ativas das pessoas administrativas, isto é, as em que estas figuram como credoras, sujeitam-se à prescrição. Não existem, segundo observa Savigny, no seu monumental "System des heutigen römischen Rechts", pesquisas sérias e profundas acerca das ações do fisco. Adverte ele, porém, que as ações especiais do fisco sujeitavam-se já a prescrição, em época na qual as ações em geral cram imprescritíveis. O princípio da prescrição vintenária para as dívidas fiscais expressa-se em passo de Hermogeniano, recolhido no Digesto, Livro 44, tit. 3, 13, verbis: "In omnibus fisci quaestionibus, exceptis causis in quibus minora tempora servari specialiter constitutum est, viginti annorum praescriptio custo ditur". No mesmo sentido é a regra do Livro 48, tit. 17,2. Nota Theodor Mommsen, na sua monografia sobre o Direito Penal Romano (Römisches Strafrecht), que a prcscrição vintenária das dívidas fiscais se estendeu, em caráter geral, às ações criminais.

Não incidia, contudo, a prescrição vintenária sobre as ações fiscais, quando tivessem por objeto a cobrança de dívidas resultantes de impostos. De qualquer forma, não deixa de ser curioso o fenômeno de haver precedido a consagração, embora parcial, da prescrição das ações fiscais à das demais ações. Tanto mais é isso para estranhar, quanto é certo que a evolução posterior do direito, até os tempos modernos, propendeu para inverter a posição anterior, pois, enquanto se mantinha a prescrição das ações em geral, recalcitrava-se em admitir que as ações fiscais prescrevessem. Nos períodos regalistas essa tendência ganhou foros de cidade, sendo expressão dela, no velho direito francês, o brocardo: "qui mange la vache du roi, cent ans aprèsen paye les os", e, no direito saxão, o de que "nullum tempus occurrit regi".

No direito brasileiro, anterior ao Código Civil, vigorava a regra de que as dívidas ativas da Fazenda Nacional prescreviam em quarenta anos (Decreto n.º 857, de 12 de novembro de 1851, art. 9.º). Prescrições de prazo menor se estabeleceram, em casos especiais, de maneira que a quarentenária passou a considerar-se a prescrição ordinária das dívidas ativas. Com a entrada em vigor do Código Civil, propôs-se a questão de se determinar qual a repercussão, no campo do direito administrativo, das normas editadas a respeito da prescrição.

Quanto às dívidas ativas, sustentou Clóvis Beviláqua que a codificação do direito civil adotará princípios donde se lhes inferia a imprescribilidade. A imunidade das dívidas ativas à prescrição resulta, para Clóvis, da combinação dos art. 66, III e 67, do Código. No primeiro desses dispositivos se arrolam entre os bens públicos os domimcais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades. No segundo se estatui que esses bens só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma, que a lei prescrever. Da inalienabilidade que assim se impõe aos bens públicos tira o grande jurisconsulto, qual consectário inevitável, a imprescritibilidade das pretensões das fazendas federal, estadual e municipal, quanto aos bens que lhes enriquecem o patrimônio. Limita-se ele, no comentário à prescrição qüinqüenária, a escrever: "A razão não justifica esse privilégio e, muito menos, a imprescritibilidade das dívidas ativas, que resulta dos termos claros do art. 66, III, combinados com os do art. 67. É certo", — acrescenta, — "que o art. 163 declara que as pessoas jurídicas estão sujeitas ao efeito da prescrição, mas essa regra não se estende às pessoas jurídicas de direito público interno. Tal", — conclui, — "o sistema, que prevaleceu no Código Civil".

Observa, entretanto, Ruy Cirne Lima, que a regra da inalienabilidade dos bens públicos não está posta, no art. 67, em termos absolutos, visto que cessa a sua incidência nos casos e forma que a lei estabelecer. "Essa lei", — escreve o eminente jurisperito, no seu livro "Princípios de Direito Administrativo Brasileiro", que se tornou um dos clássicos de nossa literatura jurídica, — será normalmente a lei da União, ou a lei do Estado, ou a lei do Município, enfim, a lei da pessoa legiferante de quem o bem público depender. A prescrição, no entanto, é reputado tema de direito civil sobre o qual aos Estados mesmos se recusa competência para legislar. De tal maneira, só a lei federal poderá estabelecer os casos de prescrição dos direitos em geral da União, dos Estados e dos Municípios. Mas é indiscutível que a lei federal poderá fazê-lo. Reduz-se, pois, a opinião de Beviláqua à afirmativa de que nenhuma lei federal regula e estabelece a prescrição dos direitos da União, dos Estados e Municípios". Ainda, porém, que entendida nessa acepção a assertiva do grande codificador da nossa lei civil, não poderia ela, contudo, como acentua Cirne Lima, ser acolhida, pois, nesse particular, a razão está com Luiz Carpenter, quando discorre: "O Código Civil nos artigos 177 e 178 teve o cuidado de não se referir a nenhuma ação comercial; mostrou, assim, que era estranho, ou alheio, às ações comerciais, cujo prazo de prescrição continuaria a ser regulado pelas leis comerciais. Com relação, porém, ao direito administrativo e ao direito processual, o Código Civil Brasileiro não guardou a mesma atitude, uma vez que estabeleceu prescrições especiais, ou mais curtas do que a ordinária que, de outra sorte, cairiam na esfera das leis administrativas e das leis processuais. Daí e do que diz o art. 179 do mesmo Código Civil Brasileiro, concluímos que a prescrição de trinta anos é, também, a prescrição ordinária vigente no direito administrativo e no direito processual do Brasil" (Manual do Código Civil Brasileiro, de Paulo de Lacerda, t. IV, Rio de Janeiro, n.º 186, p. 368).

Não obstante a autoridade incomparável de Beviláqua, não mais se questiona, hoje, contudo, acerca da prescribilidade das dívidas ativas das pessoas administrativas. Mantém-se, todavia, aceso o debate quanto aos prazos em que a prescrição de tais dívidas se opera. O exame do problema revela a existência de três posições, cada uma das quais se arroga a prerrogativa de ser a que corresponde à melhor interpretação dos textos legais. A primeira é a dos que asserem regular-se a prescrição das dívidas ativas, nascidas fora do direito civil, pelas prescrições estabelecidas em leis especiais. Ao regime prescricional do Código Civil sujeitar-se-iam, porém, os direitos e pretensões em que as pessoas administrativas se investissem sob a proteção da lei civil. Destarte, para pretensão ou direito constituído sob norma administrativa, prescrição especial, prevista em lei vagante ao largo do Código; para pretensões ou direitos privados, constituídos por incidência do Código, prescrição civil, tal como nele se regula. Em consonância com essa doutrina, aplicar-se-ia às dívidas ativas, quando correspondessem a pretensões ou direitos subjetivos públicos, a prescrição quarentenária, instituída no Decreto n.º 857, de 12 de novembro de 1851, se não estipulado, em lei especial, prazo menor; quando a pretensão ou direito subjetivo fosse privado, a prescrição ordinária seria de vinte anos, se não caísse sob prescrição de menor prazo, dentre os arrolados no Código Civil. Em sentido quase oposto estão os que sujeitam aos prazos do Código Civil a prescrição das dívidas ativas das pessoas de direito público, qualquer que seja a sua origem. Entre essas duas posições, quase antagônicas entre si, encontra-se a doutrina dos que dão como sujeita ao regime do Código a prescrição das dívidas ativas das pessoas administrativas, excetuadas as dívidas fiscais, que se tenham posto, em lei especial, sob disciplina prescricional própria. Esse terceiro entendimento, que constitui como meio termo entre os anteriores, é o que reúne a maioria dos sufrágios. De acordo com essa terceira posição, é este o regime prescricional das dívidas ativas da fazenda pública: a) os casos não previstos incorrem na prescrição ordinária de vinte anos; b) sujeitam-se, ainda, as dívidas ativas aos prazos menores de prescrição estatuídos na lei civil; c) a prescrição das dívidas fiscais, assim entendidas as tributárias, regula-se pelas normas especiais que a tal propósito tenham sido editadas.

A prescrição das dívidas passivas do Estado, ou seja, daquelas em que este figura como devedor, madrugou, também, ao menos quanto à fazenda nacional, no direito pátrio, que as submete, tradicionalmente, ao prazo prescricional de cinco anos. Chama, desde logo, a atenção, quando se examina o tema, a exigüidade do prazo prescricional, que coloca as entidades públicas em posição avantajada em relação aos demais sujeitos de direito. Há quem chegue a increpar à qüinqüenária o constituir-se em privilégio, odioso como soem ser os privilégios, das pessoas administrativas. A verdade é, porém, que razões poderosas militam em favor de prescrições curtas para as dívidas passivas do Estado. Referindo-se ao direito francês, em que as dívidas passivas do Estado sujeitam-se a preclusão quadrienal, justifica Marcel Waline a brevidade do prazo em que decai o direito creditório contra as pessoas administrativas. Afirma ele, deduzindo argumento que vale para o nosso direito, que a regra da preclusão quadrienal é conseqüência indireta da noção de exercício orçamentário. É incompatível, na realidade, com o princípio da anualidade do

orçamento ter a administração pública que avir-se, em momento dado, com o encargo de acudir ao pagamento de despesas relativas a muitos exercícios. Importa, antes, que as contas de cada exercício se encerrem, definitivamente, no mais breve período, para que se torne possível, a prol do interesse coletivo, a boa gestão das finanças públicas.

Consagrou, em nosso direito, o princípio da prescrição qüinqüenária das dívidas passivas da Fazenda Nacional a Lei de 30 de novembro de 1841, art. 20. Corrido quase um decênio, sobreveio o Decreto n.º 857, de 12 de novembro de 1851, onde, para facilitar-lhe a aplicação, se conferiu desenvolvimento à regra da prescrição qüinqüenária. Coube a esse Decreto implantar, quanto à prescrição das dívidas passivas da Nação, as normas que haveriam de constituir as bases permanentes do instituto, uma vez que as modificações posteriormente introduzidas, por via legislativa, no regime da prescrição qüinqüenária, não infletiriam, fundamentalmente, as coordenadas descritas pelo ato de 12 de novembro de 1851. A inovação de maior porte que se afirma haver o Código Civil adotado a propósito teria consistido na ampliação do âmbito de incidência da qüinqüenária, que se sustentava concernir, antes do advento da codificação civil, apenas às dívidas passivas da Nação. Entendia-se que a prescrição qüinqüenária denotava privilégio, deferido à Nação. Força era entender-se, pois, em termos estritos a regra que a dava como capaz de operar, pelo decurso do qüinqüênio, a desoneração da Fazenda Nacional. Quaisquer que tenham sido, porém, as vacilações registradas em se limitar, já sob o regime republicano, a prescrição qüinqüenária às dívidas passivas da União, o certo é que, a partir do Código Civil, espancaram-se, a tal respeito, todas as dúvidas, por isso que este submeteu, explicitamente, à prescrição de cinco anos, assim as dívidas da União, como dos Estados e dos Municípios.

Problema análogo veio a propor-se, no tocante à prescritibilidade no qüinqüênio, a respeito das dívidas passivas das chamadas entidades autárquicas. Novamente se argumentou, para excluí-las da aplicação, primeiro do Código Civil, art. 178, § 8, 10, VI, e, depois, do Decreto n.º 20.910, de 6 de janeiro de 1932, com a natureza dessas regras legais, que reclamavam interpretação estrita, não podendo, destarte, estender-se a hipóteses nelas não previstas. Referiam-se os preceitos legislativos em que se regulava a qüinqüenária unicamente à União, Estados e Municípios. Logo, não se poderiam compreender como beneficiárias desses dispositivos as entidades autárquicas. Ao decreto-lei n.º 4.597, de 19 de agosto de 1942, coube tal como fizera o Código Civil, quanto à legislação anterior, ampliar o campo de incidência da qüinqüenária. Por via dele passaram essas pessoas jurídicas de direito público a gozar, também, da proteção que a prescrição de cinco anos confere ao patrimônio dos entes administrativos de existência necessária.

Beneficiários da prescrição especial de cinco anos, são, por conseguinte, no estado atual do nosso direito, todas as pessoas administrativas. Definidos assim os sujeitos que a prescrição favorece, resta apurar-se, no entanto, se a imunidade, que o decurso do qüinqüênio outorga, ao ataque judiciário, por parte de quem pretenda reintegrar direito, que afirme ter sido ofendido pela administração, alcança todas as ações ou se, ao contrário, estão algumas delas a salvo da **exceptio** que a qüinqüenária pode conferir.

Já se demonstrou, nos breves traços em que se desenhou a evolução histórica da prescrição das ações, que estas, a princípio, eram tidas como imprescriptíveis. Os direitos e pretensões mantinham-se a salvo de reação jurídica pelo seu não exercício, diante da proteção que lhes assegurava a perpetuidade das ações. O interesse da paz social fez, porém, que se rompesse, aos poucos, a muralha protetora que representava para os direitos as **actiones perpetuae.** A história do direito narra que, ao lado de ações perpétuas, outras ações se foram instituindo, às quais se assinava prazo de exercício, chegando-se, por fim, a formular regra de prescrição ordinária, para aplicar-se aos direitos, cuja acionabilidade não se encontrasse especialmente prevista. Apesar da generalização do princípio da prescritibilidade das ações, nunca chegou, porém, a delir-se do orbe jurídico a figura da **actio perpetua**, no sentido do direito romano primitivo, pois que a expressão, com a mudança operada, na ordem jurídica, quanto à prescritibilidade das ações, passou a empregar-se para denotar as ações sujeitas à prescrição ordinária, entretanto que, para as demais ações, se reservou o **nomen juris** de **actiones temporales.**

Em face da persistência de ações imprescritíveis, ou perpétuas, as regras sobre prescrição cumpre se entendam, pois, em termos hábeis: só incidem quando prescritível a ação ou pretensão. Parece que, colocando-se assim o problema, gira-se em raciocínio circular, incorrendo-se em **petitio principii.** A dificuldade em enuclear-se conceito de ação imprescritível reside em que o tema prescricional é o teatro por excelência do arbítrio legislativo, que ora restringe, ora amplia o campo da prescrição, pondo, não raro, debaixo de seus efeitos ações que, antes, por longo tempo, se tinham como imprescritíveis, qualquer que seja a índole da pretensão ou do direito, que tutelavam. Por maior que seja a generalidade conferida até hoje à incidência da prescrição, sempre se manteve ao largo dela grande número de ações. Quais sejam elas, pertence ao **nobile officium** do intérprete determinar.

No número das ações imprescritíveis contam-se, para exemplificar, as concernentes ao estado das pessoas. Invoca-se esse exemplo, porque guarda ele afinidade com o status do indivíduo, na ordem política. Da mesma sorte que são imprescritíveis as ações relativas ao estado das pessoas, na ordem privada, encontram-se, também, fora do alcance da prescrição qüinqüenária as ações destinadas a desfazer ofensa ao estado político dos indivíduos.

Não incorrem, destarte, em primeiro lugar, na qüinqüenária, as ações que, pela natureza do direito ou pretensão que tutelam, se tenham como imprescritíveis. Refogem, ainda, à prescrição qüinqüenária, segundo opinião que se pode dizer geral, as ações reais, cujo prazo de prescrição é o comum, estabelecido para tais ações na lei civil. Permanecem, pois, no campo da prescrição qüinqüenária como sujeitas aos seus efeitos, somente as ações pessoais. Mas, — indaga-se, todas as ações pessoais, tenham ou não conteúdo patrimonial? Vozes autorizadas, que decisões jurisprudenciais corroboram, proclamam não serem os direitos pessoais, a que falte conteúdo patrimonial, alcançados pela qüinqüenária, que só abrangeria, assim, os direitos pessoais de objeto patrimonial.

A afirmativa de que as pretensões e ações pessoais, esvaziadas de interesse patrimonial, não se sujeitam à prescrição qüinqüenal, funda-se na exegese de expressões usadas pelo legislador, quando curou, em diversos momentos, da prescrição das dívidas passivas da fazenda pública. Já no Decreto n.º 857, de 12 de novembro de 1851, se dizia que a prescrição de cinco anos, a respeito da dívida passiva da Nação, operava a completa desoneração da Fazenda Nacional do pagamento da dívida, que incorria na mesma prescrição. Sujeitavam-se, pois, nesse Decreto, a prescrição qüinqüenária somente direitos de ordem patrimonial, pois o de que nele se cogitava era na desoneração da Fazenda Nacional de suas dívidas. Considerou-se, depois, em face da Lei de 28 de agosto de 1908, que se mantivera, nesse ato legislativo, a orientação anterior, dados os termos em que se achava concebido o seu art. 9.º, onde se preceituava: "A prescrição qüinqüenal de que goza a Fazenda Federal (Decreto n.º 857, de 12 de novembro de 1851, arts. 1 e 2) se aplica a todo e qualquer direito e ação que alguém tenha contra a dita Fazenda, e o prazo da prescrição corre da data do ato ou fato do qual se originar o mesmo direito ou ação, salvo a interrupção por meios legais". Como se tenha dito, nesse preceito legal, que a prescrição atingia todo e qualquer direito contra a Fazenda Federal, concluiu-se, ainda, que ficavam incólumes à qüinqüenária os direitos que, por falta de objeto patrimonial, não se pudessem qualificar como dirigidos contra a mesma Fazenda. De maneira análoga se dispôs sobre a matéria, primeiro no Código Civil e, mais tarde, no Decreto n.º 20.910, de sorte que, nesses diplomas legais, não se haveria, também, inovado quanto ao alcance da qüinqüenária. No Código Civil, art. 178, § 10, VI, se diz que prescrevem em cinco anos as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, e bem assim toda e qualquer ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal; devendo o prazo da prescrição correr da data do ato ou fato do qual se originar a mesma ação". No Decreto n.º 20.910, art. 1.º, se repete a regra do Código Civil com pequena alteração: "As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem". Em relação à norma do art. 178, § 10, VI, surpreendem-se, no art. 1.º do Decreto de 1932, estes acréscimos: **qualquer direito ou ação**, em vez de, apenas, qualquer ação e a locução **seja qual for a sua natureza**, que não constavam no texto da disposição codificada.

É, sem dúvida, procedente a doutrina segundo a qual o Decreto n.º 857 sujeitou à prescrição qüinqüenária somente os direitos pessoais enriquecidos de conteúdo patrimonial. Isso porque são claros, a esse propósito, os termos em que a regra da prescrição qüinqüenária ali se consagrava. "A prescrição de cinco anos, a respeito da dívida passiva da Nação, opera", — estatuía o seu art. 1.º, — "a completa desoneração da Fazenda Nacional do pagamento da dívida". À prescrição tão somente de dívidas era que se referia esse dispositivo. Logo, não se poderia entender que pretensões e ações das quais não resultasse ônus patrimonial para a Fazenda Nacional se sujeitavam, também, à prescrição dita de cinco anos.

Não parece, porém, que, perante a Lei de 1908, se pudesse sustentar, com procedência, a mesma exegese. O que, ao contrário, se afigura certo é que, já nesse diploma legal, se ampliou a qüinqüenária também aos direitos e ações pessoais sem conteúdo patrimonial. Presta-se a essa inteligência o texto do seu art. 9.º, visto que nele está dito: "A prescrição qüinqüenal de que goza a Fazenda Federal (Decreto n.º 857, de 12 de novembro de 1851, arts. 1 e 2) se aplica a todo e qualquer direito e ação que alguém tenha contra a dita Fazenda..." Veja-se bem: a prescrição de que gozava a Fazenda Federal era a de cinco anos, quanto às suas dívidas passivas; como dívidas passivas reputam-se, de outra parte, as concernentes às obrigações de conteúdo patrimonial. Logo, quando a Lei de 1908 mandou que essa mesma prescrição, i.é., a de cinco anos, se aplicasse a todo e qualquer direito e ação contra a dita Fazenda, quis por debaixo da prescrição qüinqüenária

também direitos e ações sem objeto patrimonial. A não ser assim, teria incorrido em reiteração ociosa e vazia do que já estava no Decreto n.º 857. A não aceitar-se essa leitura da Lei de 1908 cumpriria que se entendesse o seu art. 9.º como se tivera dito: "A prescrição de cinco anos das dívidas passivas, isto é, das obrigações de conteúdo patrimonial, aplica-se a todas as obrigações de conteúdo patrimonial". Exatamente porque essa interpretação não se podia conciliar com o pensamento da lei, pos Luiz Carpenter o prestígio da sua autoridade a favor da tese de que, desde esse diploma legal, ficaram sujeitas à qüinqüenária todas as pretensões e ações, de objeto patrimonial ou não, contra a União. Admitiu, entretanto, esse jurisperito que a Lei de 1908 não conseguira registrar, na forma exterior do seu texto, o pensamento capital que parecia ditá-lo: "O texto, — observou ele, — disse "Fazenda Federal", que é o mesmo que "Fisco Federal", quando devera ter dito "União Federal". O Código Civil seguiu, em substância, a via traçada na Lei de 1908, inclusive no tocante à impropriedade da expressão do pensamento, que pretendeu enunciar. Disse ele, no art. 178, § 10, VI: "Prescrevem em cinco anos as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, e bem assim toda e qualquer ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal", quando devera ter dito, ainda segundo a crítica de Carpenter: "Prescrevem em cinco anos as ações de cobrança das dívidas passivas da Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, e bem assim toda e qualquer ação contra a União, os Estados ou Municípios".

No Decreto n.º 20.910 reforça-se a idéia, que nas disposições legais anteriores se exprimira quanto à amplitude da prescrição qüinqüenária, com o acréscimo, que nele se observa, da expressão "seja qual for a sua natureza", que apôs à locução "qualquer direito e ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal".

Isto não obstante, emergem, com freqüência, opiniões, oriundas de juristas de autoridade muito aceita, onde se propugna a tese de que a qüinqüenária só incide sobre os direitos de caráter patrimonial. Cavalo de batalha dos defensores dessa explicação do pensamento contido nas normas relativas à qüinqüenária é o raciocínio segundo o qual o de que nelas se fala é sempre de prescrição de direitos e ações contra a Fazenda Pública. Por Fazenda Pública querer-se-ia denotar o fisco, que, segundo velha tradição jurídica, constitui o centro de imputação das relações patrimoniais do Estado. Cabe retrucar-se, porém, com Carpenter, que não se envolve no uso dessa expressão mais do que impropriedade técnica, que não deve servir a frustrar o escopo da lei. Quando se recalcitre, no entanto, apesar de tudo, em anuir

à tese de que incorre na qüinqüenária todo e qualquer direito ou ação pessoal, seja qual for a sua natureza, de ordem patrimonial ou não, contra as pessoas jurídicas de direito público, haveria invocar, em apoio da hermenêutica que ora se sustenta, texto legislativo em que a questão se acha resolvida em termos peremptórios. Trata-se do Decreto-lei n.º 4.597, de 19 de agosto de 1942, cujo art. 2.º estende a qüinqüenária às dívidas passivas das entidades autárquicas. "O Decreto n.º 20.910, de 6 de janeiro de 1932", reza esse preceito legal, — "abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades ou órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos". Não tendo usado vocábulo capaz de significar que era aos direitos e ações de caráter patrimonial que se referia, imprescindível se fazia, se tal a sua intenção, tivesse estabelecido isso em termos explícitos.

Embora essa regra diga respeito às entidades autárquicas, cumpre se tenha em conta que o seu escopo era, simplesmente, o de estender a prerrogativa da prescrição qüinqüenária a essas pessoas jurídicas de direito público. Servindo-se da fórmula estilística que empregou, deixou manifesto o legislador que, no seu pensamento, eram colhidos pela prescrição de cinco anos todos os direitos e ações, qualquer que fosse a sua natureza, de caráter patrimonial ou não. Uma vez que não se lhe pode atribuir o intento de ter pretendido inovar na matéria, cumpre concluir-se que conferiu ele interpretação, que se pode dizer autêntica, cuja eficácia, ao menos como lei nova, é irrecusável, às normas legais anteriores, em que a prescrição qüinqüenária se regulou.

Não distingue, pois, a nossa ordem jurídica, nas pretensões, direitos e ações pessoais contra as entidades públicas, os de natureza patrimonial e os de objeto não patrimonial, para submetê-los, no primeiro caso, à prescrição qüinqüenária, e, no segundo, à vintenária, tal como se daria, se essa distinção se houvera feito. Todos os direitos e ações pessoais, qualquer que seja a sua natureza, contra as pessoas jurídicas de direito público, incorrem na qüinqüenária ou nas prescrições de prazo menor previstas em lei especial.

A única distinção que se pode fazer, no se interpretarem as regras acerca da qüinqüenária, em nome do princípio, aqui posto em fórmula inversa, de que ao inérprete é lícito distinguir, onde a lei não distingue, quando nela se haja dito mais do que se pretendia dizer, cifra-se em que estão fora da órbita da prescrição de cinco anos as ações reais, para não falar das imprescritíveis. Se a interpretação restritiva, nesse caso, não se autorizasse, ter-se-ia, em primeiro lugar, que não haveria ação que na prescrição

não incorresse, o que importaria em negar-se a existência, quando nelas figurasse o Estado como réu, de todo o elenco de ações imprescritíveis. Demais, cumpriria capitular como incidentes na qüinqüenária, as ações reais, quando estas, pela sua condição de ações "erga omnes", não seguem, propriamente, a pessoa, mas a coisa mesmo, não se podendo assim, incluí-las entre as ações que se definem como dirigidas contra as pessoas administrativas.

Em resumo: as ações pessoais contra os entes jurídicos de direito público ou prescrevem nos cinco anos da lei, se não houver prescrição de menor prazo, ou não prescrevem. Porque "tertium non datur"", não haverá invocar-se, em nenhum caso, a prescrição ordinária de vinte anos.

No regime jurídico anterior ao vigente, interrompida a prescrição, não só o seu prazo voltava a correr por inteiro, como não havia limite para as interrupções. Esse o **status quaestionis** mesmo sob o art. 178, § 10, VI, do Código Civil. Inovou, porém, a esse respeito, o Dereto n.º 20.910, pois só admitiu que a interrupção se desse uma vez e estabeleceu que o prazo da prescrição interrompida voltaria a correr por metade. Essa regra aplica-se à qüinqüenária, bem como a prescrições de prazo menor.

Problema interessante é o que se tem suscitado no tocante à prescrição qüinqüenária, quando interrompida esta antes do transcurso de dois anos e meio. Indaga-se se, em tal hipótese, o prazo novo será, ainda, o mesmo, isto é, de dois anos e meio. A resposta afirmativa acarretaria a incongruência de se ter por encurtado o prazo de cinco anos precisamente para os que mais vigilantes se hajam mostrado na defesa do seu direito ou pretensão, como se daria quanto aos que interrompessem a prescrição logo no primeiro ano. Poderia consumar-se, a respeito destes, a prescrição pouco após o decurso de dois anos e meio a contar do ato ou fato de que tivesse resultado a ofensa ao direito ou pretensão, quando, se não tivessem interrompido a prescrição, esta só se consumaria ao cabo de cinco anos. Para que se não incorra, pois, nessa inconsistência, mister é que se empreste acolhida ao princípio de que, em tais casos, o prazo prescricional se devolve pelo tempo que faltar para a integração do qüinqüênio. Poderia parecer, **prima facie**, que essa inteligência do texto legal briga com os princípios que informam a prescrição. O certo é, porém, que a chamada prescrição qüinqüenária, tal como se acha desenhada no Decreto n.º 20.910, é instituto em que se não guardam, na sua pureza, os elementos que são característicos da prescrição, tais como a interrupção indefinida e a devolução do prazo por inteiro. A prescrição qüinqüenária, com só admitir uma interrupção e com o devolver o prazo por metade, está, contudo, a meio caminho entre a figura da prescrição e do prazo preclusivo ou preclusão. Com fundamento nas notas preclusivas do instituto é que se reputa aceitável a solução que ao problema se tem oferecido, quando a interrupção se registre antes do transcurso dos dois anos e meio a contar da ofensa do direito.

Debates acesos sempre se feriram a respeito dos meios de se interromper a prescrição. Concentrou-se a polêmica, invariavelmente, em torno do efeito da reclamação administrativa, a fim de se apurar se era interruptivo ou se apenas suspensivo do prazo prescricional. Sob o regime do Decreto n.º 857 prevaleceu a opinião que dava à reclamatória eficácia interruptiva. Encontrava apoio essa direção doutrinária e jurisprudencial no que se prescrevia no art. 12 desse Decreto, verbis: "Aqueles que quiserem segurar o seu direito obstando a que corra para a prescrição o tempo consumido por demora e embaraços das Repartições, poderão requerer, e se lhes dará um certificado da apresentação do requerimento e documentos com especificada declaração do dia, mês e ano".

Diante da fórmula ambígua que aí se utiliza para determinar-se a eficácia da reclamatória administrativa e da assertiva, corrente em doutrina, de que a suspensão **ex tunc** corresponde à interrupção, é de convir-se em que havia lugar para a exegese segundo a qual a reclamação administrativa constituía meio de interromper a prescrição. Com o advento do Código Civil reacendeu-se, porém, a querela em torno do problema. A prescrição, ainda a tocante à matéria administrativa, fez-se, por obra da codificação, tema de direito civil. As formas estatuídas, pois, no direito civil, como capazes de operar a interrupção da prescrição, deviam, pois, em boa hermenêutica, ter-se como as sós idôneas para operar esse efeito. Cumpria se repelisse a reclamação administrativa como meio de interromper a prescrição, por isso que não contemplado esse procedimento, peculiar ao âmbito da administração, entre as causas que o Código dá como instrumento de interrupção do prazo prescricional. Apesar disso, reconheceu-se, em numerosos arestos, tal virtude à reclamação administrativa. O mesmo Carpenter, no magnífico volume em que comenta o Código, na parte onde este regula a prescrição, admite que a lei civil não teria exaurido, no rol que enunciou, as causas de interrupção da prescrição, visto que entre elas impendia se contasse a reclamatória perante a administração pública.

Persistiu-se, ainda que sem unanimidade, em dar à reclamação administrativa efeito interruptivo mesmo em presença da Lei n.º 5.761, de 25 de junho de 1930, embora do texto desse ato legislativo o que se devera ter tirado era que a reclamatória possuía efeito meramente suspensivo e não interruptivo da prescrição. Com a promulgação, porém, do Decreto n.º 20.910 ga-

nhou terreno, conquanto em meio a vacilações, o princípio de que a reclamação administrativa apenas suspende o curso do prazo prescricional. A tornar esse princípio irrecusável concorrem, de maneira categórica, os termos inequívocos dos arts. 4.º e 5.º desse ato legislativo. Como a querer espancar qualquer dúvida quanto ao efeito que à reclamatória administrativa se deve ligar, disse o legislador, explicitamente, que tal efeito é o de suspender a prescrição. "Não corre a prescrição", — reza o art. 4.º, — "durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la". "A suspensão da prescrição, neste caso", — acrescenta o parágrafo único desse artigo, — "verificar-se-á pela entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos das repartições públicas, com designação de dia, mês e ano". "Não tem o efeito de suspender a prescrição", — estabelece, a seu turno, o art. 5.º, — "a demora do titular do direito ou do crédito ou do seu representante em prestar os eclarecimentos que lhe forem reclamados, ou o fato de não promover o andamento do feito judicial, ou do processo administrativo, durante os prazos respectivamente estabelecidos para a extinção do seu direito, à ação ou reclamação".

O só efeito da reclamação administrativa, quanto à prescrição das dívidas passivas do Estado e de qualquer direito ou ação pessoal contra ele, é, pois, o de suspender o curso da prescrição, ficando-lhe a interrupção na dependência da utilização pelo credor ou titular da pretensão, direito ou ação de um dos meios que, pela lei civil, operam esse efeito. Importa, ainda, se observe que a suspensão da prescrição, por via da reclamatória administrativa, somente ocorrerá quando esta se apresente ou produza dentro do prazo estatuído para a sua formalização. A reclamatória que se deduzir, pois, fora do prazo, ainda que não prescrita a pretensão ou ação, não obstará, destarte, o curso do prazo da prescrição de direito material.

Interrompida, por uma das formas previstas na lei civil, a prescrição das pretensões ou ações pessoais do particular contra o Estado, recomeça ela a correr pela metade do prazo, que corresponderá a dois anos e meio, salvo quando se tratar de prescrição de prazo menor, prevista em lei especial. A prescrição no curso da lide, ou seja, a chamada prescrição intercorrente, dá-se, porém, no prazo de dois anos e meio, trate-se da qüinqüenária ou de ação sujeita a prescrição mais curta.

É incontroverso assistir ao poder público a faculdade de relevar a prescrição em que haja incorrido a reclamação administrativa. A razão disso está em que aferrar-se a pessoa administrativa à prescrição da reclamatória, para negar-se a conhecer dela, importaria, quando líquido e certo o direito pleiteado, em sujeitar os cofres estaduais a encargos de maior porte, que decorreriam, fatalmente, da sentença judiciária, em que se restaurasse o direito violado. Discute-se, entretanto, se, consumada a prescrição de direito material, pode a administração renunciar à exceção que dela resulta. Pontes de Miranda distingue: pode-se renunciar a ela, se não há sentença que, acolhendo a alegação de prescrição, a tenha declarado; não se pode, contudo, exercer a renúncia, se existe sentença que pronuncie a prescrição. Neste caso, somente o órgão legislativo ou, nas entidades autárquicas, o que, no âmbito delas, possa editar norma jurídica, detém competência para autorizar renúncia à prescrição.

O discrime assim posto pelo insigne jurisconsulto não se acha, porém, a salvo de objeções. Pode dar-se, em verdade, que a pessoa administrativa, por **fas** ou por **nefas**, deixe de alegar a prescrição, não só na instância que lhe é própria, como na instância judiciária. Do fato de não se ter, porém, invocado a exceção de prescrição não se infere que se haja, em sentido próprio, renunciado a ela. A renúncia é declaração unilateral de vontade que reclama no seu autor o poder de dispor. Da mesma sorte que, quanto aos sujeitos de direito privado, não é válida a renúncia, se o seu poder de disposição se achar ou excluído por incapacidade ou limitado em virtude de restrições a que a ordem jurídica o subordine, assim também a administração pública não pode exercer a renúncia, pois que o seu poder de dispor dos bens públicos, entre os quais se arrolam os patrimoniais, só se configura nos casos e pela forma que a lei estabelecer. Representaria, sem dúvida, a renúncia à prescrição ato de disposição do patrimônio administrativo. Pelo decurso do prazo prescricional, o patrimônio do prescribente, como diz Beviláqua, obtém um acréscimo, pois exonera-se de uma obrigação. A renúncia envolveria, destarte, a alienação de bens públicos e esta, segundo o art. 67 do Código Civil, não se pode verificar a não ser nos casos e forma que a lei prescrever. Não havendo, pois, lei que **in genere** autorize a renúncia da prescrição, este ato, para praticar-se validamente, subordina-se, em cada caso, a explícita outorga legal.

O PODER LEGISLATIVO E A REALIDADE NACIONAL (*)

Célio Borja (**)

I) — A instituição parlamentar.
II) — A presença do parlamento na história nacional:

(a) a herança portuguesa;
(b) experiência brasileira.

III) — A realidade Brasileira e o Congresso.

I — A Instituição Parlamentar

Confunde-se, na linguagem corrente, o Congresso Nacional — instituição do governo representativo brasileiro — e o poder legislativo, função política que, nos séculos XIX e XX, tem sido a sua principal atribuição constitucional.

A instituição parlamentar é criação da história política dos povos indo-europeus. Nas cidades gregas, na Roma monárquica republicana e imperial, na Idade Média germânica, o governo não é exercido por uma única instituição, mas por várias, e entre elas se encontra, sempre, uma que fala e age por cometimento e inspiração do povo, organizado em tribos, como nos **Comitia** romanos, ou concebido como uma unidade indivisível, como na **Eclesia** grega.

(*) Conferência pronunciada na Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.

(**) Professor de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara e Deputado Federal pelo Estado da Guanabara.

RCGERS, Porto Alegre, 3(6): 35-42, 1973

O Direito público contemporâneo afirma que as funções exercidas pela instituição parlamentar — chame-se ela Congresso, como nos EEUU e no Brasil, Parlamento, como na Inglaterra, Dieta, como no Japão — variam de acordo com os sistemas de governo que se classificam em **parlamentar, presidencial ou de Assembléia.**

Neste último — Governo de Assembléia — deferem-se ao Parlamento todas as funções do Estado: a de legislar, a de julgar e a de administrar. Exemplo conspícuo temo-lo na Constituição da Turquia e na da União Soviética.

Já no sistema parlamentar, modelado segundo a doutrina inglesa do **Rei no Parlamento,** a Câmara popular tem como principal missão constitucional a de contribuir para a formação do governo, que deve ser constituído de acordo com a maioria dos seus membros, controlando ainda, a atividade governamental, através das interpelações e do pedido de informações, sujeita-se o governo à demissão, quando decaia da confiança da maioria a que deve a sua investidura.

No sistema parlamentar inglês, a legislação é, geralmente, iniciada pelo Gabinete, que conta ordinariamente com o respaldo da maioria.

E a segunda Câmara tem, além de função revisora das leis, a de servir como órgão quase judicante, pois nela têm assento temporário os juízes dos mais altos tribunais do País, juntamente com os pares do Reino, tirados da aristrocracia hereditária e os bispos e arcebispos ingleses.

II — A Presença do Parlamento na História Nacional

A — HERANÇA PORTUGUESA

Quando, no Portugal medievo, vigia a fórmula — o Rei nos seus conselhos, o povo nos seus Estados — era com o bater dos punhos no broquel das espadas que os estamentos do Reino — reunidos em Cortes — respondiam as questões formuladas pela Nação, na presença do seu Soberano. (Antônio Sardinha, in Prefácio à **História e Teoria das Cortes Gerais que em Portugal se celebrarão,** Lisboa, 1827)

A imagem primeira que guardamos da mais antiga e mais venerável das instituições nacionais é, assim, a de uma assembléia que reúne o Rei e a Nação representada pelas suas elites. E sabemos, ainda, que essa Assembléia não somente legislava, como também julgava e, por vezes, determinava providências de índole e natureza administrativas.

Foi, certamente, nesse quadro que THIERS inspirou-se para formular a máxima "Le Roi règne et la Nation se gouverne".

O sistema parlamentar dos nossos dias é o desdobramento natural e historicamente coerente das linhas de força da monarquia, à qual se deve a unidade nacional dos Estados europeus e à qual devemos nós, brasileiros, o domínio que exercemos sobre a vastidão continental de nossa terra.

B — A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

O sistema das relações do Poder Legislativo com o Executivo tem variado no Brasil; na Regência, praticamos o Governo de Assembléia a qual era, então, todo-poderosa; no Segundo Reinado, sobretudo após a criação da Presidência do Conselho de Ministros pelo Decreto Alves Branco, de 1847, pode dizer-se que praticamos o sistema parlamentar, de acordo com as praxes e os estilos adotados, na época, pelos Estados europeus. Com a particularidade, porém, da existência de um Poder Moderador, confiado privativamente ao Chefe do Estado que estava acima dos partidos e, soberanamente, velava pela supremacia e intangibilidade da Constituição e pela preservação dos interesses permanentes da Nação.

Ao adotarmos, com a República, o presidencialismo, que é fruto das peculiaridades da história americana, rompemos com a nossa tradição e separamos física e politicamente o Presidente — que é um Rei eletivo e **pro tempore** — dos representantes da Nação, a pretexto de que, assim, melhor se resguardava a liberdade dos cidadãos.

Mas, com a rígida separação de poderes, característica do presidencialismo, entrou, no organismo do Estado brasileiro, o germe da emulação entre as suas instituições governamentais; criaram-se áreas de silêncio e incompreensão, artificializou-se a comunicação entre elas, de sorte que a colaboração dos poderes tornou-se difícil, se não impossível.

A inevitável luta pela supremacia terminaria por alijar um dos contendores. Um lento processo de marginalização do Congresso inicia-se já na Primeira República, e conduz à dissolução dele, em 1930 e 1937, e ao seu recesso, em 1966 e 1968.

III — A Realidade Brasileira e o Congresso

Não desapareceu a instituição parlamentar brasileira, ainda que batida por tantas adversidades, porque tem a sustentá-la a força da História.

Parece-me, contudo, que o Congresso está sendo chamado a viver em um novo sistema de governo que já não é mais o do presidencialismo republicano, fundado no monopólio congressual

da função legislativa e na vedação de conhecer o Parlamento a intimidade dos assuntos administrativos, confiados exclusivamente ao Presidente da República.

Esboçam-se, com o apoio na Constituição vigente, as funções que o Parlamento é chamado a desempenhar: além da legislação, o controle dos atos administrativos e da política externa, a fiscalização financeira e a avaliação do desempenho dos governantes.

Na Legislatura em curso constituíram, por isso mesmo, temas predominantes das preocupações do Congresso, além do seu reaparelhamento material, a regulamentação, por lei complementar, de três institutos acolhidos na Constituição vigente:

a) o comparecimento dos Ministros de Estado e sua participação nos debates, assim nas Comissões, como no Plenário;

b) o exercício dos três instrumentos clássicos de informação do Poder Legislativo: o pedido escrito de informação, o direito de interpelação e o de investigação;

c) a fiscalização dos atos administrativos e daqueles de natureza e repercussão financeiras.

Pode dizer-se que tudo quanto dependia do esforço dos Congressistas, já foi feito. A título exemplificativo lembramos, no campo dos trabalhos materiais, a edificação de novos anexos, a instalação da computação de dados e de outros equipamentos sofisticados; e, na área administrativa, a instituição das assessorias parlamentares, uma diretamente prestada por assessores imediatos e outra, imediatamente oferecida pelos órgãos próprios das duas Casas, para a elaboração de projetos, estudos e pareceres.

Falta-nos, contudo, uma nova concepção política do sistema das relações do Congresso com o Presidente da República que deverá atender alguns pressupostos já fixados, não só na Constituição vigente, como nas praxes parlamentares, agora estabelecidas, com o apoio de deputados e senadores.

Vejamos, rapidamente, os fundamentos desse novo estilo de conduta congressual.

Uma das conseqüências do bipartidarismo adotado em 1966, foi a formação de duas numerosas bancadas entre as quais se repartem encargos de sustentar a política do governo e dar-lhe os meios de desenvolvê-la e o de exercer sobre ela a crítica refletida e honesta, de maneira a ajustá-la ao sentimento e às aspirações das minorias políticas.

Pressupõe-se, nesse sistema, que a bancada majoritária é solidária como Governo, cuja sorte e destino são, também, os seus.

Entretanto, a dignidade pessoal não permite, nem o bom funcionamento do sistema aconselha, que esse apoiamento seja dado **a posteriori** e sobre fatos consumados, inconsciente e inconseqüentemente, com aquele incondicionalismo prévio que desonra igualmente quem o dá e quem o exige ou recebe. Pois, afinal, desonrado, ninguém serve bem ao seu País.

É indispensável que se crie um **Forum** onde se possam ajustar previamente os pontos-de-vista do Governo e os da maioria parlamentar. Como, também, é gritantemente necessário que certas matérias que sobrelevam os interesses conjunturais de classes, grupos, regiões e opiniões, aqueles que são permanentes e pertencem a toda a Nação, sejam aforados a uma instância suprema, onde tenham assento todos os partidos e todos os credos políticos e sociais lícitos — isto é, democráticos — e ali resolvidos com as mais altas autoridades do País.

Sabeis que, no Segundo Reinado, o Conselho de Estado era o sítio onde se resolviam as questões por último mencionadas e que, graças ao seu aviso, foi o nosso segundo Imperador capaz de decidir, arbitralmente, as mais delicadas questões do País, naquele glorioso período de nossa História.

Sabemos, também, que o ajustamento do Governo e da maioria parlamentar se fazia, naturalmente, em virtude de dependerem os Ministros da confiança política da Assembléia e do Monarca.

Não sendo, hoje, possível o restabelecimento desse mecanismo, há que pôr em prática um tipo de liderança e condução políticas que, primeiro, ganhe a confiança da representação nacional e, por intermédio dela, a de todo o povo.

Não existem em nosso País estruturas e mecanismos de participação política de todo o povo em virtude das peculiaridades de nossa formação histórica.

No Brasil, o Estado precedeu a Nação e formou-a, ao contrário da Europa, onde o estabelecimento estatal resultou da prévia organização do povo em instituições peculiares, como as corporações de ofícios e de homens livres, as feiras, os mercados e as cidades, onde a unidade nacional, apenas, exprimia a unidade da língua e da religião — entre nós, foi o Estado que estabeleceu as instituições sociais e políticas. E a única entidade que lhe não deveu a existência é a Igreja e as corporações criadas à sombra dela, tais como as irmandades religiosas e algumas outras associações pias.

Até mesmo o Município, que haveria de exercer tão importante papel em nossa vida política e social, não se podia constituir sem que uma Carta Régia expressamente autorizasse.

A necessidade de criarmos instituições de participação popular no processo político salta aos olhos.

A Nação Brasileira, aceleradamente, deixa de ser e, talvez, já não seja mais o arquipélago cívico, político e social que foi até o advento da Revolução de 1930. Isso, por força da universalidade das comunicações e dos transportes que está criando uma consciência verdadeiramente nacional, manifestada em atitudes e reações uniformes de todo o povo, em face de acontecimentos que a todos atingem.

De outra parte, a massificação da educação fundamental e universitária e a crescente incorporação de todo o País ao circuito econômico geram uma pressão antes inexistente pelo consumo de bens e pela prestação de serviços que se querem sempre mais sofisticados.

O que se discute, agora, é a própria qualidade da vida, os padrões de existência vigentes na sociedade brasileira e os meios de elevá-los.

Em poucos anos, com 1 milhão de universitários e 90% da população adulta adequadamente alfabetizada e, por isso mesmo, sensível aos meios de comunicação, a estrutura política brasileira sentirá o peso de uma pressão que se não for convenientemente distribuída pela superfície do corpo social, ameaçará a sua integridade e higidez.

Hoje, o povo — mesmo o instruído — participa pouco porque o custo da participação é elevado, dada a inexistência de instituições adequadas. Em razão disso, acumulam-se tensões não resolvidas e surgem relações conflitivas entre os indivíduos e o Estado.

Exemplifiquemos. Se um serviço público é mal prestado, se uma autoridade se desvia da ética de sua função, se uma providência administrativa é danosa ao legítimo interesse de um ou mais cidadãos, ele deverá assumir sozinho o ônus da reclamação, mesmo quando haja uma real e efetiva solidariedade de muitos no prejuízo decorrente.

O prejudicado deverá requerer ou constituir advogado, acompanhar o seu requerimento com sensível perda de tempo e desgaste, por vezes insuportável, de sua tranqüilidade, enfrentar as despesas, etc. E a própria máquina estatal se consumiria, como se consome, no conhecimento e na solução de casos individuais. Daí o desmesuramento da administração pública brasileira, o seu hiperdimensionamento, o seu casuismo, a sua lerdeza, o seu desprestígio. E daí, também, o desalento dos cidadãos em face de um Estado que lhes exige muito e lhes dá pouco.

Imaginai hipótese inversa na qual os prejudicados se limitam a comunicar o fato ou ato danoso a uma instituição social que age em seu favor — muitas vezes sem necessidade mesmo de provocação — e o custo social da participação se reduzirá a quase nada.

Salvo umas poucas entidades de classe, são os corpos legislativos do País — Câmaras de Vereadores, Assembléias Legislativas e o Congresso Nacional — as únicas instituições que, em nível político, isto é, de direção e comando, exercem essa mediação e desempenham essa representação de interesses.

O Poder Judiciário, não existindo meios processuais idôneos para a ação coletiva visando a corrigir a inércia ou a desídia da Administração, limitado à mera interpretação e aplicação do **jus positum**, não podia socorrer os titulares de simples interesses, mesmo os socialmente legítimos.

Podemos, assim, avaliar a importância e o alcance de algumas providências já tomadas no âmbito da Câmara dos Deputados e de outras que esperamos efetivar no seio do nosso Partido, visando a permitir a participação ordenada de toda a gama de interesses legítimos no processo decisório que é hoje monopólio do Estado.

Monopólio tão absurdo como seria o que conferisse ao Estado dos negócios mercantes de bens e serviços, como o que lhe desse, com exclusividade, o de fazer circular a riqueza nacional, em lugar dos milhões de agentes industriais, comerciantes, prestadores de serviços de toda a natureza — que, hoje, fazem a riqueza de nossa Pátria.

Recentemente, o deputado Pereira Lopes, quando exercia com superioridade e dignidade a Presidência da Casa, com exclusivo propósito de melhor auscultar a opinião nacional, promoveu a modificação do Regimento Interno da Câmara dos Deputados para permitir que as suas Comissões concedam audiências públicas aos representantes de instituições idôneas, quando, naqueles órgãos da Câmara, esteja em fase instrutória matéria que lhes diga respeito.

Semelhantemente, por que não poderia a Maioria Parlamentar, através da estrutura partidária que lhe dá legitimidade e disciplina, promover, ordenada e objetivamente, o fluxo das aspirações nacionais até as sedes das decisões últimas, que estão no Palácio do Congresso e no do Planalto?

Falei-vos da nossa antiga e venerável tradição de reunir nas Cortes, o Rei e a Nação, antigamente representada por seus Conselhos, e, hoje, por seus eleitos.

Se o Presidente da República não pode estar, habitualmente, no Congresso, por força da sua qualidade de Chefe do Estado, por que os Ministros — que são ativos elementos de execução da política do Governo — não podem ser os interlocutores necessários da maioria parlamentar e do Partido em que ela se organiza e, mais, por que não o serão, também, do próprio Congresso, nas Comissões e no Plenário de suas duas Casas?

Por que a Maioria Parlamentar não se organiza de tal forma que os mais capazes, por saber acadêmico ou por saber "de experiência feito", não sejam, sempre e previamente, chamados a colaborar com os inúmeros projetos sobre matéria da sua especialidade ou do interesse dos seus representados, de maneira que todos, com entusiasmo consciente, se lancem em defesa de uma obra comum pela qual — sabendo, conhecendo ou desconhecendo — somos solidariamente responsáveis?

Vivemos um tempo de construção política e essa, como qualquer empreendimento humano, não dispensa a fé.

O nosso credo político é visceralmente democrático porque assenta, firmemente, as suas raízes no Cristianismo que é a religião da Esperança.

Os que não têm fé, se auto-excluem dessa obra de sabedoria que consiste na edificação de uma estrutura e de um sistema políticos capazes de assegurar a pacífica e equânime fruição da herança de nossos maiores, alargada e multiplicada, nos dias que vivemos, com o trabalho de nossas mentes e de nossas mãos.

Não pode ter lugar entre nós o pessimismo em relação ao homem, uma certa desconfiança institucional de nossa capacidade de nos entendermos no que é fundamental à nossa própria sobrevivência como nação e comunidade política.

Neste ano do sesquicentenário do Poder Legislativo do Brasil, lancemos as vistas para o passado remoto da instituição parlamentar que nos vem das entranhas da Idade Média portuguesa e, cheios de fé, contemplemos nela o estuário, largo, seguro, vivo, abrangente e conciliador onde se encontram todas as aspirações nacionais.

Brasília, 05 de abril de 1973.

NATUREZA JURÍDICA DA DESENVOLVIMENTO RODOVIÁRIO S. A. — DERSA

Orlando Carlos Gandolfo (*)

Desenvolvimento Rodoviário S. A. — Entidade Dotada de Personalidade de Direito Privado — Sua Classificação como Órgão Rodoviário Estadual — Lei n.º 95, de 29 de dezembro de 1972.

1. Em virtude de ter sido classificada como órgão rodoviário estadual (art. 3.º da Lei n.º 95, de 29/12/72), o Senhor Presidente da DERSA — Desenvolvimento Rodoviário S. A., consulta: Houve alteração da natureza jurídica da empresa?

2. Impõe-se resposta negativa.

3. A empresa privada, preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, compete organizar e explorar a atividade econômica. Por isso, apenas em caráter suplementar da iniciativa privada, o Estado explorará, diretamente, atividade econômica, oportunidade em que empresa que constituir para esse fim reger-se-á "pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações" (Const. Fed., art. 170 e §§).

4. A União, para explorar atividade econômica, serve-se: a) da **empresa pública,** "entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito"; e, b) da **sociedade de economia mista,** "entidade dotada de personalidade jurídica

(*) Procurador do Estado de São Paulo.

de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta" (cfr. art. 5.º, II e III, do DL federal n.º 200, de 25/2/57, com a redação dada pelo art. 1.º, do DL n.º 900, de 29/9/69).

5. Já os Estados-membros e os Municípios, quando, em caráter suplementar à iniciativa privada, vêem-se na contingência de explorar, sob forma empresarial, serviço industrial, portanto, atividade econômica, utilizam-se da sociedade por ações organizada na estrita forma do Decreto-lei federal n.º 2627, de .... 26/9/40, posto que, apesar da competência que têm para legislar sobre Direito Administrativo local, não podem dispor (art. 8.º, XVII, "b", da Const. Fed.) sobre Direito Comercial.

6. Falta-lhes competência constitucional para alterar a Lei das Sociedades por Ações (OSCAR BARRETO FILHO, "A forma Jurídica das Empresas Públicas do Estado e do Município", in "Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo", Vol. 2, p. 203, n.º 19).

7. Por conseguinte, diferentemente do que ocorre em relação à União, aos Estados federados e Municípios, é vedado criar sociedade de economia mista senão genuína sociedade por ações, mesmo porque o Decreto-lei federal n.º 200, de 1967, modificado pelo Decreto-lei n.º 900, de 1969, diz com a reforma administrativa da União. É de alcance federal. Não tem caráter nacional. Inaplica-se, por conseguinte, aos Estados-membros e Municípios. Tão-só a União, destinatária dos seus preceitos.

8. Será indisfarçavelmente perigoso, diz ALBERTO VENÂNCIO FILHO, citando PRISCO PARAISO, "o entendimento que permite às Assembléias Estaduais e às Câmaras Municipais estabelecerem regras especiais sobre as sociedades respectivas. Disso resultaria, possivelmente, uma tal variedade de fórmulas, uma tal completa ausência de sistema capaz de assegurar unidade a esse gênero de entidade, que poderia vir a gerar o tumulto e, talvez, a frustrar esses instrumentos de ação administrativa" ("A Intervenção do Estado no Domínio Econômico", Fundação Getúlio Vargas, 1968, p. 410/411).

9. De seu turno, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, ao tratar da administração indireta, observa: "nos planos estadual e municipal, a legislação deverá se ater aos modelos socie-

tários do Direito Comercial, o que não ocorre, porém, na órbita federal, que poderá inovar criando formas societárias novas, sob regulação especial, para melhor adequar as sociedades de economia mista ao exercício de suas atividades delegadas" ("Curso de Direito Administrativo", 1971, Editor Borsoi, Vol. II, p. 24).

10. Compreende-se assim seja porque a União pode legislar, a um tempo, sobre direito comercial (Const. Fed., art. 8.|º, inciso XVII, letra "b") e direito administrativo, enquanto aos Estados-membros e Municípios falta competência para derrogar normas de direito mercantil. Por conseguinte, apenas podem constituir sociedade por ações com rigorosa observância da legislação federal pertinente, de eficácia, aliás, nacional.

11. No regime federativo (forma de Estado) vigente no País, os Estados-membros devem ter presente que dispõem de competência legislativa limitada em relação à da União, e, nessa conformidade, em matéria de sociedade por ações as respectivas assembléias legislativas e câmaras municipais não podem 'dispor como faz o Congresso Nacional.

12. Com esse alcance deve ser entendido o ensinamento de CAIO TÁCITO, quando ressalta: "A atividade negocial das empresas públicas e sociedades de economia mista se insere, por princípio, no campo do direito privado. A norma de direito administrativo excepcionalmente poderá contrariar ou sobrepor-se à norma privada geral, em razão de um interesse público qualificado, mas somente quando a lei assim determine" (Parecer de 11/04/73).

13. Mas, insista-se: lei federal, jamais lei estadual ou municipal, resultando dessa circunstância a afirmativa, ora reinterada, de que inexistem sociedades de economia mista nos planos estaduais e municipais. Só no federal.

14. CARLOS MEDEIROS DA SILVA: "... estão as sociedades deste tipo (as sociadedes de economia mista) sujeitas às normas legais baixadas para as sociedades de capital, de cunho mercantil. Qualquer desvio desta caracterização deve resultar de texto expresso em lei, máxime, entre nós, onde não há regras legislativas, de ordem geral, sobre o assunto, como acontece alhures" (in "Revista de Direito Administrativo", vol. 34, p. 392).

15. A Constituição do Estado reza:

"Art. 70 — Os serviços públicos de natureza industrial ou domiciliar, sempre que possível, serão prestados aos usuários pelos **métodos da empresa privada,** visando à maior eficiência e redução dos custos operacionais."

16. Fiel aos citados mandamentos da Lei Maior, federal e estadual, o Decreto-lei n.º 5, de 6 de março de 1969 (art. 1.º), autorizou o Poder Executivo a promover a constituição de uma **sociedade por ações de capital autorizado,** com a participação do Departamento de Estradas de Rodagem (D.E.R.), sob a denominação de DERSA — Desenvolvimento Rodoviário S. A.

17. A essa sociedade conferiu a incumbência de, mediante concessão, explorar, em caráter industrial, inicialmente, o que o Decreto n.º 52.699, de 3 de março de 1971, denominou "Sistema Rodoviário Anchieta-Imigrantes", e, hoje (Lei n.º 95, de .... 29/12/72), as rodovias estaduais, indicadas em decreto do Poder Executivo, que forem submetidas à sua jurisdição administrativa.

18. Quanto à natureza jurídica, a DERSA era e é, portanto, uma sociedade por ações, de capital autorizado (Lei federal n.º 4.728, de 14 de setembro de 1965 (arts. 45 a 48), concessionária de serviço público estadual redoviário. Não é sociedade de economia mista.

19. Rege-se "pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações" (art. 170, § 2.º, da Const. Fed.), ou, noutras palavras "pelos métodos da empresa privada, visando à maior eficiência e redução dos custos operacionais" (art. 70 da Const. Est.).

20. O fato de o DER deter a maioria das ações com direito a voto não atribui à empresa a conotação de sociedade de economia mista, apesar de gozar a sociedade dos benefícios que a legislação fiscal confere à entidade dessa espécie porque essa a "mens legis" (cfr. art. 211 do R. I R., etc.).

21. O legislador — federal, estadual ou municipal — nem sempre se apercebe da diferença que existe entre sociedade por ações controlada, direta ou indiretamente, pelo Poder Público, sociedade de economia mista, e empresa pública, e, por isso, especialmente quando trata de assuntos administrativos ou tributários,

deixa de fazer a devida distinção. Porém, essas entidades, tecnicamente, são distintas apesar de muito possuírem de comum.

22. A sociedade de economia mista é uma pessoa jurídica de direito privado submetida a regime jurídico marcado por certa originalidade em relação às demais sociedades comerciais.

23. Focalizando o detalhe, diz CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: "A sociedade de economia mista submete-se a certas regras jurídicas especiais que, sem desnaturar-lhe o caráter mercantil, lhe conferem uma feição original, peculiar, no confronto com as demais sociedades comerciais" ("Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta", 1973, pág. 103, n.º 5, ed. da Editora Revista dos Tribunais), para, mais adiante, concluir: "Toda e qualquer sociedade de economia mista, para que assim se possa qualificar, supõe, necessariamente, a existência de certas normas singulares, específicas, justamente aquelas que assinalam o especial interesse do Estado na atividade que desenvolve e no modo porque o faz. É precisamente este traço o elemento revelador de sua originalidade em relação às sociedades privadas em geral" (Ob. cit., pág. 104/5).

24. Há, em verdade, nítida diferença entre empresa na qual o Poder Público detém a maioria das ações com direito a voto e sociedade de economia mista. A respeito do assunto tivemos oportunidade de obtemperar: "Na primeira, o Estado age como simples acionista, submetido inteiramente às normas do direito privado. Na segunda, além de possuir os direitos e obrigações de acionista, atua, ainda, em relação à empresa, como Poder Público, conforme exceção aberta, em cada caso, por lei federal, derrogadora da legislação comum" ("Revista de Direito Administrativo", vol. 83, p. 426; cfr. ainda: "Revista dos Tribunais", vol. 361, p. 53; "Revista de Direito Público", vol. 13, p. 133).

25. HOMERO SENNA e CLÓVIS ZOBARAN MONTEIRO registram que o regime jurídico a que se subordinam as sociedades de economia mista "é de direito privado, com as derrogações que a lei venha a fixar, em atenção ao interesse do Estado no desempenho de suas atividades" ("Fundações — No Direito — Na Administração", Fundação Getúlio Vargas, 1970, p. 35), para concluir: "O importante, por conseguinte, a assinalar, é que se trata de pessoas jurídicas que ostentam estrutura e funcionamento de empresas particulares, não havendo razão para que se tente burocratizar suas atividades, nem emperrar seus movimentos e sua flexibilidade mercantil" (ob. cit., p. 36).

26. Por isso, sociedade de economia mista, na forma do direito legislado (art. 5.º do Decreto-lei federal n.º 200, de 25/2/1967, com a redação dada pelo Decreto-lei n.º 900, de 29/9/69), só existe na União.

27. Aliás, no tocante às empresas nas quais o Poder Público estadual ou municipal detém, de forma direta ou indireta, a maioria das ações com direito a voto, ressalta SEABRA FAGUNDES: "toda a influência **do Estado ou Município** (os grifos são nossos) há de exercer-se nos termos estritos da Lei das Sociedades por Ações, isto é, como decorrência da sua posição de maior aeionista ("Revista Forense", vol. 146, p. 89).

28. Se é certo que, por força do que estabelece o Decreto-lei Complementar (estadual) n.º 7, de 6 de novembro de 1969, integra a "administração descentralizada" do Estado, deixando de ser uma entidade paraestatal para se converter em entidade intraestatal; e, de outra parte, nos expressos termos da Lei n.º 95, de 29 de dezembro de 1972 (art. 3.º), foi erigida, para os fins previstos no Código Nacional de Trânsito, à categoria de "órgão rodoviário estadual", — nem por isso a DERSA perdeu a natureza de entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado.

29. A natureza de entidade de direito privado subsiste porque, de um lado, a DERSA não se "publicizou" com a inscrição do DER como detentor da maioria das ações com direito a voto; a autarquia é que se "privatizou" para assumir a situação de acionista.

30. E, de outra parte, ao integrar a empresa na administração descentralizada (indireta) e classificá-la como órgão rodoviário estadual, o legislador apenas usou da franquia deferida pela Constituição do Brasil, quando dispõe que, respeitados os princípios estabelecidos na Lei Maior, que foram observados, "os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem" (art. 13, "caput").

31. As entidades com personalidade jurídica de direito privado que passaram a integrar a administração (subdividida em direta e indireta, mas, no seu todo, uma) do Estado federado, continuam a se reger, portanto, pelas normas de direito comum que lhes são próprias (geralmente a Lei das Sociedades por Ações, ou, no tocante às fundações, os arts. 24 a 30 do Código Civil).

32. Essas entidades, nem por isso devem ficar, no entanto, fora do controle e fiscalização do Estado-membro. Esse controle e fiscalização deve ser feito, porém, de modo a não prejudicar a flexibilidade operacional da empresa e os ditames do direito positivo.

33. Transcrevemos, por oportuno, ponderações que tecemos em trabalho anterior, a respeito do "Estatuto do Estado-Acionista":

> "19. Compreende-se, dentro dessa ordem de idéias, que o Estado-membro baixe normas a si próprio, na feição que toma de Estado-acionista, no sentido de, com a força de acionista majoritário(fazer incluir no estatuto social preceitos relativos à elaboração de orçamentos de custeio e investimento; de programação financeira; planos e sistemas de contabilidade e de apuração de custos, de forma a permitir a análise da situação econômica, financeira e operacional da entidade, em seus vários setores, e, bem assim, preceitos relativos à formulação de programa de atividade (Decreto-lei Complementar, citado, art. 3, II, letras "a" e "b"), posto que, numa visão de conjunto, os interesses da administração direta e indireta hão de coincidir.
>
> 20. De fato, o Estado-membro tem interesse em conhecer, através seus órgãos administrativos, a execução orçamentária, os custos operacionais, a rentabilidade econômica do serviço público desempenhado pela sociedade que integra sua administração indireta, para, à vista da análise do controle de resultado, especialmente quanto ao atendimento da finalidade, objetivo institucional e situação administrativa da empresa, orientar a conduta do Estado-acionista, suprindo-o, inclusive, dos recursos necessários.
>
> 21. Mas, o controle e fiscalização da empresa, como tudo que disser com sua atividade empresarial, deverá se revestir da forma estabelecida na lei comercial, não se aplicando à entidade, seus dirigentes e empregados, as normas de regulamento que o Estado-membro baixar para seus representantes e órgãos administrativos.
>
> 22. Sociedade anônima na qual o Estado-membro figura como acionista majoritário escapa, realmente, à possibilidade de receber tratamento jurídico igual ao

dispensado às autarquias. Nela, o Estado-membro procede como acionista, como se fosse pessoa de Direito Privado, não, como entidade de Direito Público Interno. A sociedade não se publiciza. O Estado é que se privatiza.

23. O Estado-acionista atua, à vista disso, obediente à lei comercial: decide quanto aos estatutos sociais; elege os dirigentes da sociedade e os membros do conselho fiscal, do qual, obrigatoriamente — por força de orientação que o Estado-membro traçou ao Estado-acionista — deve participar integrante do Conselho de Defesa dos Capitais do Estado — CODEC (Decreto n.º 49.513, de 25/4/68); e, nas assembléias gerais, delibera com voto majoritário.

24. A presença do Estado-membro se faz sentir, portanto, na empresa, através seus dirigentes, vedada a ingerência direta, como Poder Público, na vida e negócios da sociedade, mesmo se, desavisadamente, estabelecida a medida em lei estadual. Preceito que assim dispuser contrariará lei comercial, e, em termos jurídicos, apenas atingirá os objetivos visados se a vontade do Estado-membro se expressar através dos representantes que mantém nos órgãos diretivos da sociedade.

25. Como Poder Público o Estado-membro, pelo menos na esfera estadual e municipal, não pode atuar, de modo direto, junto às sociedades cujo controle acionário detém. Será desconhecer a Constituição Federal (art. 8.º, XVII, letra "b", da Constituição do Brasil) e Lei das Sociedades por Ações, diplomas legais que, em virtude dos princípios da hierarquia das leis e competência privativa, dominam o tema. Pode, contudo, como acionista majoritário, atingir seus desideratos, bastando observar, quanto ao "modus faciendi", os veículos e normas empresariais.

26. Apenas na sociedade de economia mista (art. 5.º, III, do Decreto-lei n.º 200, de 25/1/67, com a redação dada pelo Decreto-lei n.º 900, de 20/9/1969), entidade encontrada na esfera federal, e que não se confunde com a sociedade anônima (art. 38 do Decreto-lei .... 2.627/40), ocorre direta ingerência do Poder Público na vida e negócios societários, porque a **lei especial** que

dá existência à entidade é, a um tempo, de Direito Administrativo e de Direito Comercial, fato que legitima a alteração do direito comum. Os Estados-membros e Municípios, contudo, desprovidos estão de igual competência legislativa. Falta-lhes força para alterar a lei comercial, e, por conseguinte, apesar da competência que têm para, respeitados os princípios estabelecidos no Estatuto Básico da Nação (art. 13), legislar sobre Direito Administrativo local, não podem criar sociedades de economia mista, senão, com estrita observância da lei comercial, sociedades anônimas.

27. Deve existir controle econômico, financeiro e administrativo dos bens públicos empregados, pelo Estado-membro, na sociedade anônima cujo controle detém. Isso deve ser feito, no entanto, de modo a não prejudicar a flexibilidade operacional da empresa e os ditames do direito positivo. No estado atual de coisas, os dirigentes dessas sociedades prestam contas, nos termos da lei comercial, à assembléia geral, mediante parecer prévio do conselho fiscal, malgrado esse sistema, em virtude da atrofia que esse órgão sofreu, não corresponder mais, como observa CAIO TÁCITO, às reais necessidades "na verificação das contas das sociedades comerciais do Estado" ("Rev. For.", 205/419). Bastará, contudo, o retorno à originária missão prevista para o conselho fiscal — cuja atuação, hoje, está relegada, na prática, à atividade meramente formal — e controle eficaz será restabelecido! "

34. Discordamos do entendimento esposado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, quando sustenta a existência de sociedades de economia mista estaduais e municipais somente quando "prestadoras de serviços públicos propriamente ditos" (ob. cit., p. 106). Percuciente é, no entanto, sua observação ao assinalar que "descaberia excluir do regime de direito privado as sociedades mistas prestadoras de serviços públicos, pelo só fato de que, ao constituí-las, o Estado não pretende outra coisa senão — e precisamente — acolher um regime operacional ágil como o de empresa privada. Se diverso fora seu objetivo, seguiria os métodos tradicionais, valendo-se seja da prestação por administração direta, seja da criação de autarquias. A circunstância mesma de outorgar o serviço em concessão a uma pessoa mista revela, só por si, a opção pelo esquema de direito privado, mas, note-se: a pessoa será de direito privado; o regime

dela, da mesma forma; contudo, o serviço em si mesmo beneficiar-se-á de proteção especial e prerrogativas peculiares, **inerentes ao regime de direito público"** (ob. cit., p. 96).

35. Contudo, apesar de integrar a administração indireta, a empresa, "ex vi legis", continua com feição de pessoa jurídica de direito privado.

36. É o fenômeno, que se vem tornando comum, da recepção das figuras do Direito Privado no Direito Público, tal como, no tocante aos contratos em geral (locação, compra e venda, empreitada, etc.) já ocorrera anteriormente, posto que os contratos administrativos são, quanto à essência, os mesmos contratos do direito comum, apenas adaptados à peculiaridades — que também se encontra nas sociedades públicas "lato sensu" — de se formarem para responder a interesse público.

37. Mas, repita-se: não é a empresa que se publiciza; é o Estado que se privatiza na extensão que a lei estabelecer, detalhe que se prende, explica CLAUDE DECOULOUX, "ao desejo de controle que a Administração quer exercer".

38. Para cada caso particular, observam PAUL DUEZ e GUY DEBEYRE, a lei é condição insuprível, e por isso mesmo, através dela, se trata de organizar, com o Estado acionista, um regime derrogatório do direito comum das sociedades (RUBEM NOGUEIRA, "Função da Lei na Vida dos Entes Paraestatais", **in** "Revista de Direito Administrativo, vol. 99, p. 33 e segts.).

39. No regime republicano federativo vigente no Brasil, essa lei, em virtude da competência legislativa atribuída privativamente à União, só pode ser federal, com alcance nacional, porque os estados-membros e os municípios, apesar da competência que têm para legislar sobre direito administrativo local — em função do que organizam seus serviços públicos, inclusive os de caráter industrial — carecem, repita-se, de competência para derrogar normas de direito privado.

40. As sociedades que organizarem háo de se ater, por conseguinte, ao que dispõe a lei comercial respectiva.

41. Transcrevemos, por isso, o que já dissemos em estudo anterior: "Assim, diferentemente do conceito que se tornou corrente, a locução "economia mista" não significa que capitais públicos

e particulares se uniram sob a forma societária, para a exploração de uma empresa econômica, porém que o Poder Público, na sua expressão estatal, interfere, de variado modo, na economia interna da empresa, submetendo-a, em conseqüência de lei, ao controle permanentemente do Poder Público, não como acionista, mas como Estado mesmo, em virtude de **jus imperium** de que, na espécie, não quis abdicar" ("Revista de Direito Administrativo", Vol. 83, p. 525, n.º 37), entendimento esse esposado, literalmente, pela Procuradoria Geral do Estado ("Revista de Direito Administrativo, vol. 84, p. 333; Cfr. ainda, "Revista dos Tribunais", vol. 361, p. 53).

42. A matéria, quanto aos aspectos jurídicos que envolve, é até de direito constitucional, posto que, observa HERBERT EMMERICH", cada país tem que decidir por si mesmo até que ponto deverá o governo desempenhar o papel de empresário no setor econômico; essa decisão se refletirá na escala e na estrutura das empresas do estado. O número das empresas econômicas de propriedade pública varia enormemente de país para país, e mesmo dentro de um mesmo país". E, mais adiante: "Quando um governo resolve criar ou adquirir uma empresa, vê-se diante de um dilema: como estruturar uma instituição administrativa, que seja subordinada ao governo em importantes questões de política, mas que ao mesmo tempo goze da liberdade de ação necessária para funcionar com eficiência e flexibilidade e poder resolver e expandir as suas operações" (Manual de Administração Pública", tradução de HUGO WAHRLICH, edição da Fundação Getúlio Vargas — Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas (IBCA), 1962, pág. 122/3, ns. 228 e 233).

43. FRANK P. SHERWOOD enfoca o assunto nos seguintes termos: "a empresa pública que seja demasiado sensível às suas obrigações de interesse público, é muitas vezes atacada por não se comportar de modo suficientemente comercial", e, "por outro lado, a empresa que adota comportamento comercial é criticada por atuar como se não fosse parte do governo" ("Empresas Públicas" — Textos Selecionados — Edição da Fundação Getúlio Vargas, 1964, Prefácio, pág. VII).

44. No Seminário sobre Organizações e Administração dos Serviços Industriais do Estado", realizado na Índia (Ragum, março de 1954), constou do Relatório — Base para Discussão, ao ser focalizado o problema do Estado — Empresário: "Cada nação, necessariamente, tem que procurar uma forma de organização **compatível com seu sistema constitucional** (grifamos), com suas

tradições políticas, com sua estrutura de governo e com sua economia" ("Empresas Públicas", pág. 54, obra já citada).

45. MARCELO CAETANO ensina que pode haver atividade administrativa que, por motivos históricos ou de outra índole, esteja subtraída ao Direito Público e seja regida pelas normas civis ou comerciais, para concluir: "A atividade administrativa que decorra sob égide do Direito Privado será uma gestão privada" ("Manual de Direito Administrativo", 1.ª edição brasileira, 1970, Tomo I, pág. 43).

46. Nessa conformidade, quando, segundo o sistema constitucional vigente no Brasil, uma empresa é constituída ou passa para o controle, direto ou indireto, **do Estado-membro ou Município**, há de operar consoante os princípios e processos usuais do comércio. A autoridade do governo sobre a sociedade é a que normalmente compete ao acionista.

47. As entidades que integram a administração indireta (que o Decreto-lei Complementar n.º 7, de 1969, chama de "administração descentralizada"), diz JOSÉ DE NAZARÉ TEIXEIRA DIAS, "realizam atividades de interesse do Estado debaixo do máximo grau possível de flexibilidade de gestão, característica do setor privado. Em outras palavras, cônscio de que sua participação ou intervenção em determinadas áreas só poderá ter eficácia administrativa e operacional se amoldar-se aos critérios e métodos utilizados pelo setor privado, o Governo socorre-se da experiência da iniciativa privada em benefício do funcionamento das entidades sujeitas ao regime de administração descentralizada. Com isso retira dos seus órgãos descentralizados qualquer escusa quando deixem de cumprir os programas cuja execução lhes foi confiada" ("A Reforma Administrativa de 1967", Fundação Getúlio Vargas, 2a. ed., 1969, pág. 77), dizendo, mais adiante, o mesmo especialista: "As entidades da Administração Indireta, embora respondam por interesses específicos do Estado, precisam e devem comportar-se como entidades privadas, pois somente o clima do setor privado condiz com a realização dos seus objetivos e a produtividade que delas se espera" (ob. cit., p. 173).

48. Diz a respeito o insigne CAIO TÁCITO: "Como salientei em trabalho recente sobre o tema, o Direito Administrativo toma de empréstimo ao Direito Comercial o modelo orgânico das sociedades comerciais, predominantemente o da sociedade por ações, instituindo instrumentos flexíveis de ação administrativa no campo da economia (ver minha conferência no Congresso

Extraordinário dos Tribunais de Contas, proferida em 5 de setembro de 1972, sob o título "Controle das empresas do Estado, públicas e mistas "in Revista do Tribunal de Contas do Estado da Guanabara — ano I, n.º 1, dezembro de 1972, p. 33 e segs.)", para, logo adiante, juntar: "Optando pela forma societária, o legislador pretende que uma determinada atividade pública" abbia delle imprese private l'agilità e la forma organizzativa" (Exposição de motivos sobre o projeto da Lei Italiana do I.N.A. — **apud** SERGIO SOTGIA — L'INA impresa publica — Impresa e società — Vol. 5 — p. 1859)" (Paracer dado à DERSA, em .. 11/04/73).

49. Apesar de integrar, por força do que estabelece o Decreto-lei Complementar estadual n.º 7, de 6 de novembro de 1969 (art. 2, II), a administração indireta do Estado, a DERSA não perde a perrogativa de empresa dotada de personalidade de direito privado. Tal como ocorre, na esfera federal, em relação às sociedade de economia mista e empresas públicas.

50. O artigo 1.º da Lei n.º 95, de 29/12/72, que altera o Decreto-lei n.º 5, de 6/3/69, reafirma o detalhe ao dispor:

> I — "Art. 1.º — .....
> Parágrafo único — A **sociedade** referida neste artigo terá como objeto explorar, mediante concessão, em consonância com os artigos 68, 69 e 70 da Constituição do Estado (Emenda n.º 2), o uso das rodovias que forem indicadas em decreto do Poder Executivo.
> .....
> III — Art. 4.º — O capital autorizado da **sociedade referida no artigo 1.º** (omissis).

51. Os órgãos rodoviários, com jurisdição administrativa sob as estradas de seu domínio ou alçada, integram, nos termos do Código Nacional de Trânsito (art. 4.º) e seu Regulamento (art. 4.º), a administração de trânsito.

52. Preceitua, por isso, a Lei Nacional de Trânsito: "os órgãos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios exercerão a jurisdição sobre as estradas de seu domínio e, no tocante ao trânsito, se restringirão às faixas respectivas" (CNT, art. 15.º; RCNT, art. 33).

53. São órgãos rodoviários, no Estado de São Paulo, integrando, como órgãos executivos (CNT, art. 3.º; RCNT, art. 4.º, letra "d"), a administração estadual de trânsito:

a) o Departamento de Estradas de Rodagem (DER), autarquia criada pelo Decreto n.º 16.546, de 26/12/46;
b) a DERSA — Desenvolvimento Rodoviário S. A., sociedade por ações de capital autorizado, cuja constituição, com a participação majoritária do DER, o Poder Executivo foi autorizado a promover nos termos do Decreto-lei n.º 5, de 6/3/1969, alterado pela Lei n.º 95, de 29/12/72.

54. Para atender às peculiaridades que lhe são próprias mantém o Estado de São Paulo, como se vê, com base da Constituição do Brasil (art. 13) e nos termos do artigo 3.º c, do Código Nacional de Trânsito, dois órgãos rodoviários, cada um com atribuições distintas: DER e DERSA.

55. Aliás, a DERSA representa forma empresarial de parcela do DER, fato que até gerou a primeira parte de sua denominação social (DER + S. A. = DERSA).

56. Executa a DERSA, ademais, na qualidade de concessionária de serviço público estadual rodoviário, e nos termos do contrato que, em 30 de setembro de 1969, firmou com o DER, serviço público que o Estado deliberou desempenhar de forma indireta e segundo os métodos da empresa privada.

57. Em conclusão: Com a superveniência do Decreto-lei Complementar n.º 7, de 6/11/69 e Lei n.º 95, de 29/12/72, que, respectivamente, integrou a DERSA na administração indireta do Estado e declarou-a órgão rodoviário estadual (atributo que já possuía), nenhuma alteração ocorreu na natureza jurídica da empresa.

É o que pensamos, SMJ.

São Paulo, 18 de junho de 1973.

OS RECURSOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (*)

Alcides de Mendonça Lima (**)

Antes de iniciar a exposição sobre o tema, o autor proferiu a seguinte alocução:

Senhor Presidente, Prof. José Carlos Barbosa Moreira: Exmo. Sr. Ministro Hermes Lima; Exmos. Srs. Desembargadores do Tribunal de Justiça e Juízes do Tribunal de Alçada; meus confrades desta casa; minhas senhoras; meus senhores e meus colegas:

Quando recebí este convite, ainda no ano passado, para participar deste Curso nesta Casa, da qual sou membro correspondente desde 1950, por proposta do ilustre Presidente de então, o eminente jurista Justo de Moraes, que, aliás, não conhecia nem de fisionomia, tomei-o além da deferência e da honra pessoal com que fui distinguido, como uma homenagem, embora implí-

(*) Conferência proferida no Curso de Férias sobre o Novo Código de Processo Civil promovido pelo Instituto dos Advogados Brasileiros (Rio de Janeiro, janeiro de 1973). O autor incluiu, em rodapé, a bibliografia nesta publicação, referida apenas imprecisamente na exposição oral, aqui reproduzida da sua gravação no ato.

(**) Catedrático de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas.

cita, à minha Faculdade, à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, no ano em que completava sessenta anos de existência ininterrupta, aniversário ocorrido a 12 de setembro. Hoje é uma das mais antigas Faculdades do país e a primeira que se fundou numa cidade do interior. Instituto particular até 1948, ingressou depois na Universidade do Rio Grande do Sul, como Entidade Estadual, e, após, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul a partir de 1950, quando, então, duas eram as Faculdades de Direito dessa Universidade, a de Porto Alegre e a de Pelotas, que se distinguiam pelas cidades onde cada uma tinha a sua sede.

Em agosto de 1969, fundou-se a Universidade Federal de Pelotas, agrupando a nossa Faculdade de Direito; a Faculdade de Odontologia; a Faculdade de Agronomia, que é a mais antiga do Brasil; a Faculdade de Ciências Domésticas; a Faculdade de Veterinária, além da agregada Faculdade de Medicina e vários institutos básicos.

E temos ainda a Universidade Católica de Pelotas, com a Faculdade de Medicina, com a Faculdade de Engenharia, com a Faculdade de Filosofia, com a Faculdade de Jornalismo, com a Faculdade de Ciências Econômicas.

Pelotas pode, portanto, orgulhar-se de ser, não apenas a cidade de primeira "Miss Universo" brasileira e de duas "Vice-Misses Universo",, mas de ser também uma cidade essencialmente universitária.

Assim, ainda que, no convite, não houvesse referência, e nem poderia haver, à efeméride a minha Faculdade, intimamente converti a honra da escolha em uma homenagem que presto à minha Faculdade, onde me formei e onde sou o mais antigo dos seus professores, embora não o mais velho, mas nem por isso deixo de ser um dos mais modestos.

Nesta oportunidade, então peço vênia ao Presidente desta sessão para entregar-lhe a flâmula da Faculdade, quando se comemorou o nosso cinqüentenário, em 1962, para que sirva de elo entre o nosso histórico Instituto e aquela Casa de ensino do extremo sul do Brasil.

O Código de Processo Civil, ora sancionado, tem a sua origem no Anteprojeto de 1963, elaborado, como todos sabem, pelo eminente Prof. Alfredo Buzaid, hoje ilustre Ministro da Justiça.

Mas é preciso remontar mais longe, a 1955, quando o Prof. Alfredo Buzaid, em Pelotas, proferiu uma conferência sobre a matéria dos recursos, na qual ele pregava já a necessidade da revisão ou da reforma do Código de 1939. E, como profeta de si

mesmo, ele afirmava que o trabalho devia ser confiado a "homens de ciência e de saber". Longe estava de supor S. Exa., embora já fosse catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo, que seria aquele "homem de ciência e de saber" a quem, oito anos depois o Governo confiaria a tarefa de elaborar o Anteprojeto de um novo Código de Processo Civil.

Essa Conferência está divulgada em diversos periódicos, embora com o nome diferente daquele com que foi publicado na nossa revista como texto originário, porque foi recomposta, pois o orador falou de improviso. (1). O tema dessa Conferência foi, como disse, o dos recursos, exatamente o que hoje me cabe expor.

O Anteprojeto de 1963 era muito parcimonioso em recursos, de acordo, aliás, com a nova técnica que se imprime nos diplomas dos povos mais adiantados da Europa, que nos servem de modelo, e que serviram de base ao Anteprojeto, como o Código Alemão, o Código Austríaco, o Código Italiano e o Código Português. No Anteprojeto só eram indicados: a apelação; embargos em causas de alçada; o agravo de instrumento; o recurso ordinário constitucional, que a Constituição impunha, mesmo que fosse omitido; e o recurso extraordinário. Desaparaceram: a revista embargos em segunda instância; agravo de petição e o agravo no auto do processo, esse tanto na forma como na substância.

Decorridos quase dez anos, o Anteprojeto de 1963 é revisto por douta comissão e surge, finalmente, o Projeto de 1972, já apresentado pelo Ministro Buzaid, na qualidade de titular da Pasta da Justiça.

Notam-se, então, divergências quanto aos recursos, em confronto com o texto básico de 1963. A apelação foi mantida. O agravo de petição excluído. Os embargos nas causas de alçada suprimidos. Ressurgem os embargos de segunda instância e a revista. O agravo de instrumento subsiste, mas já aparece, porém, com um quê de agravo no auto do processo. O recurso ordinário constitucional é tratado sob o nome de apelação, e o recurso extraordinário, naturalmente, persiste.

---

(1) — "Uma contribuição para o Estudo do Sistema de Recursos no Direito Brasileiro" in "Revista da Faculdade de Direito de Pelotas, vol. II, pág. 15; e com outro título in "Revista Jurídica", Porto Alegre, vol. 22, pág. 13, e in "Revista da Faculdade de Direito de S. Paulo, vol. 52, pág. 181: "Ensino para uma Revisão do Sistema de Recursos do Código de Processo Civil Brasileiro."

Parecia, então, uma mudança quase radical do Anteprojeto de 1963, ao Projeto de 1972, com a inclusão de recursos que tinham sido cortados. O recurso de embargos na segunda instância tinha sido considerado como "inútil", e o de revista como "antipático", na Conferência de Pelotas. Entretanto, por força de razões que a Exposição de Motivos não explica, esses dois recursos voltaram: os embargos e a revista.

No Código recém-sancionado e ora comentado, à luz do artigo 496, nota-se uma mudança em relação ao Projeto de 1972. Não voltou o Código ao Anteprojeto de 1963, que era mais parcimonioso em recursos, mas não chegou ao ponto do Projeto de 1972. Ficou no meio-termo.

O artigo 496 enumera a apelação; o agravo de instrumento; os embargos infringentes; os embargos de declaração e o recurso extraordinário. Voltaram, pois, os embargos infringentes, que haviam sido cancelados em 1963. Mas o agravo de petição, dentro do Código — isso é muito importante observar — morreu mesmo em 1963, foi executado em 1972 e fizeram exéquias agora no novo Código. Já o agravo de instrumento, agora em 1973, é um pouco diferente do de 1963. Os embargos de declaração continuaram, e o recurso extraordinário também. Poderá parecer que está excluído, no art. 496, o recurso ordinário constitucional, cuja denominação, com primazia, me é atribuída na "Exposição de Motivos" de 1963 e na obra de Frederico Marques, (2) porque, do ponto de vista processual, ainda não tinha sido debatido, ainda não tinha sido estudado, e eu ousadamente lancei um trabalho sobre o mesmo (3). É um recurso que eu chamo de meu "afilhado". Só veio aparecer, com regulamentação legal, agora neste Código com o feitio de apelação. Não conservou o nome típico de recurso ordinário constitucional, como tinha no Anteprojeto de 1963; figura com o nome de apelação, entre os recursos cabíveis no Supremo Tribunal Federal (art. 539).

---

(2) — "Exposição de Motivos" do anteprojeto de 1963, n.º 43; "Instituições de Direito Processual Civil", 1a. edição, vol. Iv, pág. 13, n.º 863 e pág. 26, n.º 872.

(3) — "Recurso Ordinário constitucional" in "Revista Forense", vol. 177, pág. 54; "Revista dos Tribunais", vol. 276, pág. 7; "Revista Jurídica, vol. 33, pág. 45; "Revista da Faculdade de Direito de Pelotas, vol. IV, pág. 95. O mesmo assunto com texto ampliado in nosso "Sistema de Normas Gerais de Recursos Cíveis", Cap. III, § 3.º, "B", n.ºs 179 e 188; e verbete no "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", vol. 45, pág. 198 a 220.

Foram, por conseguinte, suprimidos: o agravo de petição; aparentemente o agravo no auto do processo; os embargos em primeira instância nas chamadas causas de alçada, que hoje têm o nome de procedimento sumaríssimo; e a revista.

Foram mantidos: apelação; agravo de instrumento; embargos infringentes em segunda instância; embargos declaratórios e recurso extraordinário. O recurso ordinário vai aparecer com a roupagem de apelação.

Entretanto, na vida forense, na prática, é preciso que se compreenda que se, dentro do Código, o agravo de petição desapareceu, (e isto já foi objeto de observações aqui nesta sala pelo eminente Prof. José Carlos Barbosa Moreira) ele vai continuar na legislação especial que o adotava como recurso normal, inclusive contra sentenças definitivas. Isto porque o Código, no artigo 1217, ressalva a legislação especial, como a do mandado de segurança, e de acidentes do trabalho, etc., onde o recurso fundamental é o agravo de petição. Assim, o agravo de petição estará ainda em vigor nesses casos especiais. A dúvida é sobre como ele será regido, porque — já foi objeto de observação também — a legislação especial se reportava ao Código de 1939. Parece-me, que neste ponto, essas normas do Código de 1939 estão incorporadas a esta legislação especial. De modo que elas não vigirão como normas do Código de 1939, e, sim, como normas incorporadas à legislação especial.

Nas disposições gerais, no artigo básico que indica os recursos, a redação do Anteprojeto de 1963 me parecia mais técnica. Porque dizia: este Código **admite** a apelação, etc.; e **regula** o recurso ordinário constitucional e o extraordinário. E por que esta pequena distinção? Os recursos previstos na Constituição não são cabíveis em virtude do Código, nem são admitidos pelo Código, que é uma lei ordinária. Eles são apenas regulados pelo Código. Porque existiriam, ainda que o Código novo nada dispusesse sobre eles. Era o caso do recurso constitucional, em que não havia nenhuma norma legislativa, a não ser no Regimento Interno do Supremo, para quando ele lá chegava; mas quanto ao seu procedimento; prazos de interposição, preparo, tudo, mais na instância inferior, era o vácuo, dependia das praxes, ou das interpretações pessoais.

Então, o Código de Processo Civil pode admitir os recursos que quiser, mas não pode deixar de admitir, de tornar cabíveis, ou não, os recursos previstos na Constituição. De modo que era melhor ter feito a distinção entre os recursos **cabíveis** ou **admitidos**, e os recursos **regulados**. O legislador ordinário mais não fez do que **regular** os recursos previstos na Constituição.

Na terminologia do próprio art. 496, e que se vai refletir no texto, quando se trata de cada um dos recursos, parece que não haveria necessidade da referência a embargos **infringentes**. Ou se mantinha a velha dicotomia tradicional, já inútil no Código de Processo Civil de 1939 — **infringentes** ou **nulidade** — ou se eliminava, agora também, o adjetivo "infringentes" subsistindo, apenas, o termo "Embargos". Isso já fora preconizado pelo eminente prof. Moniz de Aragão, em sua excelente tese sobre esse recurso. (4)

O adjetivo "infringentes" pode determinar dúvidas. Se o vício alegado é de nulidade, poderá dizer-se que não cabem embargos, porque os embargos só serão cabíveis quando forem infringentes, quando visarem ao próprio conteúdo da decisão, ao próprio mérito, e não a parte formal. Poderá, amanhã, um advogado habilidoso levantar a preliminar de que não cabem mais os embargos, quando se tratar apenas de vício formal, que deveria ser atacado pelos embargos de **nulidade**, como era da tradição do Regulamento 737 e dos códigos estaduais, embora sem sentido já no código de 1939.

Então, se a natureza do vício não interessa, sejam os embargos infringentes ou de nulidade, por que chamá-los só de "infringentes"? Bastaria dizer **embargos**. Se o único requisito é o mesmo hoje, acórdão não unânime em apelação ou em ação rescisória, por que dizer "infringentes"? Não se justifica.

Da mesma forma, quanto ao agravo de instrumento; quando ainda havia o agravo de petição e o agravo no auto do processo, havia necessidade de se distinguirem pelo nome. Mas, desde que o agravo é só um, não há necessidade de se chamar de agravo de instrumento, embora seja constituído de um instrumento. Mas nem por isso há necessidade de dar-se ao recurso o nome da forma com que se apresenta. Porque, na especificação das formalidades, dir-se-á que se fará por instrumento, e não há como confundir com o de petição, no caso; não quer dizer que seja uma falha, um erro; mas é uma referência ociosa, desnecessária. No "Esboço" do Professor Moniz de Aragão também aparecia "agravo" sem qualquer referência. (5)

Entretanto, além desses recursos, expressamente previstos no art. 496, que dá a impressão de serem eles os únicos recursos, aparecem outros recursos sem qualquer denominação, apenas com a referência a serem recursos. É o que se vê no artigo 532 e seus parágrafos, em que a alusão é apenas a "recurso", sem qualquer especificação, de modo que se fica sem saber qual seja. Não se tem noção alguma do recurso que cabe. Seria melhor dizer que caberá agravo. "Caberá recurso" não dá idéia nenhuma de qual é esse recurso. Ele deveria, por questão de técnica, ter um nome. Então deveremos colocá-lo entre os recursos do artigo 496. Seria um agravo de instrumento; ou seria um "agravinho" ou "agravo de mesa", não especificados no Código? Não se tem percepção exata desse recurso. E diga-se o mesmo com relação ao artigo 557, parágrafo único.

Com referência aos embargos declaratórios, a situação é interessante. Porque, no art. 496, há referência aos embargos declaratórios. Mas dentro do Código — já é glosa do Prof. Barbosa Moreira — eles também não estão unificados. De primeira instância aparecem no capítulo relativo à sentença, e os de segunda instância no título relativo aos recursos. Alguns sustentam que esse meio não é recurso. É a opinião de Seabra Fagundes, à qual peço vênia para não me filiar, com todo o respeito ao ilustre mestre. Entretanto, por questão de técnica, todos os embargos declaratórios deveriam estar no mesmo dispositivo. E, mais, há outra situação muito curiosa. Em relação à sentença, diz-se que eles interrompem o prazo para o interposição de outro recurso por qualquer das partes. E, quanto aos que se interpõem contra acórdão de Tribunal, o Código não diz isso, não faz essa referência quanto aos efeitos da suspensão. De modo que o mesmo recurso é tratado diferentemente quando se interpõe em primeira instância e quando se interpõe em segunda instância.

Também não consta no Código o mal denominado recurso **ex-officio**. No Anteprojeto de 1963 aparecia como condição de eficácia da sentença em ação de anulação de casamento. De igual modo no Anteprojeto de 1972. No texto definitivo do Código, porém, na mesma ação de anulação de casamento e, igualmente, nas sentenças contra a Fazenda; e quando forem julgados procedentes os embargos na ação executiva fiscal.

Quando fiz uma série de Conferências em Brasília, a convite da Associação do Ministério Público, e da Procuradoria Geral do Distrito Federal e dos Territórios, falando a respeito do recurso **ex-officio**, dizendo que não os havia mais no Código, um ilustre Procurador deu-me o seguinte aparte. Que, numa pequena cidade do interior do Brasil, na Semana Santa, havia dificuldade de obedecer à proibição do jejum da carne. Os habitantes, então, foram ao pároco para resolver o problema, porque não havia peixe. O sacerdote, sagazmente, perguntou o que é que eles tinham. Disseram que tinham apenas um leitão. Então, ele

(4) — "Estudo sobre Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado Previstos no Código de Processo Civil", pág. 160, n.º 119.

(5) — "Recursos Cíveis — Esboço Legislativo", art. 1, n.º I, e Tít. II.

pediu que o trouxessem. Levado o suíno, ele benzeu-o e disse: "Isto aqui é peixe. Podem comer à vontade". (risos). Não há mais, alega-se, o recurso **ex-officio**. É a mesma coisa que aconteceu com o padre. Foi batizado o recurso de **ex-officio** como condição de eficácia da sentença. O caso vale apenas como um sabor de anedota, evidentemente, mas não é bem assim. Porque, se bem que o juiz tenha que mandar os autos para a segunda instância, o que ele perdeu foi esse característico, que não tinha sentido, de recurso **exofficio.** Porque quem recorre, o juiz, não tem interesse nenhum em que a sentença seja reformada. Só isso mostra que o recurso **ex-officio** não é recurso. Mas ficou como condição de eficácia de sentença, tanto que se encontra referência a esta situação no capítulo da sentença, e nenhuma palavra no título dos recursos. Quer dizer, não é recurso. No verdadeiro sentido técnico, nunca foi. Mesmo com o rótulo de recurso, essa condição, essa medida, nunca foi um recurso. Era uma condição necessária para a validade e para a eficácia da sentença, mas nunca um recurso.

A malsinada correição parcial ou reclamação, seja qual for o nome, continua a não aparecer no Código, embora acolhida nos Códigos de Organização Judiciária. Inclusive, no Código existente no meu Estado, que já tem um capítulo inteiro sobre essa medida esdrúxula, sobre esse monstrengo processual e jurídico. Está proliferando, em quase todo o Brasil, sem base jurídica. O Código omitiu, completamente, qualquer referência à correição parcial ou reclamação. Mesmo assim, ela vai continuar grassando por este Brasil afora.

Com relação ainda à parte geral, aparentemente continuará a controvérsia sobre a natureza da sentença na pendência do recurso extraordinário. Nesto ponto, é enorme o dissídio entre a doutrina e a jurisprudência. Enquanto a doutrina em grande porcentagem — com as opiniões divergentes, apenas, embora valiosíssimas, de Frederico Marques, de Amílcar de Castro e de Batista Martins (6), sustenta que é provisória — como Pontes de Miranda, Liebman, Buzaid, Vidigal, Moniz de Aragão, Carvalho Santos, Lopes da Costa, Eliezer Rosa, Barbosa Moreira e outros

(6) — JOSÉ FREDERICO MARQUES, op. cit., vol. V, pág. 87, n.º 1114, e pág. 163, n.º 1157; AMILCAR DE CASTRO, "Comentários ao Código de Processo Civil", coleção "Forense", 2a. edição, vol. I, tomo II, pág. 34 e segs., n.º 11; BATISTA MARTINS, "Recursos e Processos de Competência Originária dos tribunais", pág. 161, n.º 116.

(7), a jurisprudência, entretanto,, hoje prestigiada por Súmula do Supremo, entende que é definitiva.

No entanto, o Código, que poderia ter resolvido mais claramente a dúvida, e no meu ponto de vista, como indicarei daqui a pouco, não resolveu, estabelece que o recurso extraordinário não suspende a execução da sentença. É praticamente igual à fórmula de 1939. Porém, articulando esses dispositivos com a definição de coisa julgada do Código, verifica-se que, na pendência do recurso extraordinário, não pode haver execução definitiva. E por quê? Porque o Código repete quase litaralmente a definição de caso julgado da Lei de Introdução: "Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torne imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário". De modo que se ainda não há coisa julgada, porque a sentença está sujeita a recurso extraordinário (embora o nome de extraordinário não corresponda ao conceito de curso extraordinário nos moldes europeus), essa definição vai refletir-se na natureza da execução na pendência do recurso extraordinário. Porque será impossível dizer-se que passou em julgado a sentença. Logo, se a sentença ainda não passou em julgado, será provisória a execução.

Com relação ainda ao recurso extraordinário, não se usa, no código ora sancionado, a fórmula preconizada pelo Prof. Moniz de Aragão, que de modo expresso e cauteloso sugeria que se dissesse: tem efeito devolutivo. (8) Na opinião de muitos juristas, o efeito devolutivo seria aquele que devolvesse o conhecimento de todas as questões de direito e de fato no recurso. E, assim sendo, como o recurso extraordinário se situa apenas na questão de direito, e sobretudo de ordem constitucional, ele não teria efeito devolutivo; ora, a execução provisória é aquela que cabe quando

(7) — Além dos autores citados, mais os seguintes: MATOS PEIXOTO; BILAC PINTO e LÚCIO BITENCOURT; AFONSO FRAGA; JORGE AMERICANO; MOACYR ORSINI DE CASTRO; SEABRA FAGUNDES; COSTA CARVALHO; GABRIEL REZENDE FILHO; DE PLÁCIDO E SILVA; JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ, que se acham mencionados em nosso "Sistema", pág. 283, nota n.º 441.

8) — "Esboço", cit., art. 32, § 1.º.
(NOTA DO AUTOR: No projeto remetido ao Congresso Nacional, em abril de 1973, entre as várias alterações do texto originário do Código, consta a que atribui, expressamente, efeito meramente devolutivo ao recurso extraordinário, solucionado, de vez, o antigo impasse quanto à natureza da execução na sua pendência).

o recurso é recebido apenas com efeito devolutivo. Para fazer desaparecer essa dúvida, seria melhor apontar como devolutivo o efeito do recurso extraordinário. Porque a idéia de devolutivo não tem nada de ver com a natureza da questão, isso é, de ela ser mesmo só de direito, ou só de fato, ou de direito e de fato. Não diz respeito à remessa, ao envio do recurso para uma instância superior, sem entrar em minúcias, em detalhes, sobre quais as questões submetidas ao juízo **ad-quem**, se todas ou apenas uma. A fórmula do Prof. Moniz de Aragão resolvia o problema, dissipando qualquer dúvida em torno da execução provisória ou definitiva.

O Código novo — e isso já vem desde o Anteprojeto de 1963 — trouxe um grande aperfeiçoamento em acolher o que chama de "Recurso adesivo". E, embora essa expressão seja tirada do Código Alemão, que usa como equivalente a adesivo, o sentido do recurso não é o de adesivo. É um recurso incidente, como se diz na terminologia francesa e italiana (9) com o beneplácito de Eliézer Rosa (10) e de Barbosa Moreira (11). São completamente, diferentes, tecnicamente, o recurso adesivo e o recurso incidente. Segundo Chiovenda, o recurso adesivo envolve a idéia de solidariedade. É, por exemplo, o subinquilino que interpõe também recurso, para aderir, para ficar "adesivo" ao recurso do inquilino contra o proprietário. Portanto, são dois aliados contra o mesmo inimigo comum. Esse será o adesivo. Já o incidente é um contra-ataque, segundo ainda CHIOVENDA, quando ocorre a sucumbência das duas partes (12). O autor pede capital e juros. O juiz dá o capital. O autor não se importa em recorrer dos juros. Mas se o devedor, que é o réu, recorre do capital, já tendo passado o prazo para o recurso autônomo do autor, esse tem a faculdade de, mesmo esgotado o prazo para o recurso que ele já poderia ter interposto para receber os juros, interpor então, recurso incidente para tentar ganhar os juros. Se ele vai ter que esperar o julgamento da apelação do réu sobre o capital, então vai arriscar receber também os juros. É um contra-ataque, como diz Chiovenda. Não há solidariedade, como se nota no recurso adesivo. A parte que usa do chamado recurso adesivo, mas que no fundo é incidente, vai pleitear aquilo em que sucumbiu e que estaria conformada em perder, se o outro também não recorresse.

(9) — Nosso "Sistema" cit., pág. 305, n.º 243.
(10) — "Cadernos de Processo Civil", pág. 48, n.º 3.
(11) — "Estudos de Direito Processual Civil", pág. 169, n.º 8.
(12) — "Instituição de Direito Processual Civil", vol. III, pág. 364.

De modo que não há por que chamar esse recurso de adesivo, e nem falar do recurso **principal**, como o Código faz. O Código de Processo Civil Português denomina o recurso incidente de "subordinado" (art. 682, I a 4). O outro, porém, só é principal no sentido cronológico. O recurso incidente também é independente. Só no tempo é que ele vem depois, com a faculdade que se dá à parte de interpô-lo mesmo depois de esgotado o prazo normal do seu próprio recurso independente.

Além disso, não se conpreende porque ficou excluído o chamado "recurso adesivo" — vou usar a terminologia do Código, embora devesse ser "incidente" — dos embargos. Nada impedia, nada impede logicamente, que também possa haver recurso adesivo nos embargos. Poderá haver. E, mais, no agravo de petição da legislação especial. Por que é que não pode haver aí recurso adesivo, se o agravo de petição vai entrar na sistemática do novo processo para os casos de legislação especial, que se regerão pelas normas antigas? Era o caso de se estender à legislação especial. Não havia inconveniente nenhum; inconveniente é o tratamento diferente para duas situações iguais, de recursos até com a mesma índole. O agravo de petição, na ação de acidente do trabalho, por exemplo, participa da natureza da apelação, porque cabe contra a decisão definitiva, embora podendo também caber contra a terminativa.

Além do mais, o Código não teve a precaução de incluir um dispositivo expresso com relação à **reformatio in peius**, porque o chamado recurso adesivo não evita, por si só, a possibilidade dela. Liebman, Buzaid e Pontes de Miranda, apesar de serem contra a **reformatio in peius**, entendem que o atual Código de Processo Civil, que já está moribundo, a permite. Mas não é o fato de ter-se criado o recurso adesivo, o recurso incidente, que evita a **reformatio in peius**. Há legislações que têm o recurso chamado adesivo ou incidente e que proibem expressamente o **reformatio in peius**; e pode haver o recurso adesivo e admitir-se, ou não, a **reformatio in peius**. Darei um exemplo. Suponhamos que o autor reinvindique um imóvel (a) e semoventes (b), e pleiteie perdas e danos (c). O Juiz concede o imóvel (a) e nega os semoventes (b) e as perdas e danos (c). O réu recorre apenas quanto ao imóvel (a), já que ganhou na parte dos semomentes (b) e na relativa às perdas e danos (c). O autor, entretanto, como o réu recorreu, recorre apenas das perdas e danos (c); conforma-se com os semoventes (b). Apreciando, porém, o recurso do réu, o Tribunal poderá manter a sentença quanto ao imóvel (a) e, se se admitir a **reformatio in peius**, embora o autor se tenha conformado com a perda dos semoventes (b), o Tri-

bunal poderá conceder ao autor também os animais (b) e ainda julgar a apelação do autor procedente quanto às perdas e danos (c).

O recurso incidente não evita a **reformatio in peius**. Bem sei que a doutrina e a jurisprudência repelem, aqui no Brasil, a **reformatio in peius**. Mas, desde que Liebman, Pontes de Miranda e o próprio Buzaid entendem que ela ressurgiu em 1939 (13), a dúvida não desaparece, no Código atual, pela simples adoção de recurso adesivo.

Com referência ao prazo, o artigo 508 fala que a uniformidade existe em todos os recursos, pois, salvo no agravo de instrumento e nos embargos de declaração, o lapso é de quinze dias. Mas não é assim. Os artigos 532, § 1.º (48 horas); 544 (5 dias) estabelecem outros prazos. E até, curiosamente, há um recurso que não tem prazo. Realmente, o artigo 557, parágrafo único, diz: "Do despacho de indeferimento, caberá recurso para o órgão a que competiria julgar o agravo". Não tem nome o recurso, nem se diz o prazo da interposição. Logo, a uniformidade, preconizada no artigo 508, não é perfeita. Há prazo de 48 horas, e de cinco dias, há recurso que não tem prazo. Será aplicado, então, o art. 185, que estabelece o lapso de 5 dias, ou do art. 177, que diz que o juiz estabelecerá prazos quando a lei não os fixar? Ficou a dúvida para a jurisprudência, sobretudo, e para os doutrinadores.

O procedimento sumaríssimo, que é o das causas do artigo 275, tem normas especiais sobre recurso. Em primeiro lugar, o prazo de interposição é de 5 dias, inclusive para a apelação (art. 508, § único). Em segundo lugar, não tem revisor no Tribunal (art. 551, § 3.º). Além disso, tem que estar julgado o recurso em 40 dias (art. 550). São as normas especiais para o procedimento sumaríssimo. Este próprio termo **sumaríssimo** também não me parece adequado. Porque, no processo tradicional do Regulamento 737 e nos Códigos dos Estados, havia o procedimento chamado de ordinário, o sumário e o sumaríssimo. Mas por que o superlativo, se não há agora o sumário? Seria melhor chamar-se de sumário de uma vez, porque o superlativo só vale quando ligado à idéia do que é o normal; exemplo: bom, boníssimo. Mas sumaríssimo por quê? Não tem sentido a palavra **sumaríssimo**.

Com relação ao litisconsórcio, com referência à desistência que possa haver, teria sido muito interessante ter sido aceita a tese do Prof. Barbosa Moreira, ou, no seu último livro "Litisconsórcio Unitário" (14). Explicarei melhor com um pequeno exemplo, que é extraído daquela obra. Sendo o litisconsórcio unitário, se um litisconsorte ("A") recorre, todos aproveitam. Mas, se ainda dentro do prazo máximo para o recurso — o lapso é de 15 dias mas o litisconsorte interpõe o recurso no quinto dia —, o recorrente desiste, outro litisconsorte ("B") pode recorrer. Em princípio, se o primeiro recorrente ("A") desistiu, em sendo homologada a desistência e passado em julgado, essa desistência evidentemente iria atingir a todos que não recorreram. Mas, se outro recorre ("B"), automaticamente aquele que desistiu poderá ser beneficiado por esse segundo listiconsorte, que não tinha recorrido, mas que agora recorreu. E, se o recurso foi provido para o litisconsorte "B", o litisconsorte "A", que tinha desistido, vai beneficiar-se. Ele não pode ficar excluído da decisão do recurso se o litisconsórcio era unitário. De modo que era preciso haver uma fórmula tal que não se pensasse que, desistindo o litisconsorte, aquela desistência, para ele, vai valer de modo definitivo. Poderá valer, se ninguém recorrer. Mas se outro recorrer, apesar de ele ter desistido, poderá ser beneficiado pelo efeito do recurso do litisconsorte. A redação que dá o Prof. Barbosa Moreira, dentro da sua tese, do ponto de vista teórico, seria interessante para resolver o possível impasse.

Quanto ao preparo e à deserção, não há norma genérica sobre isso. No art. 519, refere-se o Código ao prazo de cinco dias para preparar a apelação. No agravo, isto é que é curioso, o prazo é de dez dias (art. 527). Por que na apelação é de cinco dias, e no agravo é de dez? Não se compreende bem essa diferença de tratamento entre um recurso mais simples, o agravo, e um recurso muito mais complexo, como é a apelação. Nos embargos no Tribunal, o prazo é de três dias (art. 533, § 1.º), apesar de ser em segunda instância, e muito mais complicado, nas cidades maiores, para se fazer um preparo. E... no art. 545, não se diz o prazo de preparo do recurso extraordinário, que será feito no Tribunal de origem. Mas não há tempo fixado na lei. Então, é de perguntar-se: aplica-se aquela regra genérica de, quando não há prazo, ser de cinco dias (art. 185) ou o juiz é que fixa (art. 171)? Fica-se na dúvida.

Não há nenhum dispositivo, como havia no Código de 1939, sobre o recurso errado ou a possibilidade da variabilidade do recurso. Porque o legislador entende que não há possibilidade de haver recurso errado. Normalmente, ninguém vai interpor agra-

(13) — Nosso "Sistemas", pág. 293, n.º 238; e pág. 295, n.º 239.

(14) — pág. 244, art. 549; pág. 215, n.º 135; e pág. 236, n.º 150.

vo quando cabe apelação dentro do novo Código, ou ao contrário, como acontecia com o próprio agravo de petição e o agravo de instrumento, mais comumente com agravo de petição. Hoje, pelos pressupostos precisos de cada recurso, o legislador entende que não há possibilidade de erro, por conseguinte. E isso decorre da própria natureza do provimento: onde o Código fala em sentença, o recurso é de apelação. Quando o Código não fala em sentença, e a parte em primeira instância quer recorrer, usa do agravo de instrumento: usa e abusa — como se dizia antigamente na propaganda do mate "Leão" — do agravo de instrumento. E parece que até há necessidade de se abusar mesmo, sob pena de ocorrer preclusão.

A apelação cabe da sentença final. A sentença final, quando é terminativa, termina o processo e não julga o mérito; seria caso do antigo agravo de petição. Contra a sentença final definitiva que julga o mérito, continua apelação. De modo que, onde o novo Código fala em sentença, mesmo naqueles casos que não se adaptam bem à definição, cabe apelação. Simplificou muito. É um sistema semelhante, conhecido por aqueles que labutam na Justiça do Trabalho, ao do processo trabalhista, onde o recurso normal é o ordinário.

Tanto faz que se absolva da instância o reclamado; ou que se julgue procedente ou improcedente a reclamação, o recurso é sempre o ordinário. Foi adotado um sistema que parece que era de todos os Códigos regionais, ou de alguns dos Códigos, inclusive do Código de meu Estado, o do Rio Grande do Sul.

Aqui vou abrir um pequeno parêntese. O nosso Código estadual sofreu uma injustiça de três grandes juristas. Exatamente por serem eles grandes juristas, é que o erro é mais importante, porque é repetido sob o prestígio da autoridade desses notáveis mestres. Vou apenas mencioná-los, não para criticá-los, mas para poder vinculá-los melhor ao fato. Parece-me que a origem cabe a Lopes da Costa, que, no primeiro volume da sua obra "Direito Processual Civil", diz: "o Código da Bahia inaugurou o regime das codificações" (15). Não é exato. O Código da Bahia é de 1915. O nosso, o do Rio Grande do Sul, é de janeiro de 1908. E antes do nosso ainda havia um, que não tinha o nome do Código. É o de Pará, de 1905. De modo que o Código da Bahia é excelente, tem a chancela de um Eduardo Espíndola, mas nem por isso, cronologicamente, inaugurou coisa alguma. Se algum inaugurou, com o nome de Código, foi o nosso, que era aliás muito bom. É essa a retificação que eu faço. O Ministro Amaral

(15) — "Direito Processual Civil", 1a. edição, vol. I, pág. 22, n.º 34.

Santos também incidiu nesse lapso (16), Valdemar Mariz de Oliveira foi nas águas dele (17). Até o nosso querido e saudoso Luiz Machado Guimarães: há pouco li um estudo dele, onde também disse que o da Bahia é o mais antigo (18). Mas outros autores, como Lobo da Costa, colocam o do Rio Grande do Sul na sua verdadeira posição (19).

No artigo 515, § 2.º, foi adotado um ponto de vista excelente do Prof. Barbosa Moreira: "Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento, e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao Tribunal o conhecimento dos demais". Já tive de enfrentar o caso seguinte: numa ação de despejo alegava quatro fundamentos: falta de pagamento de aluguéis (a) e infração contratual por três motivos (b, c, d). O juiz negou a falta de pagamento (a), negou dois dos motivos de infração contratual (b, c) e acolheu o outro (d). Somente um, portanto, para decretar o despejo (d). Então, teria ganho a ação do despejo por essa infração contratual d). Aparentemente, como vencedor na minha pretensão, que era o despejo concedido, não podia recorrer. Mas o réu recorreria. O que é que acontecia? O Tribunal, se desse provimento ao recurso dele, teria de absolvê-lo do despejo, porque não poderia, dentro da técnica do Código de 1939, conhecer dos outros pedidos em que eu tinha sido vencido (a, b, c). En-

(16) — Primeiras Linhas de "Direito Processual Civil", 3a. edição, vol. I, pág. 80, n.º 41.

(17) — "Curso de Direito Processual Civil", vol. I, pág. 55, n.º 29.

(18) — "A instância e a relação processual", in "Estudos de Direito Processual", pág. 33.

(19) — "Da Assistência", pág. 72, n.º 2, no qual, fazendo precisa resenha dos Códigos Estaduais, mostra que o da Bahia foi apenas o sexto; e "Breve Notícia Histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e sua Literatura", pág. 65, n.º 20; CELSO NEVES, "Da arrematação Real a Real", pág. 87, n.º 2. Nosso "Sistema", pág. 40, n.º 19. (Esclarecemos, aqui, afirmativa que então fizemos: o Código de Processo Civil e Comercial de São Paulo não foi, a rigor, o último cronologicamente, mas, sim, o dos grandes Estados, daqueles que, na história pátria, têm revelado decisiva influência em todos os setores: culturais, jurídicos, científicos, econômicos, políticos e cívicos, ou sejam, os mais importantes da Federação (São Paulo; Minas Gerais; Rio Grande do Sul; Guanabara, desde que era Distrito Federal; Bahia e Pernambuco) sem menosprezar os demais ou desconhecer sua fecunda participação nos destinos nacionais.

tão, o que fiz? Recorri para que aquele despejo fosse concedido também em um ou em todos os outros motivos (a, b, c). O Tribunal negou provimento à apelação do réu, e deu provimento à minha apelação para decretar o despejo por dois motivos (d, c). Eu não podia supor que o Tribunal ia negar provimento ao recurso do réu. E se desse provimento? Agora, não. O Tribunal daria provimento ao recurso dele, mas poderia julgar procedente o despejo por um dos outros motivos, embora sem apelação do autor. Claro que agora ainda haveria o problema de o autor poder interpor o recurso "adesivo". Poderia interpor o "adesivo", se houvesse o adesivo naquela época.

Mas naquele tempo, se o autor perdesse o prazo, ficaria sempre naquela expectativa de ser provido o recurso do réu e não poder ter reconhecido um dos outros fundamentos, por falta da apelação dele.

O artigo 516 estabelece que ficam também submetidos no Tribunal as questões anteriores à sentença final, salvo se impugnáveis por agravo de instrumento. Mas no agravo de instrumento não há uma relação de casos. Diz-se apenas que, ressalvado o disposto quanto à apelação, de todas as decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento (art. 522).

Então, que é que acontece? Se a parte não agrava, por exemplo do indeferimento de uma prova, ela não poderá, amanhã, no recurso de apelação insistir na prova. Porque a decisão seria impugnável por agravo de instrumento. Então, de todas as petições que forem indeferidas, tem-se que agravar de instrumento. Porque, se não se agravar, a apelação não as vais abranger. Vai ser uma pletora de agravos. Dir-se-á, talvez, que o agravo não tem efeito suspensivo e o Tribunal os julgará depressa; com tantos agravos vai ser difícil. O que vai acontecer, na prática, é que o juiz pode ficar com receio de que o Tribunal amanhã, julgando o agravo, possa influir na decisão; e ele irá protelando a decisão, a sentença final, até serem julgados todos os agravos que foram interpostos na causa.

Na deserção da apelação, permite-se que a parte prejudicada alegue justo impedimento. Mas, uma pequena observação: não há prazo para ser argüido o justo impedimento. O preparo é dentro de cinco dias. A parte não prepara, mas tem um justo impedimento, alegável segundo o § 1.º do artigo 519. Em que prazo? O Código não diz qual o prazo do impedimento. De modo que fica uma situação a ser resolvida pela praxe, pelo ponto de vista de cada um.

A denegação da apelação aparentemente não comporta recurso. Mas o artigo 522 concede agravo de instrumento a toda e

qualquer decisão, exceto a sentença; quer dizer, toda decisão que não seja apelável, inclusive aquela que denegue a apelação.

Diz o artigo 521 que o juiz não pode inovar no processo. É uma norma tradicional. Entendo, porém, que, em relação aos efeitos do recurso, se o juiz recebe um recurso com efeito devolutivo, quando deveria ser suspensivo, ou vice-versa, pode corrigir o erro: isso não é inovar. Ou o juiz **ex-officio**, ou por provocação de parte, poderá reformar o seu despacho nesse sentido, e não está inovando. Inovar seria se o juiz alterasse a decisão. Mas neste ponto o Código não resolve o problema, e a tendência da doutrina e da jurisprudência é a de que nem em relação aos efeitos o juiz pode modificar o despacho. Terá de ser interposto agravo? Os efeitos vão ser lesivos, danosos para o prejudicado, com o recurso mal recebido. Deveria expressamente permitir-se ao juiz, se percebesse o despacho errado, (**ex-officio** ou provocado pela parte), alterar o despacho do recebimento.

O art. 496 dá a entender que não há mais agravo no auto do processo. Há. A sugestão foi do prof. Moniz de Aragão; já constava do seu "Esboço" (20) tirado do Código Português. Há o agravo de subida **imediata**, que vai imediatamente para o tribunal julgar, formando-se o instrumento, e o agravo **retido** (art. 522, § 1.º). Que é o agravo retido, senão o antigo agravo no auto do processo, que, dizia-se antigamente, ficava "dormindo" no processo? Interessante é o seguinte: quando o agravo é de subida imediata, permite-se expressamente, como é da índole do agravo, que o juiz reforme a sua decisão (art. 527), impedindo então que o agravo suba ao Tribunal, salvo se o agravado pedir a remessa. Mas por que expressamente não consta essa faculdade também para o juiz no agravo que fica retido? Algum dia esse agravo vai subir ao Tribunal. Então, já podia o juiz reformar a decisão, e nada obstava que o agravado pedisse que ele ficasse retido para apreciação posterior. Mas o juiz poderia imediatamente reformar a sua decisão. Não haveria inconveniente algum em dar-se expressamente essa autorização. Aliás, pertenço a uma corrente que permite que o juiz, já no agravo no auto do processo do Código ainda atual, reaprecie a sua decisão, mantendo-a ou reformando-a.

Ao agravo do instrumento não pode o juiz negar seguimento ainda que interposto fora de prazo (art. 528). Se a parte o interpuser no prazo de trinta dias, seis meses, etc., o juiz tem que mandar processar. Sou contra isso. Acho que o juiz tem que ter autonomia. No caso de recurso deserto, ele pode negar segui-

(20) — "Esboço" art. 20.

mento. Então, não pode negar seguimento por questão de prazo mas pode por deserção. E mais: quando o Tribunal julgar um agravo interposto fora de prazo, aplica uma multa, como sanção (art. 529). E quando chegar lá o deserto? Não há diferença substancial entre a falta de preparo e a falta de observância do prazo. No entanto, no recurso deserto o agravante não tem condenação. O dispositivo deveria prever a falta de prazo e a de preparo.

Os embargos infringentes cabem, como hoje, no mesmo caso da apelação e da ação rescisória com julgamento não unânime. Mas, no Supremo, também cabem embargos pelo art. 546, parágrafo único. Esses embargos no Supremo já não têm aquele adjetivo "infringentes", ou a designação "de nulidade". São apenas embargos.

Na ação rescisória, há uma questão curiosa. A parte tem que depositar uma quantia no valor de 5% sobre o valor da causa (art. 486, n.º 2); julgada a ação por unanimidade de votos improcedente ou inadmissível, esses 5% revertem em favor do réu. O Tribunal julga, porém, a ação rescisória com um voto vencido. Cabem embargos. É de perguntar-se: quando os embargos forem julgados unanimemente, também reverte o depósito em favor do réu, ou apenas no julgamento, digamos assim, de primeira instância? Se este não for unânime, cabem embargos. Ora, só aí é que vai ser definitivamente dada como improcedente, ou como inadmissível. Então, esses 5% poderiam também favorecer a outra parte. O Código é omisso neste ponto.

Na epígrafe relativa ao Supremo Tribunal Federal, diz-se "Do recurso para o Supremo Tribunal Federal". Logo em seguida aparecem duas seções: a primeira dedicada à apelação cível e ao agravo de instrumento, naquelas causas em que a Constituição estabelece o recurso ordinário constitucional; e a segunda dedicada ao recurso extraordinário. Então, parece que faltou um "essezinho" muito importante para estabelecer o plural. Porque há mais de um recurso. Isso é elementar em gramática; se há apelação, agravo e recurso extraordinário, deveria dizer-se: "Dos Recursos no Supremo Tribunal Federal".

Quanto à apelação cível, que é o recurso ordinário constitucional, pela referência a um inciso da Constituição consta que esse recurso se processe como a apelação (art. 540). Mas seria melhor já estabelecer-se o próprio efeito desse recurso. Porque, atualmente, como não há lei sobre esse recurso, o Supremo tem negado o efeito suspensivo. Seria melhor, desde agora, mencionar-se expressamente que o efeito é igual ao da apelação.

A prova da divergência no recurso extraordinário vai dar um trabalho imenso aos Ministros, e quase que podemos invocar a autoridade e a experiência do eminente Ministro Hermes Lima,

que nos honra com sua presença neste ato. O Código estatui que à parte basta indicar o número e a página do jornal, ou então o nome, o número da revista e a folha. Ora, então vamos dar o trabalho ao Ministro relator ou a seus assessores de procurar nas revistas o acórdão. Isso é impossível. O que se deve entender é que o acórdão deve ser transcrito, tanto quanto possível na íntegra, ou nas partes relativas ao recurso; não só a ementa, porque esta às vezes sai completamente diferente do resto, e há ementas de revista muito confusas, quando não erradas.

É de cinco dias o prazo para despachar o recurso extraordinário (art. 543, § 1.º). Vamos convir, com o devido respeito aos eminentes magistrados, que, pela pletora de serviços que lhes chegam às mãos, esse prazo para o juiz não é observado. Que adianta o legislador estabelecer que é de cinco dias? É difícil cumprir uma norma dessas. Então, não vamos iludir nem a parte, nem o cliente, nem o advogado, nem o próprio juiz, que tem que despachar em cinco dias, e não pode mesmo; no recurso extraordinário, é praticamente impossível cumprir a regra. Às vezes, até em um só é difícil; imagine-se uma pletora de recursos extraordinários. De modo que o dispositivo é inócuo, completamente inócuo.

Quanto à ordem dos processos no Tribunal, prescreve-se, quando há diligência a ser cumprida, que os autos devem baixar (art. 560, parágrafo único). O prof. Aragão tinha uma válvula de escape muito boa; se houver necessidade (21). Agora mesmo, recentemente, num desquite amigável, que ainda está sob o pálio (não vai estar mais, nem como condição de eficácia de sentença) da apelação ex-**officio**, o Tribunal entendeu que tinha que ser discriminada a pensão; não bastava dizer um salário-mínimo para os dois filhos, tinha que constar metade para cada filho. Antecipei-me e enviei uma petição ao relator, com a firma reconhecida dos desquitandos, dizendo que era a metade para cada filho. Mas ele indeferiu, dizendo que teriam que baixar os autos ao juízo de origem, para que os cônjuges, perante o juiz, declarassem a mesma coisa, e depois os autos voltassem ao Tribunal. Serão dois meses perdidos, no mínimo. Como o Código não fala "se houver necessidade", e se o juiz for formalista, vão começar a baixar processos inutilmente, sem proveito para as partes e para o próprio Tribunal, que podia aliviar-se em seguida do caso.

A lavratura e publicação do acórdão em dez dias também é um dispositivo inócuo, que não pode funcionar na prática. Por maior boa vontade, eficiência e diligência que tenha o juiz, não

(21) — "Esboço" cit., art. 48, § 1.º.

é possível, normalmente, um acórdão ser lavrado em dez dias. Poderá em alguns casos, mas normalmente é difícil. Em trabalho que publiquei sobre os recursos, relativamente ao Anteprojeto, sugeri que fosse adotado o projeto de acórdão que há em Portugal (22). Sabem os que labutam no Forum e nos Tribunais que, em 80% dos casos, digamos assim, o que prevalece é o voto do relator. Não é grande a porcentagem de recursos em que o relator é vencido. Então, que acontece? Seria mais justo trazer-se o projeto de acórdão. Mesmo quando haja certa divergência, seria muito mais fácil reescrever aquele projeto já feito. Se houvesse unanimidade, todos logo o assinariam. Se fosse vencido o relator, então o juiz de voto vencedor faria o acórdão, pois, nesse caso, é claro, que não podia subsistir o do relator. Mas, na maioria das hipóteses, todos assinariam o projeto de acórdão, que logo após iria diretamente para o registro, salvo se houvesse necessidade de alteração em virtude da discussão; mas também se trata de um caso mais raro. Simplificaria muito o serviço dos Tribunais. Aí, sim, o prazo de dez dias seria muito mais fácil de ser cumprido, para benefício dos Tribunais e das partes. Mas o Código não fala no projeto de acórdão.

Finalmente, matéria que está fora dos recursos, mas que tem a sua influência no tema. É a chamada "uniformização da jurisprudência". Em última análise, é a legalização da Súmula, não apenas no Regimento do Supremo. Quando ocorrer possibilidade de haver divergência na interpretação do Direito, seria preferível que se indicasse "a norma jurídica", como é no nosso Código em relação ao prejulgado atualmente, e era no Anteprojeto de 1963. O Direito é mais amplo do que a norma jurídica. Mas, quando houver possibilidade de divergência, pode ser suscitado o pronunciamento do Tribunal, que mais não é do que o prejulgado de hoje com o rótulo de uniformização de jurisprudência, para fixar interpretação que deva ser dada. Seria melhor que o legislador, frisasse que a Súmula não é obrigatória, é apenas persuasiva. A Súmula pode ser contrariada pelo juiz da comarca mais inferior ou pelo Tribunal; mas há uma tendência para se achar que a Súmula é obrigatória. Seria melhor, pois, referir que não é coativa, para dissipar essa dúvida, para não dar à Súmula o caráter dos assentos que constavam no Anteprojeto de 1963, mas que foram objetados veementemente no Congresso de Campos do Jordão, 1965, e, por felicidade, foram retirados do Projeto. Então, a Súmula é persuasiva e o Código deveria ter firmado que, tomada aquela orientação, ela seria obrigatória para o caso concreto em que foi debatida, mas não para os demais feitos.

— Estas são as observações que entendi fazer sobre o Código. E as fiz com o mesmo desembaraço, sem nenhum constrangimento, com a mesma independência de opinião, por tratar-se quase que diretamente de uma obra de Alfredo Buzaid, com aquela mesma situação íntima em que me coloquei quando tive a honra de ser um dos seus examinadores no concurso que o atual Ministro da Justiça prestou na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Nesse concurso, em 1958, apesar das objeções veementes e brilhantes de Luiz Eulálio Vidigal, de Costa Carvalho, de Jorge Americano, de Amílcar de Castro e das minhas, embora essas modestas e sem brilho, não só em comparação com esses mestres, como por si mesmas, todos nós tivemos a felicidade de dar-lhe dez em todas as provas. De modo que as contraditas não importam num antagonismo maior, numa divergência maior do ponto de vista intelectual. Nós todos sabemos, e a lenda diz, que Homero também cochilou. Os lapsos que podem ser apontados, podem até não ser lapsos do Código, — posso não estar com a verdade (pois ninguém é dono da verdade), e, longe de mim, na minha insignificância, pretender dizer a verdade sobre essa obra, sendo um trabalho de Alfredo Buzaid. Isso faz parte, portanto, da imperfeição humana. Uma obra destas, em seu conjunto e 1219 artigos, tem de ser vista na sua unidade, sem haver a preocupação dos defeitos, que há, e que tem de haver, mas são minúcias que não desfiguram o complexo da obra. Seria o mesmo que aqueles, que chegam à Basílica de São Pedro, no Vaticano, admirando as colunatas de Bernini, dispostas em quatro fileiras de colunas, e que naturalmente de certo ângulo todas são vistas separadamente, fossem observar, em cada uma daquelas colunas, o erro do artista que deixou uma mal torneada, marca de sua imperfeição como ser humano. Mas quem contemplar, de um determinado ponto que, realmente, existe na praça, aquelas quatro fileiras de colunas, não tem a impressão de que as mesmas existam, desaparecendo atrás da primeira todas as demais; quem chegar lá se extasia por completo com aquela obra, faz justiça e reverência ao gênio criador, porque aquela é uma das obras artísticas mais monumentais dentre as legadas à humanidade, desafiando a própria posteridade.

Assim é com este Código. Olhemos o Código na perfeição de sua unidade e sintamos que ele pode desafiar a própria posteridade.

(22) — "Dos Recursos no Anteprojeto do Código de Processo Civil", in "Revista dos Tribunais", vol. 386, pág. 7 e verso; "Revista Forense", vol. 222, pág. 5 e verso.

ESSÊNCIA E FORMAS DA PENA (*)

Armida Bergamini Miottó (**)

Para a compreensão da essência da pena é, sem dúvida, mister uma regressão, se não à Filosofia Jurídica, pelo menos à Teoria Geral do Direito, uma vez que a pena não se reduz simplesmente a uma oportunidade de educação ou reeducação (ainda que com métodos especiais), tampouco se confundindo meramente com terapêutica (ainda que especificada por este ou aquele adjetivo), nem com simples medida de defesa social.

A pena é expressão da sanção, que é a segunda parte da norma jurídica.

Como se sabe, a norma jurídica tem duas partes: o preceito (primário ou propriamente dito) e a sanção (também denominada preceito secundário).

O preceito primário ou propriamente dito consiste num comando de fazer algo ou então de não fazer, seja quanto à organização social, seja quanto às pessoas, sua conduta e convivência (ou convívio).

O preceito secundário, que é a sanção, é a força coercitiva da norma jurídica. Em outros termos: a sanção é a ameaça legal de uma obrigação ou encargo (simples ou múltiplo) dirigida a qualquer destinatário da norma que não lhe cumpra o preceito primário; em concreto, a sanção é essa obrigação ou encargo a que o transgressor da norma (do seu preceito) é submetido, é forçado a se submeter.

(*) — Preleção, integrante das atividades do dia 7 de agosto de 1972, no XXI Curso Internacional de Criminologia, da Sociedade Internacional de Criminologia, realizado pelo Instituto Oscar Freire, em São Paulo.

(**) — Profa. de Dir. Penal e de Dir. Penitenciário. Membro da Sociedade Intern. de Criminologia. Assessora do Gabinete do Ministro da Justiça.

Note-se que ainda não estou me referindo à norma jurídico-penal, mas à norma jurídica em geral. A sanção não é, pois, prerrogativa ou exclusividade da norma jurídico-penal. Aliás, cabe aqui lembrar que também nos contratos encontram-se "cláusulas penais", que são sanções para o caso do descumprimento, do inadimplemento, de uma ou mais das outras cláusulas contratuais.

O preceito da norma jurídica define o **dever-ser** jurídico, que deve ser cumprido, assim como a cláusula contratual define a obrigação, que deve ser adimplida, acarretando, o não-cumprimento, lá, como o não-adimplemento, aqui, a imposição da sanção. Já por causa de sua imposição sem indagar da vontade (da conveniência, do agrado) daquele a quem é imposta, a sanção não é **gozada** mas é **sofrida.** Mas ela também é sofrida porque não tem uma correspondente vantagem para aquele a quem é imposta.

Isso, porém, não autoriza a entender que a sanção haja de esgotar-se em si mesma, como um fenômeno estanque e, daí, estéril. Ao invés, justamente no fato de ser **sofrida** está o fulcro da fertilidade da sanção.

Vejamos:

O ideal seria que todos cumprissem o **dever-ser** sem necessidade de preceitos sancionatórios, isto é, espontaneamente, pura e simplesmente pelo respeito ao **dever-ser.**

Todavia, a própria liberdade humana impede que assim seja. Usando de sua liberdade — cuja amplidão, no caso concreto, é maior ou menor, conforme os condicionamentos próprios da natureza humana — cada pessoa cumpriria ou não, ou cumpriria "a seu modo", conforme a sua vontade (o seu agrado, o seu prazer, a sua conveniência) os diversos aspectos do **dever-ser.** Isso, porém, não seria conforme a Justiça mas, ao contrário, seria injusto, a começar porque a diversidade de cumprimento ou descumprimento de um mesmo **dever-ser** implicaria a falta de eqüidade no convívio. Essa falta de eqüidade perturbaria o convívio e até o tornaria impossível. Em outros termos: se a Justiça não presidir o convívio humano, ele se tumultua e deteriora. Mas, sem o convívio ou fora dele, o homem não poderia sobreviver.

Desde que, pois, o **dever-ser** — nesta ou naquela de suas formas — deixa de ser cumprido ou é mal e deformadamente cumprido, torna-se necessário impor o seu exato cumprimento por meio de normas de Direito, as quais se caracterizam e identificam pela sua coercibilidade.

Dita coercibilidade é garantida pela sanção, isto é, o preceito sancionatório, segunda parte da norma.

Como, porém, se opera a coercibilidade? Como é ela garantida pela sanção?

Para obter essas respostas, comecemos por examinar a realidade humana.

Essa realidade nos ensina que o sofrimento repugna à natureza humana.

Ora, sofrimento não é só dor física: um desengano é sofrimento; uma frustração também o é. Um desagrado é sofrimento; uma contrariedade também o é. A ausência de prazer, em si e por si, não é sofrimento, mas um estado de indiferença, um cinzento afetivo e sensitivo; essa ausência, quando se não momentânea pelo menos transitória, é até necessária para que, pelo contraste, o prazer possa ser percebido, sentido, gozado, ela é condição do equilíbrio afetivo e sensitivo pois, conforme a lição de Mario Ponzo, o equilíbrio da personalidade não é estático, como o da balança em repouso, mas é instável, oscilante, como o da bússola (1); pela continuidade, porém, ela acaba sendo sofrimento. Finalmente, uma coerção, contrapondo-se, como se contrapõe, à liberdade e à vontade, é — e como não? — sofrimento.

Assim, pois, quando alguém se opõe ao cumprimento de um **dever-ser,** seja racionalmente, porque não aceita como tal dito **dever-ser,** seja irracionalmente, porque o cumprimento dele lhe acarretaria qualquer forma de sofrimento, poderá cumprí-lo, ainda que não de boa mente (o que é juridicamente irrelevante embora o seja moralmente), mas poderá cumpri-lo por causa da sanção. Com efeito, a sanção cominada representa uma ameaça de sofrimento que deverá ser coercitivamente suportado se (antes disso) não tiver sido cumprido o **dever-ser.** O sofrimento anunciado pela sanção cominada, além de repugnar por si mesmo, repugna porque, ao ter de ser imposto, se-lo-á não só sem a vontade de quem deverá suportá-lo, mas contra ela; essa contrariedade, como recém eu disse, constitui também um sofrimento.

A ameaça de sofrimento inibe de contrariar o preceito. Isso é o que tem sido denominado "caráter intimidativo" da sanção; de minha parte, entendo que não se trata de caráter, mas de uma função — uma das funções da sanção, conexa à função de defesa social.

Essa ameaça legal que é a sanção, só se realiza, contudo, desde que, por ter sido descumprido o preceito, venha a ser imposta, o que quer dizer que ela é **retributiva do descumprimento do preceito.** "Retributiva de" quer dizer "correspondente a"; quer dizer também "que se dá em compensação".

---

(1) — Mário Ponzo, Disciplina de Psicologia Judiciária e Criminal. Università de gli studi di Roma. Aula do dia 16/2/54.

Prêmio é o que se dá em compensação ou recompensa por fatos de conduta ou realizações meritórias; o prêmio é correspondente a tais fatos ou realizações — é retributivo desses fatos ou realizações. O prêmio é **gozado** por aquele a quem é conferido; por isso o prêmio pretende ser — e é — um incentivo, um estímulo, para a prática de semelhantes fatos e a dedicação a tais realizações.

Coerentemente, **sanção** é o que se dá em compensação por fatos de conduta censuráveis, contrapostos ao **dever-se;** a sanção é correspondente a tais fatos — é retributiva de tais fatos. A sanção é **sofrida** por aquele a quem é imposta; por isso a sanção pretende ser — e é — um desestímulo para a prática de fatos de conduta semelhantes. Não é, porém, um desestímulo meramente irracional, de intimidação; é também racional, porque induz a perceber a aceitar como tal o desacerto da opção feita pelo descumprimento do preceito, e a decidir-se em sentido contrário, quanto a novas opções, isto é, opções em favor do cumprimento do preceito (o que significa **emendar-se**).

Essa coerência consistente em retribuir um fato de conduta censurável, com uma sanção (sofrimento), assim como se retribui um fato meritório com um prêmio (gozo), é expressão de Justiça. Vale aqui citar Flóscolo da Nóbrega, quando diz: "A justiça é um valor, um critério de valoração com base no qual se aprovam, ou condenam as ações humanas" (2).

A sanção que, conforme é exigido por essa coerência, retribui o descumprimento do preceito, é a força que mantém o preceito, que lhe mantém a eficácia. Por isso mesmo, se for eliminado da sanção o seu caráter retributivo — que é de sua própria essência ético-jurídica — deixa ela de ser sanção, isto é, desaparece a segunda parte da norma jurídica, o que é o mesmo que dizer que desaparece a própria norma jurídica, uma vez que, sem a força coercitiva da sanção, o preceito morre, desaparecendo, assim, o mesmo Direito Penal.

De outro ponto de vista, mas concordantemente ao exposto, diz Paulo Dourado de Gusmão: "A sanção, que é, pois, o resultado prático da coação, acompanha qualquer norma jurídica, sendo o efeito jurídico que decorre da transgressão do dever legal, ou contratual. A sanção reduz-se, assim, à imposição de novas obrigações ao inadimplente, às quais ele não poderá furtar-se" (3).

---

(2) — J. Flóscolo da Nóbrega, **Introdução ao Direito.** Rio de Janeiro, Konfino, 1962. P. 31.

(3) — Paulo Dourado de Gusmão, **Introdução à Teoria do Direito.** Ed. Refund. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1962. P. 127.

Como eu disse retro, a pena é expressão da sanção, que é a segunda parte da norma jurídica. Ora, o sentido originário de **pena** é sofrimento. Aliás, ainda hoje o substantivo **pena** conserva o sentido de tristeza, dó, compaixão — que são formas de sofrimento; o adjetivo **penoso** significa difícil, doloroso. Tudo isso concorda com o que também disse eu retro, isto é, que a sanção é **sofrida** por aquele a quem é imposta.

A pena é expressão, pois, da sanção de **qualquer** norma jurídica, isto é, **de norma de qualquer ramo jurídico.** Não obstante, comumente se reserva o uso da palavra **pena** ao Direito Penal, o que, por certo, não é mera coincidência ou capricho do uso, dada a denominação desse ramo jurídico.

Para efeitos desta exposição, vamos fixar-nos na pena de Direito Penal, sem perder de vista, contudo, que a essência da pena expressão da sanção de qualquer norma jurídica, de qualquer ramo do Direito, que é ético-jurídica, se traduz em sofrimento, e que se assim não se traduzisse, ela deixaria de ser pena para ser prêmio; prosseguindo: passando a ser prêmio, além da injustiça aí intrínseca, passaria também a estimular o descumprimento do preceito. Tratando-se de Direito Penal, esse descumprimento constitui crime (no sentido lato de infração penal), daí por que esvaziar a pena da sua essência ético-jurídica traduzida em sofrimento contitui fator criminógeno.

Podem variar, portanto, as formas da pena, como tem variado através dos tempos e dos povos, que ela permanecerá sempre pena, **desde que** se mantenha intacta a sua essência traduzida em sofrimento construtivo.

A História tem-nos ensinado que o Direito, à medida que foi evoluindo, foi-se ramificando, à medida que se foi ramificando, foram-se distinguindo as formas de pena próprias de cada ramo embora alguma forma (como, por exemplo, a que hoje é pecuniária) continuasse inerente a mais de um ramo. Temos ensinado também que as variações quanto à forma da pena se têm verificado não só de um ramo jurídico para outro, mas também no mesmo ramo tem havido formas diversas sucessivas ou concomitantes. Realmente, não importa a forma, desde que se resguarde e permaneça a essência ético-jurídica traduzida em sofrimento, sem o que ela ficaria desnaturada e deixaria de ser pena.

Há, porém, uma grande dificuldade que a Humanidade não tem conseguido resolver: qual é a forma de pena capaz de produzir aquele exato sofrimento necessário e conveniente para retribuir o descumprimento do preceito (no caso, o crime, a infração penal), de sorte que a pena não se reduza a simples retri-

buição estanque e estéril, mas seja fértil, isto é, assegure aquela imprescindível coercibilidade que faz respeitar e obedecer o preceito primário da norma?

Essa dificuldade é grande e complexa, já porque não existe um acordo quanto àquilo em que deva consistir a fertilidade da pena. Ora, esse desacordo, por sua vez, dificilmente poderá ser resolvido.

Assim:

Segundo um ponto de vista, a fertilidade da pena estaria no escarmento "para os outros", na exemplaridade; isto é, todos aqueles que tomam conhecimento de ter alguém sofrido uma pena, aprendem, pelo exemplo alheio, que o preceito a que semelhante pena se refere, deve ser cumprido, observado, obedecido. E então se dispõem a cumprir, observar, obedecer o preceito.

Era em razão desse ponto de vista (nem sempre expresso, pois que às vezes era assumido implicitamente) que a pena de morte era executada com tanta publicidade. Com efeito, essa forma de pena, cominada e aplicada tão prodigamente em certa época da História, prodigalidade essa que veio até tempos relativamente recentes, era executada ao modo de um grande espetáculo, capaz de atrair o maior número de pessoas. Esses espetáculos, porém, por motivos cuja análise não cabe no âmbito desta exposição, não trouxeram os resultados desejados e esperados; ao contrário, os resultados foram funestos, quer moral quer juridicamente.

Ora, o modo como eram executadas as penas que correspondiam ao ponto de vista da exemplaridade "para os outros", banalizou-as. Isso ocorreu com a pena de morte que era profusamente cominada, aplicada e executada, mas ocorreu — não podia deixar de ocorrer — com outras formas de pena que, não sendo fatais como a morte, eram, entretanto, cruéis, eram permanentes, indeléveis, como as mutilações e marcas com ferro em brasa. Isto é, esse modo de executar as penas, com estardalhaço, constituindo espetáculos que se sucediam, teve como efeito de dupla face, ao modo de verso e reverso da mesma medalha, o corrompimento moral e jurídico das consciências, e a banalização das penas (entretanto tão cruéis e desalmadas).

A decepção com esse funesto efeito de duas faces sugeriu a adoção de alguma outra forma de pena. Passou-se, pois, a adotar, cá e lá, até se generalizar, a privação da liberdade — a prisão — como forma de pena, a exemplo do que ocorria na justiça eclesiástica, desde os primeiros tempos do cristianismo e, mais recentemente, exemplo já seguido, também, pelos cristãos separados.

Essa forma de pena, entretanto deslocava o ponto de vista da visão da sua fertilidade.

Segundo esse ponto de vista, a fertilidade da pena estaria no escarmento para aquele mesmo que a sofre; isto é, sofrendo a pena, ele aprende, pela própria experiência, que o preceito legal deve ser cumprido, observado, obedecido. E então se dispõe a, daí por diante, cumpri-lo, observá-lo, obedecê-lo... Esse ponto de vista cristalizou-se, até na sabedoria popular, conforme o brocardo que, atualmente em alemão, soa assim: "Wer nicht hören will, muss fühlen". Essa dinâmica, intimamente relacionada com a natural repugnância que o homem tem pelo sofrimento, não haveria de ser exclusivamente irracional, sem dúvida, mas haveria de estimular, no delinqüente, a compreensão de que não devia ter praticado o fato porque era proibido pelo preceito legal, e a colaborar na decisão dele de optar por não tornar a praticar fatos assim proibidos.

É de notar que, desse modo encarada a pena, quanto à sua dinâmica, não excluía encará-la na sua exemplaridade para "os outros".

Aliás, quando prevalecia o ponto de vista a partir do qual se enxergava a fertilidade da pena na exemplaridade ou escarmento para "os outros", havia interferências, ainda que inadvertidas, do outro ponto de vista, donde se enxergava a fertilidade no escarmento para aquele mesmo que a sofre.

Com efeito, nenhum dos pontos de vista excluía as recíprocas interferências, como não excluía outras interferências de critérios ou idéias que vieram-se desenvolvendo, até constituírem outros tantos pontos de vista. O que ocorre é que no concurso ou no conflito deles, prevalece um ou prevalece a síntese de dois ou mais deles.

Na forma de pena consistente em privação da liberdade — em prisão — pensou-se encontrar a solução do problema da pena; pensou-se, que retributiva do fato-crime, ela servia para prevenir a reincidência do autor desse fato, sem deixar de exercer exemplaridade para "os outros".

Um ponto certamento contribuiu para que se visse na privação da liberdade — na prisão — a solução definitiva do problema da forma da pena. Esse ponto era o seguinte: recolhido o condenado à prisão não se oferecia o degradante espetáculo que a execução de outras formas de pena oferecia.

Entretanto, como tudo que é humano é falível, não demorou muito a desilusão daqueles que tinham tão simplista otimismo. Por motivos vários, a forma de pena consistente em privação da liberdade — em prisão — não produziu os resultados desejados e esperados.

Ao mesmo tempo, o progresso das Ciências Humanas, e particularmente das Ciências Biológicas, levou a descobrir fatores

capazes de influenciar a causalidade do agir humano. No entusiasmo da novidade, esqueceu-se que o agir humano não é mera sucessão de causas e efeitos, mas uma continuidade de opções de cumprimento ou descumprimento do **dever-ser**, e conscientemente voluntária persecução das finalidades correspondentes às opções, o que pode ser perturbado, sem dúvida, por anomalias ou por fatores patológicos, mas isso deverá ser constatado em cada caso concreto.

Esqueceu-se isso e se generalizou, isto é, se configurou como regra aquilo que é exceção.

Daí decorreu o seguinte: à luz dessa novidade, não se poderia mais falar em pena integrante da norma jurídica, pena retributiva do fato, operando a coercibilidade, mas em medida capaz de conter, neutralizar ou fazer cessar a periculosidade do autor do fato.

E como os resultados da pena privativa da liberdade — de prisão — não correspondessem ao desejado e esperado, afirmou-se confundindo **essência da pena** com **forma da pena**, que a pena (de essência ético-jurídica, traduzida no sofrimento retributivo) é que tinha falhado, sendo, então, preciso substituí-la por uma medida de natureza científica, que foi denominada medida de segurança.

Depois de todas aquelas discussões envolvendo especialmente a Escola Clássica e a Escola Positiva, chegou-se a uma espécie de acordo. Conforme esse "acordo", permanecia a pena, para os delinqüentes que estivessem na plenitude da sua consciência e autodeterminação, adotando-se a medida de segurança para os que estivessem privados da sua consciência ou da autodeterminação, acumulando-se na aplicação, para execução sucessiva, pena e medida de segurança, para os que tivessem perturbada, tão-somente, a sua consciência ou autodeterminação.

Como é sabido, os resultados desse "acordo" tampouco tem correspondido ao desejado e esperado, incidindo as maiores decepções na solução de aplicação cumulativa, com execução sucessiva, de pena e medida de segurança.

A pena privativa da liberdade — da prisão — continuou decepcionando, por motivos que pelo menos em parte, são outros, são diversos daqueles de até o século passado. Continuou também, entretanto, a ser confundida a **pena** (isto é, a pena na sua essência) com a **forma** de pena (privativa da liberdade). Apesar de, ao lado dessa, existir outra forma de pena (principal), como é a pena pecuniária, que é a multa, quando se fala simplesmente em "pena", tem-se com freqüência em mente tão-só, e de modo específico, a pena privativa da liberdade — de prisão.

É de notar que isso ocorre não só de parte de pessoas leigas no assunto, mas também de estudiosos e até especialistas. Com

efeito, fala-se em "substitutivo da pena", com referência a alguma forma de pena diversa da privativa de liberdade — de prisão.

E que dizer da denominada "suspensão condicional da pena"? Será que se trata mesmo de uma suspensão da pena ou será que, ao invés, se trata de substituição de uma forma de pena, **privativa** da liberdade — de prisão — por outra forma de pena, **restritiva** de liberdade, uma vez que o condicionamento a que é submetido o "beneficiado" impõe-lhe a obrigação (singela ou múltipla) de fazer ou de deixar de fazer?

Como vimos na primeira parte desta exposição, a pena é expressão do preceito sancionatório, que é a sanção, de qualquer norma jurídica, embora comumente se reserve o uso da palavra **pena** ao Direito Penal. De todo modo, a pena expressa a sanção da norma jurídica penal. Vimos, mais, que a sanção de qualquer norma jurídica, portanto da penal também, é um encargo ou obrigação (singela ou múltipla, não importa) a que o transgressor da norma (do seu preceito) é submetido, é forçado a se submeter. Forçada que é, a submissão ao encargo, à obrigação, constitui sofrimento. A sanção é sofrida, daí "pena", cujo sentido originário é "sofrimento". Vimos, ainda, que dito sofrimento traduz a essência ético-jurídica da pena retributiva da transgressão do preceito da norma, servindo, assim, à coercibilidade da mesma norma, isto é, assegurando a coercibilidade que caracteriza a norma jurídica e garante o respeito ao seu preceito. Garantir o respeito ao preceito significa prevenir transgressões. Portanto, a sanção, a pena, é retributiva da transgressão cometida, para prevenir novas transgressões de quem já tinha cometido alguma (isto é, para o fim de prevenção particular ou individual), e de parte dos "outros" (isto é, para o fim de prevenção geral).

Assim, pois, para que a pena em espécie não permaneça estéril sofrimento retributivo da transgressão cometida, é preciso que dito sofrimento seja de tal conteúdo, forma e intensidade, que seja sentido e compreendido(ou compreendido e sentido) como justo; se for demasiado suave, será insuficiente, mas, se for demasiado severo, será contraproducente.

Esse sentir e compreender como justo o sofrimento da pena em espécie é que torna dita pena fértil, induzindo o autor do crime, isto é, do fato típico, antijurídico e culpável, a reconhecer, admitir, que descumpriu o **dever-ser**, que fez o que não deveria ter feito, sabendo ou podendo saber que não deveria fazer, e podendo não ter feito e, daí, dispor-se a não tornar a descumprir o **dever-ser**, o que significa emendar-se.

Tendo presente que a pena em espécie, ou a forma da pena que se afigura (e assim é admitida) como justa na cominação, com a certeza de aplicação e execução (justa aplicação e justa

execução) estimula o respeito, a obediência ao preceito da norma, de parte de todos os destinatários da mesma norma, o que significa que é fértil, servindo, pois, à coercibilidade tendo isso presente, tenhamos também presente que é na aplicação e, principalmente, na execução que uma forma de pena mostra o que realmente ela é, só então podendo ela ser, com efeito, valorada, isto é, submetida a juízo de valor à luz da essência ético-jurídica da pena. Para isso, porém, seria preciso escoimá-la dos erros e distorções que tantas vezes a acompanham, na aplicação e, principalmente, na execução, erros esses e distorções que ficam sendo equivocadamente vistos como se fossem características não só daquela forma de pena, mas até da própria pena na sua essência. Mas para isso seria preciso, preliminarmente, que uma pesquisa desse a conhecer quais os erros e as distorções que podem ser corrigidos e, ademais, prevenidos, evitados, e quais, por serem inerentes à falibilidade e contingência humanas, poderão, ocorrer, ainda que tomadas as precauções adequadas a prevení-los, evitá-los.

Um desses erros, concernente ao princípio da eqüidade, que é "a justiça de cada caso particular " (4), procurou-se corrigi-lo, preveni-lo, evitá-lo, com o princípio da individualização.

Com efeito:

A pena em espécie, conforme a cominação, é literalmente igual para todos os fatos que, por se enquadrarem exatamente na descrição de algum tipo legal de crime (ou delito), constituem crimes em concreto.

Entretanto, cada crime em concreto só é igual a outro crime em concreto, nos elementos constitutivos daquele tipo de crime, conforme a descrição legal. Cada crime, pois, é único, diferente de cada um e todos os demais, não só por causa das circunstâncias, mas também — e talvez principalmente — porque o crime, fato de conduta, ação humana que é, reflete, de vez que nele se projeta, sem prejuízo da liberdade interior, da liberdade moral, toda a personalidade do seu autor (aliás, conforme a concepção dinâmica da personalidade, dita liberdade a integra). Mário Ponzo, que já citei nesta exposição, dedicou especial atenção ao estudo das ações humanas como expressões da personalidade (não conforme a Psicologia do "Behaviorismo", mas no sentido da Filosofia da Ação, de Maurice Blondel), daí por que assegura,

(4) — Gustav Radbruch, **Filosofia do Direito**, Trad. e pref. de L. Cabral de Moncada. 2.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1937. P. 50.

com autoridade, que "ogni singola azione é permeata dal tulto della personalità" (5).

Conforme a Justiça (genérica), é cominada uma pena para todos os fatos de conduta que se enquadrem na descrição do tipo legal do crime; conforme a eqüidade (justiça de cada caso particular), a pena cominada, ao ser aplicada, deve ser individualizada, isto é, adequada, ajustada, ao criminoso com o seu crime. Em outros termos: o criminoso, com sua personalidade projetada no seu crime. É bem verdade que, mesmo tomada a precaução de individualização da pena, não raro ocorrem erros e distorções, principalmente na execução da pena, que são devidos à falibilidade a à contingência humanas, às deficiências pessoais ou instrumentais; todavia, essa precaução, em si e por si, contribui para que a pena em espécie (cominada, aplicada, executada) seja sentida e compreendida como justa, o que quer dizer não permaneça estéril mas sirva à coercibilidade.

Acontece, porém, que a forma de pena de privação da liberdade — de prisão — não está satisfazendo, continua não satisfazendo.

Quando foi adotada essa forma de pena, foi porque se entendeu que as formas de pena então em voga, não satisfaziam ético-juridicamente, mas muito ao contrário. Contudo, não se confundiu essência da pena com formas de pena.

Quando foi preconizada e adotada a medida de segurança, porém, ocorreu, como acabamos de ver, essa confusão, tanto assim que se difundiu a idéia de que, dado o malogro da pena privativa da liberdade — de prisão, devia a pena desaparecer, em benefício totalmente, da medida de segurança. Isso não se verificou, embora adotada a medida de segurança, porque houve aquele "acordo" a que me referi e que, nestes ou naqueles termos, é vastamente conhecido.

A medida de segurança, com a sua essência, diversa da da pena, porque é utilitária, veio resolver, sim, o problema dos autores de fatos típicos e talvez antijurídicos, porém não culpáveis, em razão de, por grave deficiência ou por doença mental, não serem capazes de entender ou autodeterminar-se. Tais pessoas, embora tenham praticado um fato típico e antijurídico, não são delinqüentes propriamente ditos, pois, com efeito, praticando semelhante fato não cometeram delito (ou crime) por faltar aí um dos três elementos estruturais do delito, isto é, a culpabilidade; por isso não lhes cabe pena.

(5) — Mario Ponzo, **Corso di Psicologia**, secondo le lezioni del Prof. M. P., a cura del Prof. Leandro Canestrelli. Roma, La Goliardica, 1953, P. 265.

O problema permaneceu para os casos de ter sido efetivamente cometido um delito, eis que presentes no fato os três elementos estruturais, isto é, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, quer houvesse de ser aplicada pena isoladamente, quer houvesse de sê-lo cumulativamente com medida de segurança (por diminuição da capacidade de entender e autodeterminar-se, ou por outro motivo legalmente previsto como indicador de periculosidade).

Conforme, porém, se pode notar, já há algum tempo, aquela confusão entre essência e forma da pena parece que está-se diluindo.

Efetivamente:

Por um lado, nota-se a preocupação com o senso de responsabilidade do condenado, senso de responsabilidade esse que deve ser estimulado, o que, evidentemente não se coaduna com a essência utilitária da medida de segurança, mas com a essência ético-jurídica da pena e sua principal e específica função ético-jurídica, portanto, que é a de emenda. Sem dúvida, não são esquecidas as funções acessórias ou coadjuvantes da mesma pena, naqueles casos em que forem necessárias para que a função específica se realize. Essas funções acessórias ou coadjuvantes são a educativa ou reeducativa (incluindo, quando for o caso, a formação ou treinamento profissional), a terapêutica, a de ajustamento ou reajustamento social (sem contar com a de defesa social, que se realiza implicitamente, à sombra dessas outras).

É de notar que às vezes se dá muita ênfase à função educativa ou reeducativa, com dois equívocos. Realmente, fala-se em "pena finalisticamente educativa". Ora, a educação ou reeducação não é finalidade, mas função — função acessória, coadjuvante, da função principal, específica, que é a emenda (como recém eu disse). Além disso, fala-se geralizando, como se todos os condenados precissassem de ser educados ou reeducados, o que não é verdade, razão por que jamais foi demonstrado. Entretanto, é digno de nota que, não raro, se fala em "educação" (ou "reeducação"), mas o que se descreve é emenda. Quanto às "Regras Mínimas para o tratamento dos presos", da ONU, nos itens que definem o "tratamento", não empregam a palavra "educação" (ou "reeducação") nem a palavra "emenda", mas o que está descrito no item 65, é emenda. Vejamos:

> "O tratamento dos condenados a pena privativa da liberdade deve visar a, tanto quanto a duração da pena o permita, suscitar neles a vontade e as aptidões que, uma vez recuperada a liberdade, hão de permitir-lhes viver respeitando a lei e ,bem assim, prover às próprias necessidades. Esse tratamento deve ser de tal natureza que estimule neles o respeito por si próprios, e desenvolva o seu senso de responsabilidade".

Com essa preocupação, isto é, de dinamizar a pena, de sorte que a sua função específica, ético-jurídica, de emenda, seja exercida e, sempre que para isso for necessário e conforme for necessário, se operem também as funções acessórias, coadjuvantes, utilitárias — com essa preocupação, é dispensável a medida de segurança cumulativa.

Aparece, assim, nítida a distinção entre pena e medida de segurança.

Isto é, de um lado, a pena, de essência ético-jurídica, retributiva da ação humana que constitui fato típico, antijurídico e culpável — crime; de outro lado, a medida de segurança, de essência utilitária, relacionada com a periculosidade, modo de ser da personalidade revelado na prática de um fato típico, antijurídico, embora, porém não culpável, por incapacidade de entendimento ou de autodeterminação.

É a culpabilidade, que não é mero fenômeno psicológico, mas uma realidade axiológica — ético-jurídica — que, pois, presente lá e ausente aqui, impõe a distinção entre pena e medida de segurança.

Restaurada, assim, a noção de pena, pena de essência ético-jurídica, retributiva, não estéril mas fértil porque bem funcionante, com a finalidade ético-jurídica de "fazer justiça", e a finalidade utilitária de "prevenção do delito" (que se desdobra em "prevenção particular ou individual" e "prevenção geral", assegura-se a coercibilidade da norma jurídica penal.

Ao mesmo tempo, pensa-se em outras formas de pena, além da privativa da liberdade — de prisão. Pensa-se em formas de pena restritivas, tão-somente, de liberdade, por meio de normas de conduta ou obrigações, encargos a cumprir, situação análoga à do condenado em suspensão condicional da pena (isto é, suspensão condicional de execução da pena privativa da liberdade), ou à do liberado condicional. Pensa-se em formas de pena configuradas por intermitentes privações da liberdade, como, por exemplo, na experiência que, em um ou outro país, já tem sido feita, da denominada "prisão de fim-de-semana", pois o condenado passa em liberdade, exercendo as suas atividades usuais, de segunda a sexta-feira, devendo permanecer sábado e domingo recolhido ao estabelecimento penal; não se exclui que essa forma possa ser combinada com restrição de liberdade, o que ocorrerá se, durante a semana, estando fora do estabelecimento penal — da prisão — o condenado esteja submetido a normas de

conduta, a obrigações, encargos. Pensa-se em adotar, como penas principais, certas formas já adotadas como penas acessórias, isto é, interdição de certos direitos ou suspensão do exercício de certos direitos. Pensa-se em dar ênfase à pena pecuniária.

É bem de ver que nenhuma forma de pena poderá ser aplicada, se não estiver previamente cominada, pois contraria o princípio **"nulla poena sine lege"**, que, na legislação brasileira, está inscrito no art. 1.º do Código Penal.

A critério do legislador, poderão ser cominadas penas dessas diversas formas. Isto é, conforme a natureza do crime e a sua gravidade objetiva, poderá ser cominada esta ou aquela forma de pena, isoladamente, cumulativamente ou alternativamente com outra — tudo como o legislador entender mais adequado.

Essa possível cominação de formas diversas de penas, conforme a diversidade da natureza e gravidade objetiva dos crimes, lembra, **mutatis mutandis**, o princípio da individualização.

Dir-se-á que atualmente já são cominadas duas formas diversas de penas, isto é, privativas da liberdade e pecuniárias, ora isoladamente, ora cumulativamente, ora alternativamente, e que, além disso, há modalidades diversas da forma de penas privativas da liberdade, isto é, reclusão e detenção para os crimes, e prisão simples para as contravenções. Contudo, é preciso admitir que é muito pequena a margem de variação, além da predominância, com quase exclusividade, da pena privativa da liberdade. Além disso, ainda, existe uma idéia, que está tendo certa aceitação, de reduzir as penas privativas da liberdade a uma só modalidade, porque, argumenta-se, praticamente tem sido tão difícil, senão impossível, diferençá-las. Segundo essa idéia, parece que não contam as diferenças quanto às conseqüências jurídicas atribuídas a cada uma das diversas modalidades.

Pode-se, contudo, prever que estamos nos encaminhando para vir a ter formas diversas de pena principal, que podem ser assim agrupadas: privativas da liberdade, em prisão; restritivas de liberdade, com ou sem recolhimento a prisão; interditivas de direitos ou suspensivas do exercício de direitos; pecuniárias.

Penas pertencentes a cada um desses grupos podem ser cominadas autonomamente, mas podem-se integrar num regímen de execução, de modo semelhante ao que já ocorre, por exemplo, com a restrição de liberdade do livramento condicional, que constitui a última fase ou etapa, ou o último estágio de regímen progressivo de execução das penas inicialmente privativas da liberdade; ou como, noutro exemplo, a restrição de liberdade em prisão aberta, que pode ser utilizada como pena de curta duração cominada para delitos leves, alternativamente com pena privativa da liberdade (possibilitando, assim, melhor individualização já na aplicação), ou, diversamente, como fase do regimen progressivo de execução das penas inicialmente privativas da da liberdade.

Cada um dos previsíveis grupos de formas de pena pode abranger modalidades diversas, variações da mesma forma; podem ser feitas combinações de formas e de modalidades, constituindo regímens; outras variações podem provir do modo de efetuar o controle do cumprimento das normas de conduta, obrigações ou encargos próprios das modalidades de penas restritivas de liberdade, isto é, como fazer o controle (ou a observação, ou a supervisão) e qual o órgão que para isso há de ser competente.

Não se exclui que, conforme o grau de desenvolvimento dos povos, sua mentalidade, seu regímen político, e a escala de valores que, como reflexo disso tudo, o Código Penal proteja, possam ser cominadas outras formas de pena, além dessas, da hipótese de agrupamento que acabo de formular.

Para finalizar:

Aquilo a que estamos assistindo, é um aparente paradoxo. Isto é: enquanto a privação da liberdade — em prisão — era a forma de pena senão exclusiva, prevalante, soberana, confundia-se essência e forma da pena, e se declarava malogro da pena na sua essência, aquilo que era conseqüência de erro, desacerto ou distorção concernentes à forma de pena; depois, quando outras formas de pena começaram a ser adotadas, começou-se a perceber a identidade essencial da pena permanecendo através das mutações formais.

Brasília/São Paulo, 1.º a 7 de agosto de 1972.

ANTECEDENTES DA REFORMA PROCESSUAL E SISTEMÁTICA GERAL DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (*)

José Carlos Barbosa Moreira (**)

Sr. Presidente em exercício do Instituto dos Advogados Brasileiros; Srs. Presidente e Vice-Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara; Sr. Vice-Presidente do Tribunal de Alçada; ilustres conferencistas convidados; demais membros da Mesa e autoridades presentes; senhoras e senhores; meus colegas:

Cabe-me a honra de iniciar hoje esta série de palestras através das quais traz o Instituto dos Advogados Brasileiros a sua contribuição pronta, imediata, à divulgação do recentemente sancionado Código de Processo Civil, que deverá entrar em vigor a 1.º de janeiro de 1974 — divulgação que tanto mais necessária se faz quanto certo é que, infelizmente, na fase de elaboração, por uma série de circunstâncias, não foi possível aos interessados tomar conhecimento adequado daquilo que se estava preparando.

A palestra de hoje será, necessariamente, a menos importante da série, não apenas por motivos demasiado óbvios para que precisem ser expressamente declarados, mas também pela própria natureza introdutória do tema. O que lhes vou oferecer nesta tarde nada mais é do que um breve e ligeiro prelúdio, enquanto o público aguarda os quatro grandes movimentos da sinfonia a cargo de mais autorizados executantes; se me permitem

---

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

(*) Conferência pronunciada no Instituto dos Advogados do Brasil, em janeiro de 1973, como parte do Curso sobre o novo Código de Processo Civil, levado a efeito por aquela entidade.

RCGERS, Porto Alegre, 3(6): 95-123, 1973

uma imagem mais vulgar, cabe-me servir-lhes um aperitivo para aguçar o apetite da audiência, à espera dos pratos mais substanciosos e certamente mais saborosos que lhes servirão, nos dias subseqüentes, os nossos ilustres convidados.

De acordo com o tema enunciado, a palestra vai dividir-se em duas partes. Na primeira, procurarei retratar, em ligeiras pinceladas, em termos necessariamente sintéticos, as principais etapas e vicissitudes pelas quais passou o texto desde o momento em que foi elaborado o Anteprojeto pelo Prof. Alfredo Buzaid até a sanção da lei, ocorrida a 11 deste mês. E na segunda parte, também de maneira inevitavelmente suscinta, para não abusar da paciência dos que me ouvem, procurarei esboçar o panorama geral, nas suas linhas mais salientes, da sistemática adotada pelo novo Código de Processo Civil, deixando aos eminentes conferencistas que se seguirão o cuidado de expor, miudamente, as características das várias partes em que o diploma se desdobra.

A história do novo Código de Processo Civil, como todos sabem, começa com a elaboração, por incumbência do Governo da época, de um Anteprojeto confiado a um dos mais eminentes professores de Direito Processual no Brasil, o Prof. Alfredo Buzaid O seu Anteprojeto foi publicado em 1964 e, logo depois, tomou-se a iniciativa de realizar, em Campos do Jordão, um congresso a que compareceram quase todos os processualistas brasileiros, a cujo exame e a cuja crítica foi então submetido o texto do Anteprojeto, que se compunha, àquela época, de três livros: o Livro I, "Do Processo de Conhecimento"; o Livro II, "Do Processo de Execução"; e o Livro III, "Do Processo Cautelar". Não existiam ainda o Livro IV, que concerne aos "Procedimentos Especiais"; nem o Livro V, "Das Disposições Finais e Transitórias". E na Exposição de Motivos com que o Prof. Alfredo Buzaid encaminhou ao Ministro da Justiça de então o texto do seu Anteprojeto, a inexistência de um livro consagrado aos procedimentos especiais foi justificada com a alegação de que era impossível redigir esse livro antes que se definissem as diretrizes da reforma do direito substantivo, pela íntima relação que esses procedimentos especiais necessariamente teriam com os institutos de Direito Civil, e de Direito Comercial a que iam instrumentalmente ligar-se.

Foi nomeada uma Comissão para rever o texto do Anteprojeto, a qual se compunha, primitivamente, dos Professores Machado Guimarães, José Frederico Marques e Guilherme Estelita; porém, durante algum tempo, nenhum trabalho de revisão foi realmente feito. Após o falecimento do Prof. Guilherme Estelita, foi designado para compor a Comissão Revisora, na sua vaga, o nosso prezado Desembargador Luis Antonio de Andrade, e nessa

época o Prof. Alfredo Buzaid, autor do Anteprojeto, que já então dirigia os trabalhos de reforma legislativa, dirigiu um apelo ao Desembargador Luis Antonio de Andrade, naturalmente por conhecer, como todos nós conhecemos, o seu inexcedível dinamismo, no sentido de que atuasse como elemento catalizador da Comissão Revisora e acelerasse os trabalhos de revisão.

Houve, entretanto, uma dificuldade prática, relacionada com a circunstância de que um dos membros da Comissão, o Prof. Frederico Marques, residia em São Paulo e tinha dificuldade em vir com freqüência ao Rio de Janeiro, ocupado que estava, por sua vez, com a elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Penal. A pedido do Prof. Alfredo Buzaid, então, os dois membros da Comissão Revisora que residiam no Rio de Janeiro começaram o trabalho sem a presença, sem a participação do Prof. José Frederico Marques, e tiveram a gentileza de convidar-me para, em caráter extra-oficial, assistir às suas reuniões, que subiram a mais de uma centena, ao longo de dois anos, de meados de 1969 a meados de 1971.

Todos os debates dessa Comissão — e quando, daqui por diante, eu me referir à Comissão, todos entenderão que estou aludindo a esta que efetivamente procedeu aos trabalhos de revisão, embora não fosse a Comissão oficialmente designada — todos os debates, repito, foram gravados, e posteriormente reduzidos a datilografia, e já estavam substancialmente terminados quando, em setembro de 1971, faleceu Machado Guimarães. É forçoso que se renda aqui um preito de homenagem àquele saudoso processualista. Ele deu aos trabalhos da revisão a contribuição inestimável do seu imenso talento, da sua agudeza, da sua perspicácia, do seu bom-senso e do seu entusiasmo. Apesar de em certas ocasiões dizer, um pouco pilheriando talvez, mas quem sabe também se já impressionado com alguns problemas de saúde que o afligiam: — 'Já não advogarei sob este Código. De modo que, do ponto de vista prático, ele só interessa a vocês, e não a mim'. —, apesar de ele às vezes falar assim, sei que no fundo se tratava mais de uma atitude, porque a verdade é que, em todas as sessões que se realizaram, algumas delas em sua própria residência, Machado Guimarães jamais perdeu qualquer oportunidade de trazer a sua contribuição crítica, sempre lúcida, sempre valiosa, ao exame do texto do Anteprojeto.

Naturalmente, também foi muito valiosa a contribuição do Desembargador Luís Antonio de Andrade, com a sua larga experiência de advogado e de magistrado, com o seu senso prático, com a sua visão objetiva, do fenômeno judiciário, e, além do mais, com o seu precioso senso de organização, que assegurou a

continuidade administrativa, digamos assim, a infra-estrutura sem a qual os trabalhos de revisão não poderiam realizar-se.

A mim me cabia, geralmente, a tarefa de reduzir a escritos aquilo que fora assentado através dos debates. Alguma vez procurei dar contribuição pessoal, principalmente em certos assuntos que me ocupavam na época, como o litisconsórcio, que eu andava pesquisando para escrever o meu livro publicado há poucos meses. Cheguei até a elaborar, a esse respeito, um substitutivo global ao capítulo do Anteprojeto, que, entretanto, como mais tarde se verá, não foi aceito pelo Ministro da Justiça. Apesar de encampado pelos dois membros da Comissão Revisora, não mereceu aprovação na ocasião em que se passou a elaborar o Projeto para remessa ao Congresso Nacional.

A Comissão Revisora assentou certas diretrizes que deviam presidir a seu trabalho, e a principal delas foi a de respeitar a estrutura do Anteprojeto elaborado pelo Prof. Buzaid. Não porque essa estrutura lhe parecesse irrepreensível, mas porque, a despeito das imperfeições que se lhe pudessem notar, ela representava, em conjunto, um avanço, um progresso em relação à estrutura do Código vigente; e também pela razão muito óbvia de que à Comissão Revisora competia rever, e não elaborar outro Anteprojeto.

Apesar disso, e também da disposição em que se firmou a Comissão Revisora de não oferecer senão aquelas emendas que lhe parecessem realmente indispensáveis, preservando, na medida do possível, o próprio texto do Anteprojeto, tal como se achava, a despeito disso, dizia, foi elevado o número de sugestões e de emendas oferecidas, algumas delas de caráter meramente formal, emendas de redação, sugestões de desmembramentos, ou de remembramentos, ou de transposições de dispositivos que se achavam inseridos em pontos que ao ver da Comissão não seriam os mais adequados. Quanto às emendas ou às sugestões de natureza substancial, elas compreendiam, em primeiro lugar, algumas que visavam a atualização do texto, já que, após a publicação do Anteprojeto, o regime constitucional do país havia sofrido profundas modificações, inclusive com repercussões diretas no campo processual, através de Atos Institucionais e mesmo de Constituições que sobrevieram.

A Comissão Revisora formulou também emendas que visavam à reestruturação de determinados institutos, cuja disciplina, no Anteprojeto, lhe parecia menos feliz, inclusive, por vezes, com o oferecimento de substitutivos globais. Assim aconteceu no tocante a toda a matéria relativa ao litisconsórcio e à intervenção de terceiros, que foi inteiramente reescrita, por ter parecido à Comissão Revisora uma das partes menos felizes do Anteprojeto. Também o capítulo relativo à coisa julgada foi objeto de emenda substitutiva global, não tanto porque a Comissão Revisora divergisse da orientação doutrinária adotada, mas, sim, porque lhe parecia que a matéria comportava uma distribuição melhor, e uma expressão mais clara.

Outras vezes, as sugestões da Comissão Revisora diziam respeito a pontos específicos, a propósito dos quais a sua opinião divergia daquela consagrada no Anteprojeto. Assim, por exemplo, em matéria de perícia, a Comissão Revisora inclinava-se por atender à realidade de que os chamados peritos das partes nada mais são do que auxiliares destas, e o verdadeiro órgão auxiliar do juiz é apenas o perito designado por este mesmo; então, procurou dar à matéria disciplina condizente com esse pensamento.

Em matéria de liquidação da sentença, a Comissão Revisora entendia muito complexo, muito demorado, muito pouco prático o procedimento da liquidação da sentença contido no Anteprojeto, e que não divergia, não se afastava muito daquele que hoje está consagrado no Código vigente. Procurou dar à matéria disciplina mais rápida, mais simples, atribuindo ao próprio juiz a iniciativa de promover a liquidação da sentença, e fixando um procedimento que não obrigasse a parte vitoriosa a passar outra vez, como acontece hoje na chamada liquidação por artigos, por todos os trâmites do processo de conhecimento já encerrado pela sentença liquidanda.

Num ponto a Comissão Revisora entedeu que devia suprir aquilo que lhe pareceu ser uma grave omissão do Anteprojeto: a inexistência de disposições relativas ao benefício da assistência judiciária. Neste particular, a Exposição de Motivos do Anteprojeto assentara a diretriz de não incluir, no novo Código, a disciplina dessa matéria, sob a alegação de que ela não era peculiar ao Processo Civil, e por isso devia ser objeto de legislação especial. Entretanto, compenetrada da enorme relevância social da matéria, a Comissão Revisora entendeu que era de seu dever trazer uma contribuição para a reforma da legislação existente, que é, como todos sabem, bastante defeituosa, e encaminhou a sua sugestão, não necessariamente para que o seu texto fosse aproveitado no Projeto do Código, mas para que o fosse, eventualmente, até mesmo na elaboração de um diploma separado. O que ela não quis foi omitir-se diante de um grave e urgente problema que a realidade social lhe punha diante dos olhos.

Em janeiro de 1972, os resultados do trabalho da Comissão Revisora, depois de revistos e coordenados pelo Desembargador Luís Antonio de Andrade, com o nosso auxílio, foram remetidos ao já então Ministro da Justiça, Prof. Alfredo Buzaid, e uma cópia foi enviada ao Prof. José Frederico Marques, para que pu-

desse examinar as sugestões ali veiculadas e trazer também a sua própria contribuição aos trabalhos de revisão.

Em abril de 1972, o Ministro da Justiça convocou, em Brasília, uma reunião à qual compareceram o Desembargador Luís Antonio de Andrade, o Prof. José Frederico Marques, e também o Prof. José Carlos Moreira Alves, que era nessa ocasião Coordenador das Reformas Legislativas no Ministério da Justiça. Essa reunião, que durou, se não me engano, dois dias, teve por objeto o exame das sugestões e emendas oferecidas pela Comissão Revisora, e nela se decidiu, então, a sorte que deveriam ter essas emendas e essas sugestões, que foram na sua maior parte rejeitadas. Aproveitaram-se apenas algumas emendas de natureza formal, emendas de redação, aquelas, naturalmente, que visavam a atualizar o Anteprojeto, a pô-lo em consonância com a nova ordem constitucional vigente no país, e algumas poucas referentes a pontos específicos, das quais mencionaria, apenas a título exemplificativo, a sugestão concernente ao julgamento da exceção de suspeição, para o qual o Anteprojeto previa um procedimento bastante complicado, em que o Juiz de primeira instância, quando não aceitasse a argüição de suspeição, a remetia ao Tribunal, mas este a devolvia à primeira instância para que outro juiz procedesse à instrução, e depois a tornasse a restituir ao Tribunal, a fim de ser finalmente julgada a exceção de suspeição. Pareceu à Comissão Revisora que havia certo excesso de formalidades e, porque não dizer, de ziguezagues nesse procedimento. Outro ponto a lembrar seria a abolição dos embargos nas causas de pequeno valor, com o prevalecimento da apelação, independentemente do valor da causa. E ainda a manutenção da revisão obrigatória pelo Tribunal nos casos de sentença proferida contra a Fazenda Pública.

Foram, entretanto, rejeitadas, dizia, quase todas as outras sugestões de caráter substancial, entre as quais eu gostaria de pedir licença para enumerar algumas. Por exemplo, a referente à tentativa de conciliação, instituto cuja introdução no novo Código parecia útil à Comissão Revisora, mas não pela forma como o Anteprojeto o contemplava. A Comissão Revisora entendia que a tentativa de conciliação devia realizar-se no início do processo, como aliás é da tradição, não apenas brasileira, mas diria até universal. Em todos os Códigos em que se adota a tentativa de conciliação, ela se faz no início do processo, e assim foi também sempre no Direito Brasileiro, desde o tempo do Império, cuja Constituição previa, como providência prévia à instauração do processo, a realização da tentativa de conciliação. E as razões são óbvias. É esse justamente o momento psicológico mais favo-

rável, quando as partes e os próprios advogados ainda não se desgastaram pelo fogo cruzado das increpações, os ânimos ainda não estão exacerbados ao ponto a que costumam chegar ao fim de arrazoados e de discussões em que cada qual procura destruir o adversário ao longo do processo. Além do mais, e já o notara o Prof. Moniz de Aragão num dos seus estudos sobre a reforma processual, havia uma circunstância digna de realce, qual seja a de que o Anteprojeto previa, em vários casos, a antecipação do encerramento do processo de cognição de primeiro grau, com dispensa da realização da audiência de instrução e julgamento, por exemplo nos casos em que não haja necessidade de prova oral, ou nos casos em que toda a controvérsia se cinja à matéria de Direito. Ora, assim sendo, a conservar-se a tentativa de conciliação como etapa da audiência de instrução e julgamento, ela nunca poderia ter lugar naqueles processos em que o julgamento fosse antecipado.

As sugestões da Comissão Revisora, no caso, manifestaram-se até sob forma alternativa. A Comissão Revisora encaminhou ao Ministro dois textos: um em que a tentativa de conciliação aparecia na sua forma pura, realizando-se em audiência, no início do processo, destinada exclusivamente a esse fim; e outro, sob diversa forma, em que se aproveitava a oportunidade — e aqui confesso que tinha sido minha a sugestão — para o exame de certas preliminares desde logo, à semelhança da chamada primeira audiência, a **erste Tagsatzung** do Direito austríaco. Nenhuma das duas formas foi acolhida na elaboração do Projeto, que manteve a tentativa de conciliação, como a mantém o Código sancionado, mas como etapa da fase final do procedimento de cognição em primeiro grau, onde, a meu ver, ela será menos útil.

A Comissão havia também sugerido a atenuação do tratamento excessivamente rigoroso dado ao revel no Anteprojeto, e no Código, que o manteve, entendendo que em nosso meio social, muito diferente daquele em que vivem os países germânicos (em cujas legislações evidentemente se inspirou, neste passo, o autor do Anteprojeto), tratar o revel com excessivo rigor é muitas vezes consagrar injustiças graves. A revelia nem sempre tem, entre nós, como causa, a presumida inexistência de argumentos com que o citado se oponha à postulação do autor. Tem causas de natureza muito diversa e resultante das nossas condições geográficas, políticas, sociais, econômicas, distâncias muito grandes, dificuldade de procurar advogado, ignorância do citado, que muitas vezes não compreende o valor daquele papel que lhe é entregue, etc.

Outro ponto em que a Comissão Revisora se havia distanciado do Anteprojeto era o sistema de recursos, neste particular por influência marcante de Machado Guimarães, que, em nosso tipo de processo, dada a estrutura escalonada, nitidamente dividida em fases, cada uma das quais destinada a um tipo de atividade processual, pelo menos em predominância, e com as preclusões sucessivas, entendia justificável a manutenção dos três tipos de agravos denominados do atual Código, e cada um dos quais, no seu modo de ver, correspondia a uma necessidade diferente. Assim é que se propunha a subsistência do agravo de petição e a subsistência do agravo no auto do processo. A primeira sugestão foi rejeitada, mas como veremos, acabou prevalecendo em parte por via oblíqua, naqueles procedimentos especiais que hoje em dia comportam o agravo de petição e que continuarão a reger-se pelas leis extravagantes que os disciplinam, com o rito previsto no atual Código de Processo Civil. E quanto ao agravo no auto do processo, acabou sendo ressuscitado no Senado Federal, se não me engano por inspiração do Prof. Moniz de Aragão, sob uma forma muito interessante, e sem o nome, através de parágrafo que foi acrescentado ao primeiro dispositivo do capítulo referente ao agravo de instrumento, onde se diz que, se a parte o requerer, o agravo ficará retido nos autos, em vez de subir logo por instrumento, para ser, então, apreciado pelo Tribunal, pelo juízo **ad quem**, por ocasião do julgamento da eventual apelação. São as características do atual agravo no auto do processo, com o nome apenas omitido.

Já aludi às partes do Anteprojeto que tinham sido objeto de substitutivo global; a parte referente ao litisconsórcio, a concernente à intervenção de terceiros, e a relativa à coisa julgada. Todos esses substitutivos globais foram deixados de lado, e o Projeto enviado ao Congresso manteve quase **ipsis litteris** o texto que constava do Anteprojeto.

Como disse, a revisão do Anteprojeto pela Comissão Revisora versou apenas, é lógico, os três livros que o compunham, a saber: o livro do processo de conhecimento, o livro do processo de execução e o livro do processo cautelar. Entretanto, nos primeiros meses de 1972, o Ministro da Justiça remeteu, sucessivamente, pouco a pouco, ao Desembargador Luís Antonio de Andrade as minutas, os rascunhos, dos textos que iam elaborando a respeito dos procedimentos especiais. E o Desembargador Luís Antonio de Andrade, mais uma vez, deu-me a honra de convocar-me para auxiliá-lo nessa revisão, que foi, entretanto, necessariamente, muito superficial, porque feita sob a recomendação mais calorosa e mais veemente de urgência. Tal recomendação explicava-se pela circunstância de desejar o Ministro que o trabalho ficasse inteiramente pronto até fins de julho, de tal maneira que pudesse ser o Projeto remetido ao Congresso Nacional nos primeiros dias do mês de agosto, a fim de que fosse votado ainda na sessão legislativa de 1972.

Talvez porque um número tão grande de sugestões da Comissão Revisora houvesse sido objeto de recusa, na Exposição de Motivos que o Ministro da Justiça encaminhou ao Presidente da República ,nos últimos dias do mês de julho de 1972, com o texto do Projeto a ser encaminhado ao Congresso Nacional, não se fez, surpreendentemente a meu ver, nenhuma referência aos trabalhos da Comissão Revisora. Também se omitiu a publicação desses trabalhos. O Decreto n.º 61.239, de 25 de agosto de 1967, no seu artigo 4.º, determinava que, encerrados os trabalhos da Comissão Revisora de qualquer dos Anteprojetos de Código então em andamento ou em cogitação pelo Governo, deveria o trabalho da Comissão Revisora ser publicado e, durante o prazo de noventa dias, aguardar-se a contribuição das pessoas e das entidades interessadas. Essa contribuição seria submetida novamente à própria Comissão Revisora, que então elaboraria, à luz dela, o texto definitivo, e este é que seria submetido ao Presidente da República para encaminhamento ao Congresso Nacional. Tal como se fez no caso do Anteprojeto de Código Civil, que foi, como todos sabem, publicado; no ofício dirigido pelo Prof. José Carlos Moreira Alves, Coordenador da Comissão de Estudos Legislativos, ao Ministro da Justiça, Prof. Alfredo Buzaid, faz-se até referência expressa a esse diploma legal, que, no entanto, não foi observado no caso do Código de Processo Civil.

No Congresso Nacional, o Projeto, remetido nos primeiros dias de agosto de 1972, tramitou, como sabem todos, em regime especial, o que também dificultou, extraordinariamente, a apresentação de emendas. Os prazos eram exíguos e não permitiam, não comportavam um exame detido do texto, nem por parte dos próprios parlamentares, nem por aqueles a quem recorriam em busca de opiniões e sugestões, — pessoas, órgãos e entidades interessadas, que afinal eram todos os que lidam com o Direito. Em todo caso, deve-se registrar que mais de 1.400 emendas foram apresentadas, discutidas e votadas. O Projeto teve como relator geral na Câmara o Deputado Célio Borja, e, no Senado, o Senador Acioly Filho. As emendas debatidas e votadas tiveram as mais variadas origens. Algumas delas partiram de órgãos como a Ordem dos Advogados do Brasil, Tribunais, Faculdades, e ou-

tras foram sugeridas por Professores, por magistrados, por pessoas interessadas no aparfeiçoamento do texto.

O Desembargador Luís Antonio de Andrade, com a tenacidade e a pertinácia que o caracterizam, teve ocasião de reeditar, através do Deputado Célio Borja, um grande número daquelas sugestões que, tendo sido apresentadas pela Comissão Revisora ao Anteprojeto, não haviam sido, entretanto, aproveitadas na redação do Projeto. Algumas delas vingaram, porém em número menor do que desejaríamos. Temos todos também conhecimento de que no Senado houve um grande trabalho de contribuição de vários eminentes processualistas brasileiros, dentre eles o Prof. Moniz de Aragão, através do Senador Acioly Filho, que era o relator geral. Tenho também ciência de gestões oferecidas pelo Prof. Celso Agricola Barbi e talvez por outros dos nossos ilustres conferencistas, pedindo desculpas a algum a quem esteja no momento omitindo. Tenho a impressão de que se deve, por exemplo, ao Prof. Moniz de Aragão o expurgo das palavras "venda", "vender" e outros cognatos, que haviam ficado lá nos artigos referentes à arrematação, defeito técnico contra o qual já se havia insurgido a Comissão Revisora, e que parecia tanto mais surpreendente quanto é certo que partira do próprio autor do Anteprojeto, o eminente processualista Prof. Alfredo Buzaid, o grito de alerta aos interessados no assunto para a prioridade brasileira na definição jurídica da arrematação como distinta da de um contrato de compra e venda. Trata-se afinal de uma das poucas primazias do direito brasileiro: não é sempre que podemos gozar do privilégio de dizer que no Brasil, pela primeira vez, se chegou a uma conquista doutrinária desse porte. O Prof. Alfredo Buzaid escrevera um opúsculo intitulado **"Paula Batista, Atualidades de um velho processualista"**, no qual chamava a atenção de todos para essa circunstância desvanecedora para a ciência jurídica brasileira, a de que o nosso grande processualista pernambucano do século passado fora o primeiro, nove anos antes de Dernburg, na Alemanha, a caracterizar a arrematação como um ato tipicamente jurisdicional, e não contratual, semelhante apenas por características puramente formais ao contrato de compra e venda. Mas, enfim, o fato é que no texto do Anteprojeto, sistematicamente, falava-se em "venda", falava-se em "vender", falava-se em bens "vendidos", e, a despeito dos protestos da Comissão Revisora, muitas dessas impropriedades haviam subsistido no Projeto, até que afinal o Prof. Moniz de Aragão conseguiu escoimá-lo do defeito.

A colaboração do Congresso Nacional viu-se naturalmente limitada pelo regime de urgência em que o Projeto tramitou, e,

também, porque não dizer, pela resistência do Governo à introdução de modificações que lhe pareciam desfigurar o sistema do Projeto. A despeito desses fatores adversos, pode-se dizer, sem sombra de dúvida, que a contribuição do Congresso Nacional foi, na sua máxima parte, uma contribuição muito positiva, inclusive do ponto-de-vista técnico. A redação do texto que saiu no Congresso Nacional, confrontada com a redação do texto remetido ao Congresso Nacional, revela, em numerosos pontos, o aprimoramento da redação e o aperfeiçoamento da própria técnica estrutural adotada.

Eu gostaria de citar, a título de exemplo, para que as minhas considerações não ficassem muito abstratas, apenas o artigo 319, que se transformou no artigo 315 do texto votado e sancionado. É o artigo referente aos requisitos fundamentais da reconvenção, que no Projeto remetido ao Congresso Nacional era o artigo 319, e que tinha uma redação francamente surpreendente. Dizia assim:

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

Então, duas hipóteses: ou a ação principal seria conexa com a reconvenção, ou a ação principal teria que ser conexa com o fundamento da defesa, hipótese essa singularíssima, e que nada tinha de ver, em qualquer caso, com o cabimento da reconvenção. Felizmente, no Congresso Nacional, e creio que neste ponto por sugestão do Prof. Cândido Dinamarco, de São Paulo, que também colaborou durante a tramitação pelo Senado, a redação tornou-se, pelo menos, inteligível, o que já é bastante. Artigo 315 atual:

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

Eu não diria que se tenha tornado maravilhosa a redação, mas, sem dúvida, pelo menos, faz sentido.

É apenas um exemplo, entre tantos que poderiam ser citados, para que se faça justiça ao trabalho do Congresso Nacional, que em geral é muito desmerecido. Hoje, há uma tendência forte a depreciar-se a capacidade dos órgãos legislativos para legislar. Entretanto, a nossa experiência dos últimos anos nem sempre tem confirmado a suposta verdade de que as normas emanadas dos órgãos executivos sejam tecnicamente melhores. Neste caso, certamente não eram.

Eu poderia citar também, entre outras modificações oportunas, felizes, introduzidas pelo Congresso Nacional, o deslocamen-

to da ação de nunciação de obra nova, que andava extraviada no livro do processo cautelar. Todos sabem que a característica fundamental do processo cautelar é a sua instrumentalidade em relação a um processo principal, que ele necessariamente pressupõe e do qual é acessório, bem como a sua provisoriedade. Ora, a nunciação de obra nova é um processo que visa à obtenção de providência jurisdicional definitiva, ou satisfativa, como diria Carnelutti; nada tem que ver com o processo cautelar, embora, evidentemente, exista nela certo aspecto preventivo, que afinal de contas existe em numerosas outras ações. A nunciação de obra nova foi muito oportunamente deslocada do livro de processo cautelar para o livro dos procedimentos especiais.

Mais exemplos poderiam ser citados, mas, como não me quero demorar ainda no exame dos antecedentes, no exame da história, e sim passar à segunda parte da palestra, que trata da sistemática do novo Código, deixarei de mencionar outros.

Vejamos, em traços largos, a estrutura do novo Código de Processo Civil. Para retratá-la com absoluta fidelidade, em todas as suas minúcias, eu deveria talvez começar pela leitura do índice. Tenho a impressão, porém, de que me tornaria sobremaneira enfadonho, e tenho presente a famosa advertência de Boileau: "Tous les genres sont bons, hors le genre ennuyeux". De maneira que me limitarei às grandes divisões.

São cinco os livros do novo Código de Processo Civil. O livro I, "Do Processo de Conhecimento", com nada menos de 10 títulos e 565 artigos, o que significa quase a metade do total, já que o Código tem 1.219 artigos. O livro II, "Do Processo de Execução", com seis títulos. O livro III, "Do Processo Cautelar", com um título único. O livro IV, "Dos Procedimentos Especiais", com dois títulos. E o livro V, "Das Disposições Finais e Transitórias".

O livro do processo de conhecimento comporta os seguintes títulos, que por sua vez estão divididos em capítulos, evidentemente: título I, "Da Jurisdição e da Ação"; título II, "Das Partes e dos Procuradores"; título III, "Do Ministério Público"; título IV, "Dos Órgãos Judiciários e dos Auxiliares da Justiça"; título V, "Dos Atos Processuais"; título VI, "Da Formação, da Suspensão e da Extinção do processo"; título VII, "Do Processo e do Procedimento"; título VIII, "Do Processo Ordinário"; título IX, "Do Processo nos Tribunais"; título X, "Dos Recursos".

Se fôssemos examinar, então, a lista dos títulos que compõem este título I, veríamos que o primeiro título é de caráter introdutório, "Da Jurisdição e da Ação", com pequeno número de artigos. Depois vem uma parte do Código em que se trata dos

sujeitos do processo. Quer dizer, trata-se do processo encarado na sua estrutura subjetiva. Então, vêm os títulos: "Das Partes e dos Procuradores", "Do Ministério Público", "Dos Órgãos Judiciários e dos Auxiliares de Justiça".

Nitidamente distinta desta é a parte que se segue, integrada pelos títulos que disciplinam o movimento do processo. Não mais a estrutura, a estática do processo, mas, sim, já agora, a dinâmica processual. O título V, "Dos Atos Processuais"; o título VI, "Da Formação, da Suspensão e da Extinção do Processo"; o título VII, "Do Processo e do Procedimento"; o título VIII, "Do Procedimento Ordinário"; o título IX, "Do Processo nos Tribunais"; e o título X, "Dos Recursos".

Chama a atenção, sem dúvida alguma, o vulto sensivelmente maior deste livro I, "Do Processo de Conhecimento", em relação aos restantes, já que, como assinalei há pouco, ele enfeixa quase a metade do número total de dispositivos que compõem o Código. Entretanto, essa singularidade encontra explicação na circunstância de que, em verdade, uma boa porção dos dispositivos que integram o Livro I não são peculiares ao processo de conhecimento. O Código afastou-se, neste ponto, não apenas da tradição nacional, mantida pelo Código vigente, cujo livro I se intitula "Disposições Gerais", como também dos melhores modelos estrangeiros, desde o quase centenário Código Alemão, com suas **Allgemeine Vorschriften** ("Prescrições Gerais"), que compõem o livro I, passando pelo Código Austríaco, com suas **Allgemeine Bestimmungen**, pelo Código Italiano de 1940, em vigor desde 1942, cujo livro I traz a rubrica "Disposizioni Generali", até o recente Código Argentino de 1968, cujo livro I também se intitula "Disposiciones Generales". Em suma, a experiência, quer brasileira, quer internacional, indicava a conveniência da manutenção de uma parte geral, de um livro I que reunisse aquelas normas não peculiares a nenhuma das formas especiais, a nenhuma das modalidades particulares de tutela jurisdicional. E, realmente, quem examinar a matéria contida nos primeiros títulos deste livro, que se intitula "Do Processo de Conhecimento", vai verificar desde logo que a grande maioria dos dispositivos nada tem que os vincule especificamente ao processo de conhecimento. Os exemplos são fáceis. É claro que nem só no processo de conhecimento as partes precisam ser capazes e estar bem representadas. É claro que nem só no processo de conhecimento as partes têm o dever de agir com lealdade e boa-fé. É claro que nem só no processo de conhecimento o juiz exerce os deveres enumerados pelos dispositivos do Código. É claro que nem só no pro-

cesso de conhecimento existe o problema da competência a ser resolvido. É claro que nem só no processo de conhecimento precisa ser disciplinado o problema da contagem dos prazos, ou o problema das nulidades processuais. E assim por diante; o que mostra que uma boa parte, repito, deste Livro I, que se intitula "Do Processo de Conhecimento", na realidade nada tem que seja específico dessa modalidade de processo. Teria sido preferível, do ponto-de-vista técnico, que se conservasse a tradição da existência de um primeiro livro intitulado "Disposições Gerais", com essas normas comuns a todos os tipos de processos.

É verdade que no artigo 598 se dispõe que, "Salvo regra em contrário, as disposições pertinentes ao processo de conhecimento se aplicam ao processo de execução". Foi a forma que o legislador encontrou de não deixar sem disciplina, no processo de execução, o problema, por exemplo, de como se contam prazos. Então, preferiu fazer a remissão. Mas todos nós sabemos o perigo dessas fórmulas de aplicação subsidiária, ou de aplicação "no que couber", que costumam dar lugar a muitas incertezas e perplexidades na aplicação prática, concreta, da norma.

Ademais, o artigo 598, que está no livro de processo de execução, não tem correspondente no livro do processo cautelar, de onde se poderia inferir, numa apressada **exegese a contrario sensu**, que no processo cautelar os prazos não se contam como se contam nos outros processos, ou que as partes não precisam ser capazes, ou que não precisem estar bem representadas. Seria uma conclusão bastante estranha, não há dúvida.

Por outro lado, esse hiperdimensionamento do processo de conhecimento, que anexou um tanto imperialisticamente aquelas normas que deveriam constituir a parte geral, teve a sua contrapartida no fato de que ele se viu despojado também de um grande número de normas, que a rigor lhe deveriam pertencer, já que o livro IV, "Dos Procedimentos Especiais", não deixa de versar matéria igualmente relativa ao processo de conhecimento. Pelo menos no tocante aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, a natureza da atividade exercida pelo órgão judicial é tão tipicamente congnitiva como é a exercida no processo ordinário, ou no processo sumaríssimo. De sorte que esses procedimentos especiais, que ficaram enfeixados num livro à parte, na realidade outra coisa não são senão modalidades de processos de conhecimento, caracterizados apenas pela diversidade do rito, e nada mais.

No livro II, que versa o processo de execução, a divisão é em seis títulos, assim discriminados: título I, "Da Execução em Geral"; título II, "Das Diversas Espécies de Execução"; título III, "Dos Embargos do Devedor"; título IV, "Da Execução por Quantia Certa contra Devedor Insolvente". Trata-se aqui, talvez, de uma das mais importantes inovações do Código, a criação de um processo especial de execução por quantia certa no caso de insolvência do devedor, algo de semelhante à falência transportado para o campo civil. E foi tal o relevo que o legislador quis dar a esta inovação, que destacou as normas a ela pertinentes do título II, intitulado "Das Diversas Espécies de Execução", onde, no rigor da técnica, essas normas deveriam inserir-se, já que a execução por quantia certa contra devedor insolvente nada mais é do que uma das diversas espécies de execução. No título V, trata-se "da Remição" (de bens penhorados, não da execução). A remição, aqui, ganhou uma dimensão inesperada. Transformou-se em verdadeiro título autônomo. Finalmente, o livro VI intitula-se "Da Suspensão e da Extinção do Processo de Execução".

O livro III é consagrado ao processo cautelar, e talvez seja uma das partes mais felizes do Código, sobretudo se nós o pusermos em confronto com a disciplina totalmente assistemática, lacunosa e diria até caótica que esta matéria apresenta no Código vigente, onde as medidas preventivas têm disciplina profundamente insatisfatória. O novo Código dá relevo muito grande ao processo cautelar, e estou certo de que o Prof. Galeno Lacerda não deixará de aproveitar a oportunidade para, quando lhe tocar a vez, nos brindar com uma exposição minuciosa e brilhante a esse respeito. Por enquanto, na preocupação de não invadir territórios reservados a cada um dos eminentes conferencistas que se seguirão nesta tribuna, estou-me preocupando apenas em ministrar algumas informações de caráter genérico.

O livro consagrado ao processo cautelar apresenta-se com um título único, "Das Medidas Cautelares", subdividido em dois capítulos: capítulo I, "Das Disposições Gerais"; capítulo II, "Dos Procedimentos cautelares específicos". Vê-se que, nesta parte, o legislador andou realmente de braços dados com a boa técnica.

Essa tricotomia, essa tríplice divisão que aparece nos primeiros livros — processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar — corresponde efetivamente a ensinamento muito difundido na doutrina moderna sobre a classificação das modalidades de tutela jurisdicional. Todos conhecemos essa classificação, que mostra existir, no processo de conhecimento, um tipo de atividade jurisdicional destinado precipuamente, como diz Liebman, à formulação da regra jurídica concreta, que deve disciplinar a situação levada ao exame do órgão judicial, e, no pro-

cesso de execução, à atuação prática dessa norma jurídica concreta, ao passo que, no processo cautelar, a finalidade é distinta e acessória, qual seja, a de garantir, através da adoção de medidas provisórias, a efetividade das providências que sejam tomadas através das outras formas de tutela jurisdicional.

A rigor, até, não sei se se poderia colocar o processo cautelar, doutrinariamente, como um terceiro gênero, no mesmo plano dos outros dois. Parece-me, antes, que ele se opõe ao processo de conhecimento e ao de execução considerados em conjunto, já que ambos são processos destinados à adoção de medidas definitivas, que tutelem de modo **imediato** a ordem jurídica, ou os direitos postulados, conforme a perspectiva em que nos coloquemos, enquanto o processo cautelar visa à tutela **mediata**, à tutela **indireta**, assegurando, tanto quanto possível, a efetividade das providências adotadas através dos dois outros tipos de processos. Em todo caso, trata-se de uma divisão consagrada, e não havia nenhum inconveniente, muito ao contrário, em que o Código se apresentasse com essa divisão, desde que se fizesse preceder o livro concernente ao processo de conhecimento, de um relativo às disposições gerais. Seria, a meu ver, imprescindível.

No livro IV, destinado à disciplina dos procedimentos especiais, a divisão é em dois títulos. O título I trata "Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa". E o título II, consagrando uma denominação do ponto-de-vista doutrinário também bastante criticável, mas em todo caso correntia, tem a seguinte rubrica: "Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária". Na realidade, como hoje se reconhece quase pacificamente, a assim chamada jurisdição voluntária é uma atividade desempenhada por órgãos do Poder Judiciário, mas sem a natureza intrínseca de atividade jurisdicional, antes se aproximando da atividade administrativa. Em todo caso, repito, a expressão "jurisdição voluntária" é tão freqüente, tão encontradiça, que talvez fosse inevitável que o legislador se dobrasse a essa tradição. De qualquer modo, como rompeu com outras, até, a meu ver, em pontos em que talvez não devesse ter rompido, não seria demais, pelo menos, ter rompido com esta, que não merece sustentação do ponto-de-vista doutrinário.

Na parte referente aos procedimentos de jurisdição voluntária, muito mal tratados no Código atual, dispersivamente, desordenadamente, assistematicamente disciplinados, nota-se, no Código recentemente sancionado, um esforço de sistematização muito louvável. Ele prevê, desde o início, aquilo a que se poderia chamar, por analogia, um procedimento ordinário, ou até um procedimento comum, para os casos de jurisdição voluntária. E

depois, então, disciplina, à parte, aqueles que, a seu ver, precisavam de regulamentação diferente, específica, peculiar. Assim é que encontramos o Capítulo I desse título, referente à "Jurisdição Voluntária", com a rubrica "Das Disposições Gerais", e aí se deparam normas aplicáveis **in genere** aos procedimentos de jurisdição voluntária, para os quais não se achou necessário reservar disciplina própria.

Em seguida, vêm então os procedimentos realmente específicos de jurisdição voluntária, que são o das alienações judiciais, o do desquite por mútuo consentimento, o dos testamentos e codicilos, o da herança jacente, o de bens de ausentes, o das coisas vagas, o da curatela dos interditos (cuja inserção neste título não deixará de causar polêmicas doutrinárias, já que não é absolutamente pacífica em doutrina a sua classificação como procedimento de jurisdição voluntária), o das disposições comuns à tutela e à curatela, o da organização e da fiscalização das fundações, o da especialização da hipoteca legal.

Esse são os procedimentos especiais de jurisdição voluntária regulados autonomamente. Nessa parte, verifica-se que houve, realmente, um esforço muito louvável de sistematização. Já o mesmo não me parece ter acontecido no título I deste livro IV, que é concernente aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa. E basta que leiamos as rubricas para que desde logo se perceba certa falta de método, ou, ao menos, de arrumação da matéria. O livro trata, na seguinte ordem, dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa: "Da Ação de Consignação em pagamento"; "Da Ação de Depósito"; "Da Ação de Anulação e Substituição de Títulos ao Portador"; "Da Ação de Prestação de Contas"; "Das Ações Possessórias"; "Da Ação de Nunciação de Obra Nova"; "Da Ação de Usucapião de terras particulares"; "Das Ações de Divisão e Demarcação de Terras Particulares". Até aqui nada haverá de estranhar. Em seguida vem: "Do Inventário e da Partilha", cuja colocação também aqui será objeto, certamente, de polêmicas, porque há quem não aceite a inserção deste processo entre os da chamada jurisdição contenciosa; em todo caso, seria matéria controvertida, e nada obsta a que o legislador tenha feito a sua opção. Mas em seguida surgem três capítulos, que sinceramente não vejo como pudessem aparecer aqui neste lugar, porque se trata de três procedimentos incidentes. Até aqui tratamos de nove processos especiais autônomos. Em seguida, aparecem três procedimentos incidentes: "Dos Embargos de Terceiros"; "Da Habilitação"; e "Da Restauração de Autos", — para logo após voltar-se a uma ação autônoma, que é, no capítulo XIII, a referente às vendas a crédito com reserva de

domínio. Realmente, aqueles três capítulos formam uma ilha inteiramente distanciada da terra firme, perdida neste oceano tormentoso. Não se consegue compreender a razão de sua colocação. E o capítulo final, o capítulo XIV, do título que tem como rubrica "Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa", é nada mais, nada menos do que a disciplina do juízo arbitral, que se viu, um pouco inesperadamente, convertido em procedimento especial de jurisdição contenciosa, quando, a rigor, no juízo arbitral, o que há de jurisdicional é tão só e exclusivamente a homologação do laudo; e, assim mesmo, trata-se de matéria polêmica: Amilcar de Castro, por exemplo, nos seus Comentários ao vigente Código de Processo Civil, prefere considerar a própria homologação como ato de jurisdição voluntária. Ainda, porém, que assim não se pense, o fato é que jurisdição, na melhor hipótese, só entra no juízo de homologação.

Chama a atenção, neste livro IV, a não-inclusão de vários processos especiais, regidos alguns deles, hoje, por leis extravagantes, e quando digo "extravagantes" uso a palavra não apenas no seu sentido técnico, mas também no seu sentido vulgar; algumas são extravagantíssimas... Não apenas esses processos estão ausentes do novo Código, mas também estão ausentes dele vários dos processos hoje regulados pelo Código de Processo Civil entre os procedimentos especiais.

No tocante à primeira observação, isto é, à ausência dos processos especiais regidos hoje por leis extravagantes, todos sabemos que uma das maiores aspirações de quantos lidam com o Direito Processual era a reunificação da disciplina legislativa do Processo Civil, a restauração de um sistema. Todos conhecemos a quantidade de problemas gerados pela multiplicidade de leis extravagantes, muitas delas redigidas de acordo com uma sistemática, digamos assim, divergente daquela consagrada no Código, dando azo a que surjam a cada passo questões importantíssimas do ponto-de-vista prático, mas que poderiam ser evitadas pelo simples cuidado do legislador em disciplinar a matéria. A cada momento se vêem os Tribunais, por exemplo, a braços com o problema de saber em que medida e até que ponto as disposições constantes do Código de Processo Civil, que constituem o Direito comum, se aplicam aos processos especiais regidos por leis extravagantes. Aí está, num exemplo muito simples e muito óbvio, a famosa questão dos honorários de advogado no processo do mandado de segurança.

Pois bem, todas essas questões não apenas subsistirão, mas tenderão a agravar-se, na medida em que o Código novo, se por um lado não trouxe ao leito comum essas águas perdidas, quer

dizer, não reincorporou ao texto matriz a disciplina legislativa hoje fragmentada em dezenas, talvez em centenas de leis — a da ação de alimentos, a da alienação fiduciária em garantia, a da desapropriação, à da ação popular e assim por diante, não só não fez isso como até, mais ainda, excluiu do seu próprio texto, deixando-a para outras mais leis extravagantes, a disciplina de vários dos processos especiais hoje previstos e regulados no próprio Código. Neste passo, eu me sinto no dever de pedir vênia para me louvar no pronunciamento do próprio ilustre autor do Anteprojeto. S. Exa., ao apresentar ao Presidente da República aquilo que então constituía o Anteprojeto do Código de Processo Civil, fez questão de sublinhar a necessidade da preservação do sistema através da restauração da unidade, com palavras às quais nada se precisaria acrescentar e que passo a ler:

"Do mesmo modo que o recurso extraordinário (dizia, então, o Professor Buzaid), alguns institutos processuais estão hoje regulados por leis extravagantes".

Em seguida, depois de dar vários exemplos, afirmava:

"Nosso intento é incorporá-los no Livro IV do Anteprojeto, porque nenhuma razão plausível justifica que continuem separados do Código, como se dele não fizessem parte. Com adotar esta técnica, restabelecemos a tradição do nosso Direito e preservamos a unidade do sistema no plano da reforma".

Eis aí o que escreveu, em 1963, o autor do então Anteprojeto. Entretanto, surpreendentemente, no Projeto, não apenas não se incorporaram esses procedimentos especiais, mas até dele se destacou certo número de processos especiais hoje regulados no Código. E não são tão poucos assim. A lista consta do artigo 1218: os processos relativos ao loteamento e venda de imóveis a prestações, ao despejo, à renovação de contratos de locação de imóveis destinados a fins comerciais, ao Registro Torrens, às averbações ou retificações do Registro Civil, ao bem de família, à dissolução e liquidação das sociedades, à habilitação para o casamento, ao dinheiro a risco, à vistoria de fazendas avariadas, à apreensão de embarcações, à avaria a cargo do segurador, às avarias, aos salvados marítimos e às arribadas forçadas. Todos esses processos especiais deixarão de figurar no novo Código, ou melhor, já deixaram de figurar, uma vez que o Código já foi sancionado.

Vejamos qual a justificativa apresentada para essa opção na Exposição de Motivos com a qual o já agora Ministro da Justiça encaminhou ao Presidente da República, não mais o Anteprojeto, senão o Projeto destinado à remessa ao Congresso Nacional.

Diz S. Exa. agora:

"Notar-se-á, por outro lado, que o projeto não incluiu alguns precedimentos especiais que constam do Código de Processo Civil vigente".

E vêm, então, os exemplos.

"A exclusão foi intencional. No regime jurídico atual figuram tais institutos, ao mesmo tempo, em vários diplomas, onde têm regulamentação paralela. Esta fragmentação não se coaduna com a boa técnica legislativa, que recomenda tanto quanto possível o tratamento unitário. O Código Civil e algumas leis extravagantes os disciplinam, estabelecendo regras de direito material. Por que então dividi-los, regulamentando-os parte no Código de Processo Civil, e parte em leis especiais? Parece mais lógico incluir os procedimentos desses institutos em suas respectivas leis especiais, onde serão exauridos completa e satisfatoriamente".

O argumento, a ser procedente, provaria demais. Todo processo é, por natureza, instrumental; logo, tem sempre alguma relação com o direito material. Todos os processos especiais que o novo Código inclui no título I do livro IV, são, evidentemente, relacionados com institutos de direito material. Ou será que a ação de consignação não se vincula ao instituto do pagamento por consignação, regulado no Código Civil? Ou será que a ação de depósito não está ligada ao instituto do depósito, também regulado no Código Civil? Ou será que as ações possessórias não estão umbilicalmente ligadas à disciplina da posse, constante do Código Civil?

De modo que, a ser assim, então a rigor não haveria necessidade nenhuma do livro IV, porque todos os processos especiais estão, de uma forma ou de outra, mais ou menos diretamente ligados, essa é a verdade, a institutos de direito substantivo, regulados ou no Código Civil, ou no Código Comercial, ou em leis específicas, como a lei cambial e outras que tais.

A mim, portanto, parece-me que essa opção, se foi intencional, como se diz, refletiu um momento infeliz de opção, um momento infeliz de escolha. Na realidade, a exigência de unidade e de sistematização, a que S. Exa. o Ministro da Justiça alude, levaria, a meu ver, à conclusão diametralmente oposta, à de que toda a matéria processual deve ter como sede natural e própria o Código de Processo.

Alguns estranharão, na leitura das rubricas dos vários capítulos do título I deste livro IV, a ausência da ação executiva e da ação cominatória.

No primeiro caso a explicação é muito simples. O Código adotou a orientação de regular de modo unitário o processo de

execução, quer fundado em título judicial, isto é, execução de sentença, quer fundado em título extrajudicial, como são aqueles títulos hoje contemplados no artigo 298 do vigente Código de Processo Civil e em outras leis esparsas. Daí a inexistência de um procedimento intitulado ação executiva. Na realidade, o que haverá será um único processo de execução, que poderá fundar-se tanto em sentença condenatória, como em título extrajudicial, com algumas peculiaridades, com algumas diferenças de menor porte, conforme se trate de uma ou de outra hipótese. Esta é, portanto, uma explicação perfeitamente clara e compreensível, já que o Código adotou a orientação de reunificar o processo de execução, dando marcha-à-ré na revolução histórica dessa matéria no direito brasileiro, que, como se sabe, até aqui evoluía exatamente no sentido oposto, isto é, no sentido de diversificar, de estabelecer uma diferença cada vez mais gritante entre a execução da sentença e a execução dos títulos extrajudiciais, a tal ponto que o teor executivo no segundo caso se diluiu enormemente, tendo Machado Guimarães chegado a sustentar que a ação executiva do artigo 298 do Código nada mais era, no fundo, do que um processo de conhecimento qualificado por uma medida inicial de apreensão de bens, a penhora, de natureza puramente cautelar. Certa ou não essa maneira de construir, o fato é que, no direito brasileiro, historicamente, desde tempos remotos, a execução de títulos extrajudiciais havia sempre recebido uma disciplina nitidamente distinta, quando confrontada com aquela que se adotava, e se adota, para a execução da sentença. O Código aqui, num giro de 180.º, adota a sistemática predominante nas legislações européias, desde o século passado, a exemplo da francesa, em vários países que lhe sofreram o influxo a partir da era napoleônica. De modo que, assim, fica explicado o "desaparecimento aparente", se me permitem uma expressão um pouco contraditória nos termos, da ação executiva.

Quanto à ação cominatória, também não surge como figura genérica com essa denominação. Aparecem resíduos da atual ação cominatória. Por exemplo, a ação de prestação de contas vem disciplinada especificamente num dos capítulos deste livro; aliás, a doutrina já observara que a ação de prestação de contas nada tinha, em substância, de cominatória, de modo que, neste passo, pode considerar-se feliz a inovação. Uma hipótese que interessa muito à Administração Pública, qual seja, aquela em que se concede a ação cominatória para obstar, ou para suspender a realização de obra que contravenha à lei, a regulamento edilício etc., essa foi transferida para a ação de nunciação de obra nova, que será agora o remédio adequado quando a Administra-

ção Pública quiser exercer o seu direito de obstar à consumação de infrações às regras edilícias, às regras relativas ao direito de construir.

Entretanto, não se pode talvez dizer que a ação cominatória tenha desaparecido de todo, mesmo na sua figura geral, aquela prevista no último dos incisos do artigo 302 do Código atual, que fala **in genere** das obrigações de fazer ou de não fazer. Porque no artigo 644, lá inserido no livro do processo de execução, o Código dispõe da seguinte maneira:

"Se a obrigação consistir em fazer ou não fazer, o credor poderá pedir que o devedor seja obrigado a pagar uma pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento, contado o prazo da data estabelecida pelo juiz".

E o artigo 645 declara:

"A condenação à pena pecuniária deverá constar da sentença que julgou a lide".

Portanto, esta sanção é imposta no processo de conhecimento, e não no curso do processo de execução, como poderia parecer pela colocação, pela topologia deste dispositivo. A despeito de achar-se extraviada no livro da execução, na realidade se trata de uma norma que concerne à maneira de julgar, e não à maneira de fazer cumprir o julgado. Logo, o seu lugar próprio seria talvez o capítulo relativo à sentença, ou de qualquer maneira o livro relativo ao processo de conhecimento, e não o concernente ao processo de execução.

Talvez se possa encontrar aí o que sobrou da ação cominatória, e quem sabe se a doutrina e a jurisprudência agora, com esses dados novos, constroem, ou melhor, reconstroem a verdadeira figura da ação cominatória, que estava perdida no vigente Código atual, em grande parte, com a ressalva de que nos últimos tempos uma reação muito sadia se vinha processando no sentido dessa restauração. E todos sabem que me refiro à famosa questão do **dies a quo**, a partir do qual corre a sanção cominada. A ação cominatória, na realidade, só tem justificação como figura autônoma se se considerar que a sanção é aplicada desde o momento em que o réu descumpre o preceito, e não a partir do trânsito em julgado da sentença, como em geral, durante certa fase, os Tribunais se inclinavam por entender.

Ora, quem sabe se agora, **sem o nome**, se consegue construir uma verdadeira ação cominatória, ao contrário do que acontece quando temos ainda o **nome** da ação cominatória sem a sua verdadeira fisionomia jurídica. É o voto, pelo menos, que formulo nesta oportunidade.

Vou-me referir ligeira e brevemente ao Livro V, que trata das disposições finais e transitórias, disposições muito escassas, — diga-se logo. Lembraria aqui o exemplo do vigente Código de Processo Penal que, ao ser posto em vigor, foi acompanhado de uma Lei de Introdução, destinada exatamente a disciplinar a incidência progressiva das normas constantes do novo diploma aos processos que se achassem pendentes na data da sua entrada em vigor. Quando a Itália, em 1950, reformou o seu Código de Processo Civil de 1940, vigente desde 1942 — não se tratava de um Código novo, e sim de uma reforma parcial, não tão profunda assim, do Código vigente — nada menos de 17 artigos, longos alguns deles inseriram-se nessa lei reformadora, apenas para disciplinar o modo pelo qual as normas reformadas iriam incidir progressivamente sobre os processos em curso. O nosso próprio Código de Processo Civil ainda em vigor contém alguns artigos, poucos é verdade, sobre essa matéria. Pois bem, o novo Código é, no particular, de um laconismo verdadeiramente alarmante. Ele se limita a dispor, no artigo 1211, que:

(Lê)

"O Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro e, ao entrar em vigor, as suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes".

Quero até recordar aqui — o Desembargador Luís Antonio de Andrade há de lembrar-se desse pormenor — que o legislador, ao traçar este dispositivo, deu também uma volta de 180°, porque na minuta originária que o Desembargador Luís Antonio de Andrade recebeu, no mês de julho, para revisão e devolução imediata, a regra que constava era diametralmente oposta. Dizia — não me lembro exatamente dos termos, mas o conteúdo era este — que o Código não se aplicaria às ações já propostas na data da sua entrada em vigor, as quais continuariam a reger-se pelo Código de 1939. Convenhamos que seria também um excesso no sentido oposto, porque teríamos, talvez por várias décadas, dois Códigos de Processo Civil em vigor.

Mas a reviravolta foi excessiva, não na afirmação deste princípio, que é doutrinariamente pacífico, a saber, o de que as normas processuais são de aplicação imediata e incidem inclusive com relação aos processos em curso: até aí nada de novo, nada de original. Mas todos sabemos que essa fórmula tão sintética não pode esgotar toda a complexidade da problemática de direito intertemporal no Processo Civil. Todos sabemos, por exemplo, como são delicadas e difíceis as questões de Direito Processual intertemporal em matéria de recursos. O recurso de revista, por

exemplo, que o Código extingue, se for interposto em data anterior à da sua entrada em vigor, deve, ou não, ser processado e conhecido? E o recurso que não foi interposto, mas que ainda poderia ser interposto, por estar correndo o prazo da sua interposição?

Estou citando pouquíssimos exemplos, porque todos os que me dão a honra de ouvir sabem perfeitamente a complexidade dessa matéria, que não comportava, a meu ver, uma disciplina tão drasticamente lacônica como esta, constante do artigo 1211.

Chama também a atenção, neste livro V, o artigo 1217, com o seguinte teor:

(Lê)

"Ficam mantidos os recursos dos processos regulados em leis especiais e as disposições que lhes regem o procedimento constantes do Decreto-Lei N.º 1608 (é o próprio Código de Processo Civil vigente) até que seja publicada a lei que os adaptará ao texto deste Código".

Isso significa o seguinte: que em todos os processos especiais, nos quais hoje em dia é cabível o agravo de petição, continuará cabível o agravo de petição; e, como essas leis especiais em regra não disciplinam minuciosamente o processamento do agravo de petição, esse processamento ficará sujeito às regras constantes do atual Código de Processo Civil a respeito. De modo que vamos ter o agravo de petição como uma espécie de fantasma, morto porém andando por aí. É fácil prever a complexidade dos problemas graves que vão surgir desta solução. É verdade que o Código anuncia uma lei, como diz o artigo 1217, que deverá adaptar esses recursos ao sistema do Código. Pergunta-se: por que não os adaptou o próprio Código? Haveria alguma razão capaz de justificar que se deixasse para essa futura e incerta lei especial a tarefa de adaptar outras leis especiais ao Código? Então, a tarefa de adaptar leis especiais ao Código é deixada a uma lei também especial? Não teria o Código força bastante para adaptar-se a si próprio o sistema das leis especiais?

Já me referi também ao artigo 218, que deixa em vigor diversos capítulos do Código de Processo Civil atual em relação a procedimentos especiais.

Eu não gostaria de encerrar estas considerações, a despeito de estar um pouco angustiado pelo tempo excessivo por que ocupo a atenção, e sobretudo abuso da paciência dos que me ouvem, sem fazer alusão a dois tópicos que me parecem relevantes. Um deles é a tendência insopitável do Código Novo para as definições. Todos sabemos — e isto tem sido cantado em prosa e em verso pela doutrina — do perigo das definições legais. Ninguém

ignora que elas só se justificam quando sejam operativas, isto é, quando delas dependa a incidência de uma norma cujo âmbito se quer delimitar com toda a nitidez. Assim, por exemplo, o Código Tributário Nacional, quando se referiu ao Imposto sobre a Propriedade Imobiliária Urbana, sentiu a necessidade de dizer que para os efeitos daquela tributação, se considerava urbana toda zona que apresentasse tais e quais características. Esse tipo de definição realmente se justifica, porque tem utilidade imediata ,tem sentido normativo, delimita o âmbito de incidência da norma; porém definições que não sejam necessárias para esse fim devem ser evitadas em textos de lei e deixadas ao encargo da doutrina.

Mas o problema não se limita a esses termos. De um lado, existem realmente no Código definições totalmente supérfluas, como, por exemplo, a definição de coisa julgada material, que a Comissão Revisora fez o possível para eliminar. Ela figura no artigo 467, que tem agora, graças a uma emenda aprovada pelo Congresso, redação melhor do que tinha no Anteprojeto e no Projeto:

"Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário".

Fica o leitor na legítima presunção de que os artigos subseqüentes farão uso dessa definição na disciplina da coisa julgada. Qual não é, entretanto, a nossa surpresa ao verificarmos que a expressão "coisa julgada material" não aparece em nenhum dispositivo outro do Código! De modo que a definição fica ali, um pouco como Pilatos no Credo, apenas para afirmar uma posição doutrinária, certamente muito respeitável, do ilustre autor do Anteprojeto, mas sem utilidade prática, e, mais do que isso, amarrando a lei a uma determinada concepção doutrinária que poderá amanhã, e eu diria talvez até já, hoje mesmo, revelar-se afinal de contas insatisfatória e ser abandonada. Porque isto de definir a natureza da coisa julgada material, nós todos que lidamos com o processo sabemos que se trata de uma controvérsia a cujo respeito só mesmo o juízo final é que dará uma palavra de pacificação; e mesmo esse talvez comporte, pelo menos, embargos de declaração... De sorte que não há vantagem nenhuma em ancorar o novo Código a uma concepção mutável, evidentemente, como todas as concepções explicativas dos fenômenos jurídicos.

Há, porém, outro aspecto a que me referi, e é o de que mais de uma vez o Código adota uma determinada definição, e não se mantém fiel a ela, o que já agora me parece de extrema gravidade pelos equívocos que pode gerar. Assim é, por exemplo, que o Código define "citação", no artigo 213, como sendo o ato pelo qual

se chama a juízo o réu a fim de se defender. Pois bem, no artigo 999, que trata do processo de inventário, o Código fala na citação do cônjuge, dos herdeiros, dos legatários, da Fazenda Estadual, do Ministério Público e do testementeiro, com a surpreendente inferência, passível de ser tirada por um leitor apressado, de que o cônjuge, os herdeiros, a Fazenda, o Ministério Público, etc., são réus no processo de inventário e vêm a juízo para se defender, o que não deixa talvez de ser verdade, noutro sentido...

Também, por exemplo, o Código define "sentença" no artigo 162, parágrafo 1.º:

"Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo, ou não, o mérito da causa".

No entanto, emprega a palavra "sentença" no art. 309 para designar a decisão proferida sobre a exceção de incompetência, decisão essa que de modo nenhum põe termo ao processo.

Essas incoerências e contradições confirmam a nossa impressão de que melhor seria o alvitre de não insistir tanto na preocupação de definir esses institutos. As definições deveriam ser reduzidas ao mínimo indispensável, e a Comissão Revisora muito se esforçou para expungi-las do Anteprojeto, sem contudo colher nenhum louro nessa sua tentativa.

Há, ainda, um tópico que merece referência, embora não esteja, a rigor, perfeitamente enquadrado no tema da palestra de hoje. É o concernente à falta de entrosamento que se nota entre o texto do Código de Processo Civil agora sancionado e o texto do Anteprojeto do Código de Processo Civil publicado para colher sugestões. Seria de esperar que, elaborados paralelamente por Comissões designadas pelo Governo, se tivesse o cuidado de proceder, como disse certa vez o Prof. Hamilton de Moraes e Barros em conversa comigo, a uma espécie de **finium regundorum**, uma demarcação de limites para que se soubesse quais as matérias que deveriam ser versadas no diploma civil e quais aquelas que deveriam ficar para o diploma processual civil. Mas tem-se a impressão de que as Comissões eram compostas por pessoas que não tinham relações pessoais umas com as outras, nem sequer se cumprimentavam de longe. Porque o desconserto é flagrante. Primeiro, nota-se a existência de institutos que são regulados minuciosamente, ex **professo**, em ambos os textos. Assim, por exemplo, a matéria concernente à prova, exaustivamente versada — eu diria até **exaustivamente** também no sentido vulgar — no novo Código de Processo Civil, que se preocupa quase obsessivamente com o problema da força probante dos documentos, e igualmente disciplinada no Anteprojeto do Código Civil. Eu digo

igualmente no sentido de **também**; não digo **igualmente** no sentido de **coincidentemente**. Ao contrário, em mais de um caso existem divergências.

A mesma coisa ocorre no tocante ao instituto do compromisso. Por estar muito intimamente ligado ao juízo arbitral, esse instituto, em vários ordenamentos estrangeiros, é versado no Código de Processo. É o que acontece, por exemplo, na Itália. Muito bem. Nada de mais em que no Brasil se resolvesse optar por essa solução. Pode o compromisso ser considerado um instituto de Direito Processual? Que me perdoem os civilistas presentes: mal ou bem, poderia aceitar-se a consideração do compromisso como um instituto de Direito Processual. Agora, o que não é possível admitir-se é que ele seja, ao mesmo tempo, um instituto de Direito Processual e de Direito Material, e que apareça exaustivamente regulado, tanto no Código de Processo Civil, como no Anteprojeto de Código Civil.

Além desses institutos, aos quais foi dado um caráter de hibridismo bastante surpreendente, muitas são as disposições específicas conflitantes. Apenas a título de exemplo, para não alongar-me demasiadamente, vou referir dois casos. Um concerne ao problema de o juiz poder ou não ex **officio** pronunciar a prescrição não alegada pela parte. Essa questão está resolvida no Código de Processo Civil, art. 219, § 5.º, no sentido condizente com a tradição brasileira, isto é, o juiz não pode suprir a omissão da parte em se tratando de matéria patrimonial. No entanto, o anteprojeto do Código Civil inova. No artigo 193, declara:

(LÊ)

"O juiz não pode suprir de ofício a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz".

É uma regra, portanto, completamente diferente.

Assim também no tocante ao prazo para encerramento do inventário. Estou citando ao acaso, apenas para ilustrar a minha afirmação de que os dois textos não foram redigidos com espírito de consonância, de concórdia. Parece que andou aqui menos presente ainda o espírito de concórdia do que em certas conferências sobre a guerra do Vietname. O prazo para encerramento do inventário, por exemplo, está fixado em seis meses no Código de Processo Civil (art. 983) e em três meses no Anteprojeto do Código Civil (art. 2.201). E, como esses, poderiam ser citados inúmeros outros exemplos.

A despeito das falhas, das imperfeições (e, a final de contas, que obra humana será perfeita? Certamente nenhuma), a despeito dessas falhas e imperfeições que não podíamos deixar de ressaltar ,embora o nosso propósito fosse muito menos crítico do que informativo, mas na própria exposição sobre a estrutura do novo Código, necessária e logicamente haviam de emergir, como de fato emergiram, considerações de caráter crítico; a despeito disso, entretanto, eu não gostaria de deixar na audiência uma impressão de pessimismo a respeito da reforma processual. Considero, sim — e é meu dever para com a verdade declará-lo de público — que em certa medida se perdeu a oportunidade de construir um sistema processual civil realmente à altura das nossas necessidades. Entretanto, é claro que não posso, nem devo, deixar de sublinhar o avanço técnico que em muitos pontos este Código novo apresenta sobre o nosso vigente Código, não muito cuidadoso, como se sabe, em matéria de técnica. Basta volver os olhos para a sistematização do processo cautelar, por exemplo, um dos passos em que mais nitidamente sobressai a superioridade da técnica adotada no novo Código sobre aquela utilizada no Código vigente. Não há dúvida de que o Código consagra uma série de institutos novos, alguns dos quais se podem desde já prever úteis, eficazes, frutíferos, e outros que certamente poderão produzir bons resultados na dependência da maneira pela qual serão aplicados na prática judiciária. A experiência é que nos dirá, por exemplo, sobre a vantagem, ou a desvantagem, da instituição do processo de execução coletiva assemelhado à falência para o devedor civil insolvente. É difícil, **a priori**, vaticinar-se o êxito ou o insucesso dessa tentativa.

Dito isso, e sem querer alongar-me em pormenores, que ficarão a cargo dos ilustres conferencistas das sessões subseqüentes, quando tratarem, em separado, dos diversos livros que compõem o Código, gostaria de acentuar, neste momento, e para encerrar estas já longuíssimas considerações, a responsabilidade que caberá, sem dúvida, à doutrina, na interpretação do texto, na construção dogmática dos institutos, mas sobretudo, diria eu, aos juízes brasileiros, que vão ter que aplicar quotidianamente as normas constantes deste Código e que precisam fazer preservar, e até diria ressaltar, aquilo que ele efetivamente tem de útil, de bom, de positivo em relação à lei atual, aproveitando ao máximo as oportunidades que lhe der o novo texto, no sentido de um processo mais dinâmico, menos moroso, menos complicado; não deixando, por exemplo, de seguir fielmente o sistema do Código em matéria de terminação antecipada do processo de conhecimento. Todos sabemos que, infelizmente, as oportunidades que a lei atual, através do instituto do despacho saneador, concede

para a apreciação das preliminares, não foram, por esta ou aquela razão, totalmente aproveitadas na prática. Pois bem, a nova lei não se limita àquilo que consta do Código atual. Deliberadamente, e até diria agressivamente, ela impõe o não-prosseguimento do processo, além da fase do saneamento, a não ser quando isso seja, em primeiro lugar, viável pela verificação prévia de que estão presentes todos os requisitos da regularidade processual e do legítimo exercício da ação, isto é, de que o julgamento do mérito será efetivamente possível. E nem mesmo nesses casos quer a lei que o processo continue, a não ser quando isso seja, além de viável, absolutamente necessário, isto é, quando se haja ainda de produzir prova em audiência. Salvo nessa hipótese, o processo não deve prosseguir além da fase do saneamento. E esse, entre muitos outros, é um ponto para o qual eu me permito solicitar a atenção daqueles que vão julgar à luz das normas deste Código. Esperemos que todas as deficiências que ele poderá apresentar — e certamente algumas apresenta — sejam de algum modo compensadas e superadas por seus aspectos positivos, que devem ser preservados cuidadosamente na prática judiciária, a fim de que o Brasil encontre, nesta reforma do seu Processo Civil, a oportunidade de dar efetivamente um passo à frente na matéria.

Com isso, encerro as minhas considerações, agradacendo a paciência de todos quantos aqui me ouviram.

O ESTATUTO DA MULHER CASADA — LEI N.º 4.121, DE 27 DE AGOSTO DE 1962 (*)

Washington de Barros Monteiro (**)

Há leis que, pelo seu significado e pela sua excepcional repercussão no quadro das instituições jurídicas, merecem um comentário, uma apreciação mais demorada, uma análise mais profunda, a fim de se estimarem devidamente, no tempo e no espaço, os respectivos resultados.

A Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962, que dispôs sobre a situação jurídica da mulher casada, é uma delas. Trata-se de documento legislativo de singular importância e que, a bem dizer, marca uma época, na história do direito brasileiro.

Veio ela corrigir certas deficiências da legislação anterior e que importavam em sensíveis diferenças, do ponto de vista jurídico, entre marido e mulher. De um modo geral, o diploma teve por escopo colocar aquele e esta no mesmo plano jurídico, com os mesmos direitos e obrigações, eliminando assim os desníveis que situavam a mulher num plano manifestamente inferior ou desigual.

Sem dúvida, é mais uma etapa que esta vence na sua longa e áspera caminhada, iniciada há séculos e desenvolvida em meio de grandes vicissitudes, em prol de sua emancipação. Lenta e progressivamente, foi ela quebrando os grilhões de sua subordinação ao marido.

De feito, por longo tempo, a situação dela era de absoluta inferioridade, quer do ponto de vista social, quer do ponto de vista jurídico.

(*) Conferência pronunciada no Seminário de Direito realizado em Passo Fundo, de 24 a 29 de setembro de 1973, sob os auspícios da Faculdade de Direito daquela Universidade.

(**) Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Relegada ao plano das coisas, objeto de direito de propriedade, o marido dela podia fazer o uso que entendesse, no começo da civilização. DAGUANNO (Gênese e Evoluzione del Diritto Civile, pág. 277) refere-se, por exemplo ao empréstimo da mulher.

SÓCRATES emprestou a ALCEBÍADES a mulher XANTIPA, o austero CATÃO emprestou ao amigo HORTÊNSIO a mulher MÁRCIA.

O mesmo DAGUANNO refere ainda que quando o navegador FITZROY esteve na Ilha do Fogo e viu os selvangens as próprias mulheres, a fim de devorá-las, lhes perguntou por que motivo não matavam de preferência os cães, ao que lhes responderam: porque o cão caça a lontra" (ob. cit., pág. 178).

Com efeito, no caráter geral da legislação e dos costumes primitivos — anota TROPLONG (**De L'influence du Christianisme sur le Droit Civil des Romaine**, pág. 287), havia acentuada preferência pelo sexo viril, que se apresentava como uma espécie de majestoso poder, ante o qual as mulheres tinham que se inclinar.

Na antiga legislação romana, o poder do marido sobre a mulher denominava-se **manus**, que se assemelhava à **patria potestas**, porquanto, com o casamento, a mulher deixava de pertencer à família de seus pais e passava a integrar, **loce filiae**, a família do marido.

Tempos depois, desaparecido o casamento **in manus**, atenuou-se a primitiva sujeição. Tal atenuação se deveu, em grande parte, a JUSTINIANO, por isso mesmo, veio a merecer o epíteto de **principais uxorius**, embora hajam dito igualmente que, escravo de sua mulher, fez muitas coisas pelas mulheres em geral, mas, apenas com o objetivo de ser agradável a TEODORA. Ao tempo de ULPIANO, todavia, apregoava-se que **maior dignitas est in sexu virili.**

Incontestavelmente, foi o cristianismo que fundamentalmente contribuiu para a elevação da mulher. Dentro da sua moral e de seu culto, conferiu a esta, no seio da família e da sociedade, papel de maior relevo.

Por certo, numa de suas Epístolas, São Paulo referiu-se ao homem como **caput mulieris.** Contudo, a submissão, a que aludia o apóstolo, era mais espiritual, do que efetiva e real.

Entretanto, na Idade Média, retornou-se ao sistema de outrora. Assim, o mundio, existente na antiga legislação germânica, não só restringia, como praticamente eliminava a personalidade da mulher.

Eram resíduos da mentalidade de outrora, fortemente imbuída da superioridade masculina. Clóvis (**Estudos Jurídicos**, pág. 190) aludiu aos padres e doutores da igreja primitiva, que, dominados pelo preconceito patriarcal, viam na mulher uma encarnação demoníaca, inventada para desviar os mortais do caminho que leva ao céu, e, nas suas prédicas, denegriram-na cruelmente. Falavam eles assim desse **instrumentum diaboli** e houve quem se referisse às mulheres, denominando-as de "dentes de escorpião".

Nem os grandes filósofos da antigüidade lograram escapar a esse sentimento geral de viva hostilidade. SÊNECA — o grande pensador nascido em Córdoba apodou a mulher de **animal impudens**, e para HESÍODO, as mulheres seriam funestas companheiras, que se associavam à prosperidade, mas, não à desventura dos homens. Para ARISTÓTELES, a mulher representava um erro da natureza: quando esta se equivocava na fabricação de um homem saía uma mulher.

Mais modernamente, SCHAPENHAUER referiu-se depreciativamente a essa raça de estatura meã, ombros estreitos, ancas e idéias curtas. Muita gente sustentou que, quando não nefasta, a mulher era uma complicação inútil. Ao que se diz, no Concílio de Macon, ter-se-ia examinado o problema se as mulheres tinham ou não alma...

Muitos estadistas e homens de governo, por igual, não lhes foram muito simpáticos ou afeiçoados. É conhecida a apóstrofe de Napoleão, em plena sessão do Conselho de Estado: "A natureza fez de nossas mulheres nossas escravas. O marido tem direito de dizer à esposa: Senhora, não saireis de casa, não ireis ao teatro, não vereis tal pessoa, isto é, Senhora, vós me pertenceis de corpo e alma."

Em tempos bem mais recentes, GUILHERME II, imperador da Alemanha, concebeu a teoria dos três "K", através da qual, em três palavras, iniciadas pela referida letra, definia a função da mulher na sociedade: igreja, cozinha, criança.

Diante de tão singulares concepções, não é de admirar que as velhas Ordenações do Reino houvessem consagrado o repugnante **jus corrigendi**, outorgado ao marido em relação à mulher, nem surpreende que o Código de Napoleão tivesse aludido ao **dever de obediência**, bem como à recondução da mulher, **manu militari**, à habitação conjugal, de que desertara.

Cumpre reconhecer, no entanto, a profunda injustiça que se continha nessa filosofia, arraigada na consciência de todos os povos e ditada pelo egoísmo dos homens. Nenhuma prova existe de qualquer inferioridade da mulher relativamente ao homem.

Na história da humanidade, deparamos, efetivamente, com vários exemplos de mulheres extraordinárias, que se notabilizaram pelas suas virtudes, pela sua coragem e pelo seu valor moral, como ASPÁSIA, ESTER, LUCRÉCIA e CATARINA da Rússia.

TROPLONG, em sua obra já citada, referiu-se especificamente a MÂMIA, mãe de ALEXANDRE SEVERO, que deu ministros ao filho e ao lado dele colocou o famoso jurisconsulto ULPIANO, a ZENÓBIA, que sonhou com a separação das províncias romanas do Oriente e mostrou a GALIANO e ao Senado que ela desprezava ser possível a uma mulher vencer e governar, a PULQUÉRIA, proclamada imperatriz do Oriente e que unia as virtudes da virgem cristã ao gênio de uma soberana, a EUDÓXIA, esposa de TEODÓSIO, que fez brilhar sobre o trono os talentos, as letras e a caridade, sendo grande na adversidade, como havia sido grande na fortuna; a PLACÍDIA, mãe e tutora de VALENTINIANO, que governou o Ocidente durante a menoridade do filho, em meio à invasão dos bárbaros e à intriga de seus generais; e a HONÓRIA, irmã de VALENTINIANO, que concebeu o ousado projeto de abrir o caminho do império a Átila, oferecendo-lhe sua mão. Nossa legislação não pode deixar de sentir os reflexos dos antigos costumes. Sob inspiração de velhos procenceitos, o Código Civil de 1916 consagrou inúmeras restrições à capacidade civil da mulher casada. Assim, incluiu-a entre os relativamente incapazes, ao lado dos menores, dos pródigos e dos silvícolas (artigo 6.º, n.º II); subordinou-lhe o exercício da profissão à licença marital (artigo 233, n.º IV); prescreveu a perda do pátrio poder para a viúva que convolasse a novas núpcias quanto aos filhos menores do leito anterior (artigo 393).

Se palmilharmos o Código Civil, nele encontraremos, em numerosas passagens, os traços marcantes de um tratamento desigual, de uma tutela humilhante, a ponto de provocar em SAVATIER ("Puissance Maritale", na **Revue Critique de Legislation et de Jurisprudence**, 56/211), acerca do Código Civil francês, esta exclamação: "O Código, trabalho masculino, é obra parcial, em que a mulher surge, ao mesmo tempo, como vítima e vencida."

Essa incapacidade civil da mulher casada constituía no entanto, mais uma reminiscência do antigo direito do que uma realidade jurídica. Ela nada ajuntava à autoridade e à dignidade do marido. Figura arcaica, sem alcance prático, estava fadada a desaparecer.

Assim, a Comissão Social das Nações Unidas, em sessão de 8 de novembro de 1948, aprovando a Declaração dos Direitos Humanos, houve por bem estabelecer, em seu artigo 14, que homens e mulheres devem gozar dos mesmos direitos, não só durante o matrimônio, como após a dissolução deste.

Identicamente, os Estados Americanos convieram em deferir à mulher todos os direitos civis, de que gozava o homem, o que ocorreu na Convenção Interamericana firmada em Bogotá, aos 2 de maio de 1948. Aliás, a mesma equiparação foi também concedida no tocante aos direitos políticos, por ocasião da VII Sessão da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, conclusão que, em nosso País, veio a ser homologada pelo Decreto n.º 52.476, de 12 de setembro de 1963.

Em cumprimento ao deliberado naquela convenção, sobreveio para nós, no Brasil, a Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962, que, em parte, descendo à realidade social, atendeu às justas reivindicações da muher. Como teve ensejo de salientar o Ministro ALIOMAR BALEEIRO, em voto proferido no Supremo Tribunal Federal, tal diploma visou a atenuar as restriçoes do patriarcalismo do nosso direito tradicional em relação à mulher casada; veio abrandar o poder autocrático do marido, como chefe exclusivo da sociedade conjugal e **pater familias** quiritário, à romana (**Revista Trimestral de Jurisprudência**, 41/292). Como ensina o Professor ARNOLD WALD (**Curso de Direito Civil**, Direito de Família, pág. 195), cuida-se de um diploma feliz pelo seu conteúdo programático, mas cujas lacunas e falhas técnicas criaram estado de insegurança jurídica e profunda perplexidade no tocante aos problemas vinculados ao regime de bens e à responsabilidade, perante terceiros, de cada cônjuge.

Tais problemas relacionam-se, sobretudo, com a exegese do artigo 3.º, **in verbis**: "Pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges ainda que casados pelo regime de comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação".

O dispositivo é por demais amplo e sua interpretação literal pode constituir sério óbice à subsistência de transações fundadas no direito cambiário (Conf. **Revista dos Tribunais**, 412/235).

Aplicado ao pé da letra, todas as vezes que o título de dívida seja assinado por um dos cônjuges apenas, a penhora do credor só pode recair em bens particulares do signatário, ou em bens comuns, até o limite da respectiva meação. Se a penhora incidir na totalidade do patrimônio, ou do bem penhorado, assistirá ao outro cônjuge o direito de defender a própria meação, seja mediante contestação direta, nos autos da ação (executiva ou execução de sentença), seja mediante embargos de terceiros.

A Lei não prevê, mas, é óbvio que a dívida contraída por um só dos cônjuges em benefício do casal compromete as duas meações. De resto, a presunção é a de que, efetivamente, a dívida foi contraída em benefício do casal (Revista dos Tribunais, 427/209).

Outro dispositivo que tem trazido perplexidades é aquele segundo o qual são excluídos da comunhão os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos (artigo 263, n.º XIII).

Não pode ser esquecida a realidade brasileira, sobretudo no interior, onde as mulheres, em regra, não se entregam a qualquer atividade lucrativa.

Rigidamente aplicado o preceito, em vez de amparar, prejudica a mulher, pois o marido é quem trabalha sendo **ex vi legis** incomunicável o produto de suas ocupações. Parece que a interpretação razoável é a de que tal incomunicabilidade apenas ocorre quando ambos os cônjuges (e não apenas o marido) exerçam profissão remunerada.

Por outro lado, no entanto, a lei oferece inúmeros pontos positivos — a) exclui mulher casada do rol dos relativamente incapazes; b) confere-lhe papel de maior relevo dentro do lar, porquanto, atualmente, a mulher casada não é apenas auxiliar, mas colaboradora do marido na chefia da sociedade conjugal; c) não é ela obrigada a aceitar passivamente o domicílio conjugal imposto pelo marido, sendo-lhe facultado recorrer ao juiz, se o mesmo domicílio é escolhido em detrimento dos interesses dela; d) verdadeira colaboradora do marido, nos encargos familiares, caber-lhe-á velar pela direção material e moral da família; e) não há mais, presentemente, incapacidade da mulher casada para estar em juízo, sendo assim desnecessária, para o mister, outorga marital (Revista dos Tribunais, 410/241/422/362); f) suprimiram-se, outrossim, as demais limitações do direito anterior, tais como aceitar ou repudiar herança ou legado, aceitar tutela, curatela, ou outro múnus público, aceitar mandato e exercer profissão; g) assegurou-se-lhe o direito aos **bens reservados**, definidos no artigo 246 do Código Civil; h) no caso de desquite litigioso, decretada a dissolução da sociedade conjugal por culpa do marido, ou mesmo de ambos os cônjuges, terá a guarda dos filhos menores de um e de outro sexo; i) colaboradora do marido, no exercício do pátrio poder, poderá apelar para o juiz no caso de divergência com o outro titular; j) não perde o pátrio poder sobre os filhos menores do leito anterior a viúva que contrai novas núpcias.

Notável, entretanto, é o direito de usufruto, previsto no artigo 1611, 1.º, do Código Civil: "O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos deste ou do casal e a metade se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes do decujos." Trata-se de direito configurado pela doutrina como de legado **ex lege** e o usufrutuário há de figurar, necessariamente, como tal nas primeiras declarações do inventário.

O Estatuto da Mulher casada criou ainda um direito real de habitação, nos moldes do artigo 1611, parágrafo 2.º: "Ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúva, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar".

Mais benefícios a mulher poderia ter obtido, como, por exemplo, a qualidade de herdeiro necessário, que ora lhe concede o novo Anteprojeto de Código Civil (artigo 2056). Poder-se-ia ter suprimido, igualmente, a preferência para o sexo viril nos casos de nomeação de tutor, ou curador (Código Civil, artigo 409).

Não há dúvida, porém, de que a Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962, muito já fez em prol da emancipação da mulher, merecendo, por isso, todos os aplausos e toda a simpatia com que foi saudada a sua expedição.

DO PROCESSO DE EXECUÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Pedro Soares Muñoz (*)

Sumário: 1 — O processo de cognição e o processo de execução; 2 — Inovações introduzidas no sistema do Código de Processo Civil atual pelo novo Código; 3 — Unidade do processo de execução; 4 — Omissão quanto à execução para a entrega de coisa certa fundada em título extrajudicial; 5 — Projeto de reforma visando suprir a falta; 6 — Maior grau de cognição da execução arrimada em título extrajudicial que da fundada em sentença; 7 — Instituto da insolvência civil; 8 — Outras e importantes inovações no processo de execução; 9 — O princípio da probidade no debate e o fim ideal do processo.

1. — O processo de Cognição e o Processo de Execução

A jurisdição é o poder de decidir as causas e de executar as decisões.

A função jurisdicional, salienta Enrico Tullio Licbnan, consta fundamentalmente de duas espécies de atividades, muito diferentes entre si: de um lado, o exame da lide proposta em juízo, para o fim de descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso; de outro lado, as operações práticas necessárias para efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade de modo a que se realize a coincidência entre a regra e os fatos (Processo de Execução, pág. 38).

(*) Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio G. do Sul.

O processo de cognição regula a primeira espécie de atividade. Nela o juiz, com os elementos que lhe fornecem as partes e com os que colhe de ofício, estuda o caso, investiga os fatos, para que a verdade formal, carreada para os autos, coincida com a verdade material existente no mundo, e, de posse dos mencionados dados, aplica ao caso concreto a norma legal adequada. O fim ideal desse conjunto sistematizado de atos é a sentença justa e a construção da coisa julgada.

O processo de execução regula a segunda espécie de atividade. Tem por pressuposto "a falta de cumprimento de uma obrigação por parte do obrigado" (ob. cit., pág. 6). Essa obrigação tanto pode decorrer de sentença condenatória quanto de título extrajudicial com força executiva. Há perfeita autonomia entre o processo de cognição e o processo de execução. Aquele termina com a sentença, que nem sempre dá ensejo à execução, haja vista o caso das ações declaratórias e das ações condenatórias julgadas improcedentes. O processo de execução exige nova citação e a instauração de instância própria, no curso da qual predominam os atos de cunho prático e material, visando tornar efetiva a condenação.

Giuzeppe Chiovenda, depois de definir a jurisdição como "a função do Estado que tem por fim a atuação da vontade concreta da lei mediante a substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade dos particulares ou de outros órgãos públicos, seja ao afirmar a existência da vontade da lei, seja ao fazê-la praticamente efetiva", observa que, "segundo essa definição, também a execução forçada é jurisdição. Nela se dá verdadeiramente a atuação da lei mediante uma substituição de atividade" (Instituciones de Derecho Processsal Civil, Tomo II, págs. 2 e 14, ed. Madrid, 1940). O Estado, através dos órgãos jurisdicionais, substitui a vontade do executado e outorga ao exeqüente o bem da vida a que tem direito.

2. — Inovações Introduzidas no Sistema do Código de Processo Civil Atual Pelo Novo Código

O novo Código de Processo Civil, promulgado pela Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, para entrar em vigor a 1.º de janeiro do ano próximo vindouro, "está dividido em cinco livros. O primeiro se ocupa com o processo de conhecimento; o segundo, com o processo de execução; o terceiro, com o processo cautelar; o quarto, com os procedimentos especiais, e o quinto, com as disposições gerais e transitórias" (Exposição de Motivos do Ministro da Justiça Alfredo Buzaid).

Justificando essa distribuição da matéria, o Ministro Alfredo Buzaid, autor do projeto enviado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, acentua que "a dogmática do processo civil moderno sanciona essa classificação. A matéria dos três primeiros livros corresponde à função jurisdicional de conhecimento, de execução e cautelar". Este "é um **tertium genus**, que contém a um tempo as funções do processo de conhecimento e de execução. O seu elemento específico é a prevenção. O quarto livro abrange procedimentos especiais, distribuídos em dois títulos: os de jurisdição contenciosa e os de jurisdição voluntária".

Inúmeras são as inovações que o novo Código de Processo Civil introduziu no sistema do Código de Processo Civil vigente. Não me será possível, no âmbito limitado deste trabalho, tratar de todas as inovações. Considero que, entre as mais importantes, estão as introduzidas no processo de execução e, por isso, vou ater-me a elas.

Todos sabemos que o atual Código apresenta sensível desnível entre o processo de cognição e o processo de execução. As razões desse desnível vêm registradas, com precisão, na Exposição de Motivos do Ministro da Justiça:

"O processo de conhecimento, elaborou-o o legislador segundo os princípios modernos da ciência do processo. Serviram-lhe de paradigma os Códigos da Áustria, da Alemanha e de Portugal; nesses diplomas, bem como nos trabalhos preparatórios de revisão legislativa feitos na Itália, foi o legislador brasileiro buscar a soma de experiência e encontrar os altos horizontes, que a ciência pudera dilatar, a fim de construir um sistema de fecundos resultados práticos".

"O legislador brasileiro não foi, porém, feliz nas outras partes. Manteve injustificadamente uma série exaustiva de ações especiais, minuciosamente reguladas em cerca de quinhentos artigos, que compreendem quase a metade do Código. Vergando ao peso da tradição, conservou as linhas básicas dos recursos que herdamos de Portugal com as distinções sutis que os tornam de trato difícil. O processo de execução, que reproduz o sistema do direito anterior, não avençou senão algumas tímidas inovações".

3. — Unidade do Processo de Execução

Na douta lição de Pontes de Miranda, "o princípio fundamental no processo de execução forçada é o de que não há execução forçada sem título executivo. O exercício da ação depende desse título" (Coments. ao Cód. de Proc. Civil, Tomo XIII, pág. 46, 2a. ed.).

Dispõe o art. 882 do Código de Processo Civil em vigor que "serão exeqüíveis as sentenças: I — quando transitadas em julgado; II — quando recebido o recurso no efeito somente devolutivo". E o art. 298 do mesmo Código estabelece que, "além das previstas em lei, serão processadas pela forma executiva as ações que enumera".

Com esses dois dispositivos seguiu o Código atual o sistema da dualidade da execução. Reservou a ação executória para a execução das sentenças e instituiu, para a execução dos títulos extrajudiciais, com força executiva, a ação executiva.

Dessa orientação apartou-se o novo Código, estabelecendo, no seu art. 583, que "toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial".

A Exposição de Motivos do Ministro Alfredo Buzaid justifica a inovação. Lembra que adotaram, nos nossos dias, o sistema unificado os Códigos de Processo Civil da Itália (art. 747), da Alemanha (§§ 704 e 794), de Portugal (art. 46) e a Lei de Execução da Áustria (§ 1.º). E assinala que o projeto segue esta orientação porque, na verdade, a ação executiva nada mais é do que uma espécie da execução geral; e assim parece aconselhável reunir os títulos executivos judiciais e extrajudiciais. Sob o aspecto prático, assevera a Exposição de Motivos, são evidentes as vantagens que resultam dessa unificação, pois o projeto suprime a ação executiva e o executivo fiscal como ações autônomas.

A unificação da execução não constitui novidade para o Rio Grande do Sul, pois o seu Código de Processo Civil e Comercial de 1908, ao enumerar, no art. 873, os títulos executivos, capazes de ensejar a execução, englobava as sentenças, as letras de câmbio e vários outros instrumentos extrajudiciais.

Não mais subsistirão, a partir da vigência do novo Código de Processo Civil, vale dizer, a partir de 1.º de janeiro de 1974, a ação executiva e os executivos fiscais com rito próprio; seguirão, tais como as sentenças condenatórias, o processo de execução em geral.

Toda execução, determina o art. 583 do Código de Processo Civil de 1973, tem por base título executivo judicial ou extrajudicial.

São títulos executivos judiciais (art. 584): "I — a sentença condenatória proferida no processo civil; II — a sentença penal condenatória transitada em julgado; III — a sentença homologatória de transação, de conciliação ou de laudo arbitral; IV — a sentença estrangeira, homologada pelo Supremo Tribunal Federal; e V — o formal e a certidão de partilha".

E são títulos executivos extrajudiciais (art. 585): "I — a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata e o cheque; II —

o documento público, ou particular, assinado pelo devedor e subscrito por duas testemunhas, dos quais conste a obrigação de pagar quantia determinada, ou de entregar coisa fungível; III — o contrato de hipoteca, de penhor, de anticresse, de caução e de seguro em geral; IV — o crédito decorrente de foro, laudêmio, aluguel ou renda de imóvel, bem como o encargo de condomínio, desde que comprovado por contrato escrito; V — o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial; VI — a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondentes aos créditos inscritos na forma da lei".

Suprimidos que foram o executivo fiscal e as ações executivas, o art. 585 do novo Código de Processo Civil reuniu, como títulos executivos extrajudiciais, aqueles que assim eram considerados no art. 298 do Código de 1939 e no Decreto-lei n.º 960, de 1938, com o que ficou instituída a unidade da execução.

4. — Omissão Quanto à Execução Para a Entrega de Coisa Certa Fundada em Título Extrajudicial

Data venia, olvidaram-se o eminente projetista e o nobre Congresso Nacional da execução para a entrega de coisa certa resultante de obrigação instituída em instrumento extrajudicial. O atual Código dispõe da ação executiva (art. 298), para a execução de obrigação de pagar quantia certa proveniente de título extrajudicial, e da ação de imissão de posse para a execução de obrigação de entregar coisa certa resultante de título extrajudicial. O novo, por ter adotado o sistema da unidade da execução, suprimiu tanto a ação executiva quanto a ação de imissão de posse. No que respeita à primeira, sem nenhuma omissão, ou prejuízo, porquanto transferiu para a execução os títulos extrajudiciais que davam lugar à ação executiva. O mesmo não aconteceu, porém, no que respeita à ação de imissão de posse.

Não contemplada a imissão de posse como ação autônoma, as hipóteses indicadas no art. 381 do atual Código deviam ter passado a figurar no art. 585 do novo Código. Se for mantida a omissão, os adquirentes de bens, para haverem a respectiva posse, dos alienantes ou de terceiros, que os detenham, terão de ajuizar ação ordinária, ainda que sejam titulares de título de domínio. E, só depois de transitada em julgado a sentença condenatória, é que poderão exigir a posse do imóvel, através da ação executória para a entrega de coisa certa. O mesmo acontecerá aos

administradores e demais representantes das pessoas jurídicas de direito privado, para haverem dos seus antecessores a entrega dos bens pertencentes à pessoa representada, e, bem assim, aos mandatários, para receberem dos antecessores a posse dos bens do mandante.

Talvez o projetista se tenha inspirado no Código de Processo Civil Italiano, que igualmente excluiu da execução a entrega de coisa certa fundada em título extrajudicial. A exclusão, no entanto, ao invés de imitada, deveria ter sido evitada, já que tem despertado fundadas críticas, dentre as quais a formulada por Gian Antonio Micheli, Professor Ordinário da Universidade de Roma: "Constatada esta exclusión, no parece del todo fácil encontrar una razón lógico-jurídica para explicarla. Quizá, la única válida podría ser la que se remonta a la indisponibilidad de la tutela posesoria, y por tanto a la irrenunciabilidad de las acciones posesorias; irrenunciabilidad que podría ser fácilmente eludida si se reconociese eficacia de título ejecutivo para la entrega al acto contractual, autorizado por funcionario público" (Derecho Procesal Civil, III, Processo de Execução, trad. de Santiago Sentis Melendo, págs. 350 e 351).

Melhor inspirado teria andado o novo Código de Processo Civil Brasileiro se houvesse adotado a técnica do Código de Processo Civil Português, cujos arts. 45 e 46 exaurem com propriedade e clareza a matéria concernente à execução. Toda execução, dispõe o art. 45, terá por base um título, pelo qual se determinarão o fim e os limites da ação executiva. A execução pode ter por fim ou o pagamento de quantia certa, ou a entrega de coisa certa, ou a prestação dum fato. E o art. 46 estabelece que podem servir de base à execução: 1.º — As sentenças de condenação; 2.º — Os autos de conciliação; 3.º — As escrituras públicas; 4.º — As letras, livranças, cheques, extratos de fatura, vales, faturas conferidas e quaisquer outros escritos particulares, assinados pelo devedor, dos quais conste a obrigação de pagamento de quantias determinadas; 5.º — os títulos a que por disposição especial for atribuída força executiva.

5. — Projeto de Reforma Visando Suprir a Falta

Com o propósito de desfazer o impasse, que reputo sério e fundado, remeti ao Sr. Ministro da Justiça o seguinte projeto de reforma:

"Art. 585,
inc. II, acrescente-se, no final, "ou infungível".
inc. VII, redija-se "documento da nomeação, ou eleição, do representante da pessoa jurídica, ou da constituição do novo mandatário".
inc. VIII, acrescente-se com a redação do atual inc. VII".

"Art. 621, redija-se: "Quem for condenado a entregar coisa certa, ou estiver a isso obrigado por documento extrajudicial (art. 585, II e VII), será citado para, dentro de dez (10) dias, satisfazer a obrigação ou, seguro o juízo ,art. 737, II), apresentar embargos."

Considero grave a omissão. Se for mantida, os Tribunais tudo farão, por certo, para suprir a falta, através de solução jurisprudencial. Não compreendo ,contudo, a permanência da omissão, máxime num Código que desce a tantas minúcias, definindo, para juízes, advogados e órgãos do Ministério Público, únicas pessoas que irão aplicá-lo, institutos como o da litispendência e da coisa julgada (art. 301, § 3.º), e que se alonga através de 1.219 artigos, com parágrafos e incisos, além dos 85 artigos do atual Código que continuam em vigor (art. 1.218).

É lamentável que o novo Código, no salutar propósito de unificar a execução, tenha deixado à margem a execução por coisa certa decorrente de título extrajudicial, restringindo-a, sem razão, à execução de coisa fungível (art. 585, inc. II), quando é óbvio que, assim como a execução proveniente de sentença condenatória compreende tanto a execução de coisa fungível quanto a de coisa infungível, a execução proveniente de instrumento extrajudicial deve abranger também tanto as coisas fungíveis quanto as infungíveis. Talvez, melhor que acrescentar-se a expressão "ou infungível", no final do art. 585, inc. II, seja suprimir-se do texto a palavra "fungível".

Operada que fosse essa reforma, o dispositivo em tela ficaria assim redigido: "São títulos executivos extrajudiciais: ... II — o documento público, ou particular, assinado pelo devedor e subscrito por duas testemunhas, dos quais conste a obrigação de pagar quantia determinada, ou de entregar coisa". A supressão do adjetivo "fungível", posposto no inciso II do art. 585 ao substantivo coisa, faria que esta compreendesse as diversas espécies de bens, inclusive os imóveis.

Essa era a técnica adotada no Código de Processo Civil e Comercial do nosso Estado. O seu art. 873, indicando os títulos

executivos, enumerava, na letra "d", "os instrumentos de contrato comercial em que houver promessa ou obrigação de pagamento de uma quantia em dinheiro, líquida e certa, ou a prestação de uma determinada quantidade de coisas". E, na letra "e", "os instrumentos de contratos civis em que houver promessa ou obrigação de pagamento de uma quantia em dinheiro, líquida e certa, ou a prestação de uma determinada quantidade coisas nos termos do art. 373, letras "d" e "e".

Em não distinguindo entre coisa fungível e infungível, o legislador estadual possibilitava a execução por coisa certa, quer se tratasse de bem móvel, quer de imóvel. A execução dos primeiros se fazia mediante mandado de busca e apreensão e a execução dos imóveis através de mandado de imissão na posse.

É lamentável, repito, a omissão do novo Código. Não é ela a única. Na parte referente ao Processo de Conhecimento várias falhas existem. Elaborado por eminente Professor e Processualista, tramitou às corridas no Congresso Nacional. E o tempo, na sábia advertência de Lafayette. "se vinga da obra realizada sem o seu concurso".

6. — Maior Grau de Cognição da Execução Arrimada em Título Extrajudicial que da Fundada em Sentença

Apesar da equivalência das sentenças e dos títulos extrajudiciais indicados nos arts. 584 e 585, e a conseqüente unidade do processo de execução, o grau de cognição nas duas execuções não é o mesmo. Na execução fundada em sentença, a indagação dos fatos e do direito aplicável se exaure no processo de conhecimento; na execução fundada em título extrajudicial, esse exame é de ser feito nela, embora milite em favor do exeqüente a presunção decorrente do título executivo.

Assim, dispõe o art. 614 que "cumpre ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial: I — com o título executivo, salvo se ela se fundar em sentença".

O motivo da ressalva é óbvio. O processo de execução de sentença tramita em continuação ao processo de conhecimento. Bastará que a este seja juntada a petição inicial da execução.

Outrossim, estabelece o art. 603: "procede-se à liquidação, quando a sentença não determinar o valor ou não individuar o objeto da condenação".

A liquidação é privativa, pois, da execução fundada em sentença. O título extrajudicial que dá causa ao processo de execução (art. 585) deve comprovar obrigação certa, quanto a sua

existência, e determinada, quanto ao seu objeto (art. 1.533 do Cód. Civ.).

A propósito da liquidação, o novo Código determina que, "julgada a liquidação, a parte promoverá a execução, citando pessoalmente o devedor". O Código atual, no seu art. 917, dispensa a citação pessoal do devedor, dispondo que "proferida a sentença de liquidação, a execução prosseguirá, independente de nova citação". Não alcanço a razão de ser da novidade, que institui, sem necessidade, duas citações num mesmo processo de execução.

Evidenciam, sobremodo, o diferente grau de cognição, existente entre as duas execuções, os efeitos dos embargos do executado.

"Quando a execução se fundar em sentença, os embargos serão recebidos com efeito suspensivo se o devedor alegar:

I — falta ou nulidade de citação, no processo de conhecimento. se a ação lhe correu à revelia;
II — inexigibilidade do título;
III — ilegitimidade das partes;
IV — cumulação indevida de execuções;
V — excesso da execução, ou nulidade desta até a penhora;
VI — qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação com execução aparelhada, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença;
VII — incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juízo."

A regra, dessarte, nos embargos opostos pelo executado na execução fundada em sentença, é que não têm efeito suspensivo. As hipóteses que acabam de ser enunciadas e que se acham enumeradas taxativamente no art. 741, constituem exceção àquela regra, resultante, aliás, da circunstância já apontada, de que a execução fundada em sentença é precedida do processo de cognição, que exaure a indagação sobre os fatos e o direito aplicável à espécie.

Bem diversa é a regra que informa os embargos à execução fundada em título extrajudicial. Tais embargos têm sempre efeito suspensivo e podem compreender qualquer matéria que seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento (art. 745).

O Código não é expresso a respeito do efeito suspensivo dos embargos do executado na execução arrimada em título extrajudicial. Parece-me, no entanto, que a suspensividade se impõe em

face do amplo grau de cognição desses embargos, que poderão compreender, inclusive, com maior pertinência e amplitude, as matérias aduzidas nos incisos II a VII, do art. 741.

Não obstante, prolatada que seja a sentença, rejeitando os embargos do executado, a execução, que até então obedece a "formas introdutórias diferentes e requisitos substanciais próprios, segundo se trate de execução de sentença ou execução de título extrajudicial", como que se purifica, na expressiva observação de Liebman, e daí por diante a unidade do processo de execução é integral (ob. cit., pág. 21).

7. — Instituto da Insolvência Civil

Tão ou mais importante que a inovação consistente na unidade da execução é a criação, no novo Código de Processo Civil, do instituto da insolvência civil.

"O projeto", esclarece a Exposição de Motivos do Ministro da Justiça, "distingue a execução contra o devedor solvente da execução contra o devedor insolvente. Enquanto o devedor possui bens livres e desembaraçados, o credor obtém a satisfação do seu direito em execução singular. Pela penhora adquire o credor um direito real sobre os bens penhorados, a exemplo do que dispõe o § 804 do Código de Processo Alemão. Quando, porém, as dívidas excedem à importância dos bens do devedor, dá-se a insolvência civil. A declaração de insolvência produz o vencimento antecipado das dívidas, a arrecadação dos bens do devedor e a execução por concurso universal".

Neste sistema, e é ainda a Exposição de Motivos que acentua, "o devedor civil se equipara ao comerciante. Se este tem direito à extinção das obrigações, decorrido o prazo de cinco anos contados do encerramento da falência (Lei n.º 7.661, art. 135, III), nenhuma razão justifica que o devedor civil continue sujeito aos longos prazos prescricionais, em cujo decurso fica praticamente inabilitado para o exercício, em seu próprio nome, dos atos da vida civil".

Em reproduzindo a Exposição de Motivos na parte referente à insolvência civil, quis testemunhar o meu aplauso à inovação e, bem assim, a minha adesão às considerações que sintetizaram, com tanto brilho e precisão, as características do novo instituto.

Alfredo Buzaid, em monografia editada em 1952, sob o título "Do Concurso de Credores no Processo de Execução", sugeriu que se suprimisse, do Código de Processo Civil em vigor, o concurso particular, mantendo-se o concurso universal de credores, regulamentado na forma devida e da maneira mais completa, e

se concedesse ao devedor civil os benefícios que a lei de falências confere ao comerciante: a concordata e a extinção das obrigações (págs. 358 e 359).

As sugestões do tratadista foram acolhidas no Código de Processo Civil que entrará em vigor no dia 1.º de janeiro do ano próximo vindouro, com a aprovação, nesse particular, da generalidade do mundo forense do país.

8. — Outras e Importantes Inovações no Processo de Execução

Muito ainda poderia ser aduzido sobre o processo de execução. Considero-o a parte mais alta e expressiva do novo Código de Processo Civil. Os lapsos que apresenta são de fácil correção e não lhe comprometem o sistema e a estrutura, máxime se forem corrigidos como é de esperar-se.

Com técnica científica procura pôr fim a antigas e reiteradas controvérsias.

Para exemplificar, é controverso, pelo atual Código de Processo Civil, se, feita a remição pelo executado, poderá o exeqüente penhorar outra vez o mesmo bem em continuação da mesma execução (Liebman, ob. cit., pág. 131). O novo Código porá fim a essa controvérsia, com a distinção que fez entre remição da execução e remição do bem. Ao executado somente é facultado remir a execução, pagando a importância da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios, antes de arrematados ou adjudicados os bens (art. 651). A remição do bem arrematado ou adjudicado unicamente é facultada ao cônjuge, descendente ou ascendente do executado (art. 787).

Atento às distorções que freqüentemente ocorrem na execução, ora em detrimento do executado, arruinando-o economicamente sem real necessidade, ora em prejuízo do exeqüente, vítima de manobras protelatórias, que tornam infindáveis as execuções e lhe esvaziam o conteúdo, o novo Código contém medidas tendentes a coibir umas e outras.

Entre as primeiras está a faculdade outorgada ao juiz da execução de conceder ao credor o usufruto de imóvel ou de empresa, quando o reputar menos gravoso ao devedor e eficiente para o recebimento da dívida (art. 716).

Dentre as segundas estão as que atribuem ao juiz, em qualquer momento do processo, o poder de ("a") ordenar o comparecimento das partes e ("b") advertir ao executado que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça (art. 599).

O art. 600 considera atentatório à dignidade da justiça o ato do executado que: (I) frauda a execução; (II) se opõe malicio-

samente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; (III) resiste injustificadamente às ordens judiciais e (IV) não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução.

Se, advertido, o executado perseverar na prática de atos definidos no artigo antecedente, o juiz, por decisão, lhe proibirá que daí por diante fale nos autos. Preclusa esta decisão, é defeso ao executado requerer, reclamar, recorrer, ou praticar no processo quaisquer atos, enquanto não lhe for relevada a pena (art. 601).

9. —. O Princípio da Probidade no Debate e o Fim Ideal do Processo

Referindo-se aos princípios que deve informar um Código de Processo Civil, Eduardo J. Conture da ênfase ao da probidade no debate. Não só como uma regra moral, senão como uma norma positiva expressa num conjunto de soluções particulares, com sanções para os casos de infração (Proyeto de Código de Procedimiento Civil, pág. 27).

"El derecho", assinala o insígne mestre, "no consiste en que las sentencias no se puedan ejecutar. El derecho no consiste en que los bienes se oculten de tal manera que después de ganado el proceso haya que iniciar otro con una acción pauliana o una acción simulatória. Eso es, justamente, todo lo contrario del derecho. El derecho es, en último término, la voluntad constante de dar a cada uno lo suyo" (ob. cit., pág. 44).

Que o novo Código de Processo Civil seja o instrumento eficaz dessa vontade superior na realização da Justiça, "suprema exigência do Estado", são os votos que formulo.

TRIBUTAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA NAS REMESSAS DE JUROS PARA O EXTERIOR

José Néri da Silveira (*)

Já o Regulamento n.º 17.390, de 1926, tornou a fonte pagadora no Brasil responsável pelo imposto de quem recebesse renda no exterior (art. 174). O Decreto n.º 19.550, de 1930, veio inteirar o dispositivo de incidência do Regulamento de 1926, ao dispor, em seu art. 1.º, n.º 48, parte VII, que

> "As empresas e particulares que pagarem rendimentos produzidos no País a residente no estrangeiro ficam obrigadas a reduzir no ato da remessa 8%. A taxa recairá sobre as importâncias brutas, sem considerar a isenção na base."

Anteriormente a 1926, na exposição de motivos de SOUSA REIS ao então Ministro da Fazenda SAMPAIO VIDAL, em lhe apresentando o primeiro projeto de Regulamento do Imposto de Renda, ficou definido, à p. 44:

> "Dos quatro princípios em que se inspira a legislação financeira, a nossa lei adota o territorialista. **Consideramos unicamente o lugar onde o rendimento é produzido** ;entre nós, domina a noção do imposto real; nada exigimos, nada pedimos aos nacionais e estrangeiros proprietários de rendimentos originados fora das fronteiras; mas desejamos que ambos entreguem ao Tesouro Nacional pequena parcela de rendimentos derivados da exploração das nossas riquezas."

(*) Ministro do Tribunal Federal de Recursos.

Daí haver sinalado, com acerto, JOSÉ THOMAZ NABUCO, in "A TRIBUTAÇÃO DOS RENDIMENTOS NO EXTERIOR", p. 13, verbis:

> "Passou-se, então, a cobrar imposto sobre todos os rendimentos **produzidos** no País, ainda que a **causa**, de que se originassem, estivesse situada no exterior. Juros de empréstimos contraídos no exterior, aluguéis de prédios situados no estrangeiro, remuneração de serviços prestados fora do País, tudo, de qualquer natureza que fosse, tinha de ser tributado aqui, **desde que daqui saísse o rendimento.** Até mesmo remessas para assinaturas de revistas científicas, tão necessárias ao nosso desenvolvimento, **passaram a ser taxadas na fonte.**"

E acrescenta:

> "O ponto de vista da admiinstração do Imposto de Renda a esse respeito está bem exposto numa decisão, de princípios de 1943, da DIR, a respeito de uma senhora que, exercendo a sua atividade na Argentina, era paga no Brasil:
> "Nos termos da atual lei, cabe indagar, pois, se o rendimento pago a residente no estrangeiro é ou não produzido no País. Se é, pouco importa conhecer onde está sendo exercida a atividade produtora do mesmo. **O imposto na fonte é real e não pessoal, recai sobre o rendimento** e não sobre a pessoa que o aufere..."
> (D. O. de 22/3/43; R. F., 1943, n.º 219).

É o lugar da fonte do pagamento que prevalece, não o da atividade — esse o princípio dominante, entre nós.

Dão-se, é certo, algumas exceções à tributabilidade, mas sempre a exclusão se fez, por força de lei. Assim, o Decreto-lei n.º 4.871, de 23/10/1942, que excluiu da tributação no País "as comissões pagas pelos exportadores de café aos seus agentes no exterior" (art. 1.º); também, o Decreto-lei n.º 7.885, de 1945, que ampliou a isenção para abranger "as comissões pagas pelos exportadores de quaisquer produtos nacionais aos seus agentes no exterior", bem como "as comissões pagas pelas empresas de navegação nacionais aos seus agentes no exterior, em razão dos serviços que estes lhes prestam naquela qualidade" (Decreto n.º 24.239, de 22/12/1947, art. 97, § 2.º, **b**).

Ainda, no mesmo sentido, o art. 293, do vigente Regulamento do Imposto de Renda (Decreto n.º 58.400, de 1966).

Comentando essa orientação de nosso sistema legislativo, anotou o eminente GILBERTO DE ULHÔA CANTO, verbis:

> "Com o advento do Decreto-lei n.º 5.844, já citado, passou a jurisprudência a manifestar que, tendo sido expressamente excluído da tributação de fonte o caso de comissões pagas pelos exportadores nacionais a seus agentes no exterior, no que se referia a negócios de café, a contrario senso, dever-se-ia reputar sujeita ao tributo toda e qualquer remuneração ou comissão paga em razão de serviços, mesmo prestados no exterior, que não fossem relacionados com a venda do mencionado produto. Vale dizer que a interpretação passou a ser pela regra da incidência, apenas em face de ter o legislador explicitado uma isenção.
> É certo que o fisco estendeu a isenção a todas as hipóteses de comissões pagas pelos exportadores no Brasil a seus agentes no exterior (Decreto-lei n.º 6.340, de 11/3/1944, mencionado). O mais, que se não pudesse enquadrar no campo estrito das comissões relativas a exportações, entrou a ser havido como sujeito ao imposto, **desprezada a consideração de se tratar de atividade exercida fora do Brasil.**
> O Decreto n.º 24.239, de 22/12/1947, agravou ainda mais a situação, no que tange a serviços de outro tipo que não a corretagem ou mediação nos negócios de exportação, porque aditou, à isenção até ali expressa, outra para as comissões pagas pelas empresas de navegação a seus agentes no exterior, por força de serviços por eles prestados nessa qualidade (art. 97, § 2.º, **b**), e fê-lo, tal como já o fizera o Decreto-lei n.º 6.340 citado, pela forma de uma exclusão ("Excetuam-se das disposições deste artigo ..."), de sorte que, implicitamente, atribuiu, por via da exceção, **caráter de regra válida para os casos não expressamente contemplados, à tributabilidade de rendimentos auferidos por não residentes, bastante a circunstância de o pagamento ser feito do Brasil para o estrangeiro.**" (**apud** TEMAS DE DIREITO TRIBUTÁRIO, vol. 1.º, ps. 93 e 94).

Coube, inequivocamente, à construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Federal de Recursos

acrescer a essas comentadas exceções de lei outra atinente aos juros pagos nas compras feitas a prestações no exterior. Assim, no Ag. n.º 48.965-GB, o eminente Ministro Djaci Falcão proclamou: "Trata-se de imposto de renda sobre a remessa de juros para o exterior, em cumprimento de contrato de venda ou financiamento com entidade estrangeira. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido da sua inexigibilidade (ERE n.º 52.165, D. J., 30/4/1964; RMS n.º 16.795, **in** RTJ n.º 37/327; RMS n.º 17.455, **in** RTJ n.º 43/521; RMS n.º 18.777, **in** RTJ n.º 45/815)": (**in** D. J., 05/03/1970, p. 647). Também, no RE n.º 55.473 (**in** RTJ, 40/64) e nos Agravos Regimentais n.ºs 47.281, 47.389, 47.371 e 47.525, **in** D. J., de 29/12/1969. Tratando-se de rendimentos que não foram percebidos no País e em obediência ao princípio da territorialidade da lei fiscal, ficou entendido que não cabia exigir a retenção do tributo na fonte na remessa de juros acrescidos às prestações referentes às mercadorias importadas, desde que no estrangeiro possuísse sua sede a vendedora, não operasse de forma regular no Brasil e houvesse o contrato respectivo sido firmado no exterior. Assim também decidiu o Tribunal Federal de Recursos, dentre outros, nos Agravos em Mandado de Segurança n.ºs 64.095, 62.585 e 64.845, conforme arestos publicados no Diário da Justiça de 3 de fevereiro de 1970.

A 30 de dezembro de 1968, editou-se, entretanto, o Decreto-lei n.º 401, cujo art. 11, e respectivo parágrafo único, assim dispõem:

> "Art. 11 — Está sujeito ao desconto do imposto de renda na fonte o valor dos juros remetidos para o exterior, devidos em razão de compra de bens a prazo, ainda quando o beneficiário do rendimento for o próprio vendedor.
> "Parágrafo único — Para os efeitos deste artigo consideram-se fato gerador do tributo a remessa para o exterior e contribuinte o remetente."

Na Justiça Federal, em ambos os graus, e perante o egrégio Supremo Tribunal Federal, debateu-se a argüição de inconstitucionalidade dos dispositivos transcritos.

Visualizado, isoladamente, em sua literalidade, o parágrafo único do art. 11, do Decreto-lei n.º 401, de 1968, força seria dar-se por sua invalidade, porque a remessa de valores para o exterior não poderia constituir fato gerador do imposto de renda.

Norma hierarquicamente superior, o art. 43, do Código Tributário Nacional, preceitua que o imposto sobre a renda e pro-

ventos de qualquer natureza tem como fato gerador **a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:**

> "I — de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;
>
> "II — de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior."

À sua vez, define o art. 45, do mesmo C. T. N., o contribuinte do imposto em causa, **verbis:**

> "Art. 45 — Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o art. 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao "possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis".

Ora, na letra fria do parágrafo único do art. 11 em foco, estabelecer-se-ia como contribuinte quem apenas é o **remetente** dos valores ao exetrior. Diz-se, nesse sentido, remetente não é, à evidência, titular da disponibilidade econômica de renda. O remetente, na espécie não é desenganadamente titular de renda mas, apenas fonte pagadora da renda. No plano da relação jurídica de direito mercantil, de que se vem a irradiar essa disponibilidade econômica de renda, sua posição é a de sujeito passivo, devedor, frente ao titular efetivo dessa disponibilidade, credor na relação jurídica comercial aludida.

Sucede, porém, que o parágrafo úni co é, **in hoc casu**, norma de índole explicitante, de significação secundária, em face da hipótese de incidência fiscal definida no **caput** do art. 11, **sub examine.** Neste, efetivamente, é que se descreve o fato gerador do imposto, ao ser estabelecido que fica sujeito à tributação da renda **o valor dos juros remetidos para o exterior,** nas circunstâncias aí apontadas. Ora, juros constituem produto do capital, disponibilidade econômica de renda. Logo, a hipótese de incidência tributária da renda prevista no art. 11, do Decreto-lei n.º 401, de 1968, não refoge ao conceito legal do fato gerador do imposto em causa, **ut** art. 43, do Código Tributário Nacional. Trata-se, concretamente, da tributação de rendas daqui remetidas para o estrangeiro.

Ademais, como anota AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO,

> "A obrigação tributária nasce, cria-se, instaura-se por força da lei; na lei estão todos os seus fatos germinais. O chamando fato gerador marca, apenas, o momento, o pressuposto, a "fattispecie" normativa para que o **vinculum juris** legalmente previsto se inaugure".
> (apud FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, ed. 1964, p. 17)

De outra parte, não seria cabível examinar o art. 11 e seu parágrafo único, do Decreto-lei n.º 401, de 1968, senão à vista da tradição de nosso sistema, acima aludida, segundo a qual é o **lugar da fonte do pagamento** que prevalece. Dessa sorte, ao preferir, no art. 11 predito, o **lugar da fonte pagadora** ao da **atividade** ou da **causa** de que se originem os rendimentos, para estabelecer a tributação, não se afastou o legislador da linha de orientação que vem seguindo o direito brasileiro, acerca desta matéria.

Se merece censura o sistema de tributação adotado pela sistemática brasileira, neste particular, sob o ponto de vista doutrinário — muito embora o apreço que nos cabe devotar aos princípios jurídicos — é, entretanto, questão que não importa ao aplicador do direito positivo ter presente, para negar incidência à regra **legis** em causa.

Assim posta e considerada a matéria, não vejo como acolher a argüição de inconstitucionalidade do art. 11, do Decreto-lei n.º 401, de 1968.

Qual destaquei antes, define ele hipótese de tributação na fonte pagadora do valor dos **juros** remetidos para o **exterior**. A ninguém é lícito negar que **juros** constituem **rendimentos**, disponibilidade econômica de renda. Essa é a **res**, o objeto da tributação. Conforme, portanto, ao art. 43, do CTN. O imposto na fonte é **real**, recai sobre o rendimento. Dessa maneira, quando no parágrafo único do mesmo artigo se estabelece que, para tanto, se considera fato gerador do tributo a **remessa para o exterior** — é necessário que se leia essa locução constante da frase legal, em conformidade com o **caput** do mesmo dispositivo, isto é, o fato gerador é o valor dos juros (rendimentos) remetidos para o estrangeiro. Por isso sinalei, inicialmente, que não incumbia, na exegese do art. 11 e parágrafo único, considerar este isoladamente. A imperfeição de técnica legislativa é, à evidência, aqui, reparada, pelo intérprete, pondo em sistema as duas formulações **legis**.

No que atine, de outro lado, à figura do contribuinte, também, vale examinar a questão, dentro do sistema em que ela se

insere. Se o art. 11, do Decreto-lei n.º 401, de 1968, mantém o princípio, em curso, entre nós, de que, na tributação dos rendimentos remetidos para o exterior, prevalece o **lugar da fonte de pagamento** e não o da atividade ou causa do rendimento, nada mais compreensível que se considerar o remetente dos juros, isto é, a fonte pagadora como o responsável pelo recolhimento do tributo. O Código Tributário Nacional, em seu art. 45, ao definir o contribuinte do imposto, autoriza à legislação ordinária atribuir a condição (**fictio juris**) de titular da disponibilidade (como se o contribuinte fosse) "ao possuidor, a qualquer título, dos bens, produtores de renda ou dos proventos tributáveis". Mais. O parágrafo único do mesmo art. 45, do Código Tributário Nacional, é expresso e inequívoco ao estabelecer:

> "A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam".

De conseguinte a imprecisão técnica do parágrafo único do art. 11, do Decreto-lei n.º 401, de 1968, ao estipular que se considera **contribuinte** o remetente, não pode ter o condão de inquinar de nulidade a norma em foco. O Código Tributário Nacional autoriza que a lei ordinária (e o Decreto-lei em apreço **lex est**) dê à fonte pagadora a condição de **responsável pelo imposto** cuja retenção e recolhimento lhe caibam. Ora, ao que remete incumbe, como fonte pagadora, reter e recolher o imposto concernente aos juros enviados para o exterior. Logo, se a imprecisão do parágrafo único do art. 11 está, neste particular, em denominar **contribuinte** quem deveria ser chamado de **responsável**, no plano de execução da norma, a impropriedade do termo não logra qualquer relevo. Denominado o remetente de **contribuinte** ou de **responsável**, certo é que o último ao primeiro se equipara, na linha dos efeitos, por expresso comando do art. 45, parágrafo único, do CTN. Chamado **contribuinte** ou **responsável** — ao remetente, é certo, da mesma forma, compete reter e recolher o tributo devido, como fonte pagadora que desenganadamente o é. De outro lado quando o mesmo Código Tributário Nacional, em seu art. 121, cuida do sujeito passivo da obrigação principal, define-o como "a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária", enumerando, a seguir, em seu parágrafo único, como tais, o **contribuinte** e o **responsável**. Dessa sorte, contribuinte ou responsável, **in hac specie**, é o remetente a pessoa obrigada ao recolhimento do tributo, **ex vi legis**. Disso não há fugir.

A coadjuvar a superação de eventual dificuldade, quanto aos termos empregados na frase legal, estaria, ainda, o art. 4.º do mesmo Código Tributário Nacional, **verbis**:

> "Art. 4.º — A natureza jurídica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:
> I — a denominação e demais características formais adotadas pela lei;
> II — a destinação legal do produto da sua arrecadação."

Ora, a hipótese de incidência, já se viu, é o valor dos juros remetidos para o exterior. Quando isso acontecer, no mundo jurídico, a norma tributária em foco incide. Repita-se: ninguém poderá contestar que juros constituem rendimento, **res** tributável pelo imposto de renda, na fonte.

Admitida, portanto, a constitucionalidade do art. 11 e seu parágrafo único, do Decreto-lei n.º 401, de 1968, (como decidiu o Tribunal Federal de Recursos, em composição plenária, ao rejeitar a Argüição de Inconstitucionalidade incidente no Agravo em Mandado de Segurança n.º 64.879 — GB, a 9/12/1970, **in** D. J., de 7/6/1971, confirmado o entendimento pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n.º 71.758, **in** D. J., de 19/6/72, p. 3922), força será concluir obstado curso à jurisprudência, antes referida, no que concerne à não exigibilidade de tributação do imposto de renda sobre a remessa de juros para o exterior, em cumprimento de contrato de venda ou financiamento com entidade estrangeira. Note-se que essa jurisprudência não se constituiu em obséquio a preceitos constitucionais; logo, há de ceder ao mandamento legislativo novo, que se lhe opõe. Releva conotar, outrossim, que o sistema, entre nós, adotado é o da isenção, por via expressa. Portanto, válida a regra do art. 11 e parágrafo único, do Decreto-lei n.º 401, de 1968, a exceção construída pela jurisprudência não mais se pode manter.

3. Não distingo, neste particular, entre remessas de juros decorrentes de contrato de compra e venda de mercadorias estrangeiras, celebrado no exterior, antes ou depois do Decreto-lei n.º 401, de 1968, desde que tais envios desses rendimentos sucedam na vigência do diploma legal aludido.

Em verdade, o imposto incide, de acordo com a legislação vigorante à data do fato gerador respectivo. Se, pois, a remessa de juros acontece depois de 30 de dezembro de 1968, nesse tempo é que ocorre o fato gerador, ut art. 11 e parágrafo único, do Decreto-lei n.º 401/1968, tornando-se, em decorrência, devido o tributo.

Não caberia, na espécie, invocar ato jurídico perfeito, ao advento do Decreto-lei n.º 401, de 1968, em ordem a obstar a exigência fiscal. A norma tributária em vigor aplica-se, desde logo, às hipóteses nela previstas. Certo é que não prejudicará o ato jurídico perfeito, **in hoc casu**, vale dizer, o negócio jurídico celebrado no estrangeiro, enquanto este é **vinculum juris** entre os contratantes, a ele, entretanto, estranho o Estado. Os efeitos desse negócio jurídico, entre particulares, porém, no que concernem à órbita tributária, não podem, à evidência, sujeitar, assim, o Estado, que, aí, nada estipulou. Na execução do negócio, cumprirão as partes, entre si, o que houverem acordado. Não há, porém, em virtude disso, pretender fique interditada a ação do poder de tributar, quanto a fatos no pacto contemplados.

No Agravo em Mandado de Segurança n.º 67.160 — São Paulo, julgado pela 3a. Turma do Tribunal Federal de Recursos, a 17 de maio de 1972, o ilustre professor Henrique Fonseca de Araújo, na condição de 4.º Subprocurador-Geral da República, emitiu brilhante parecer, a esse propósito, aportando a idêntica conclusão, nos termos seguintes:

> "9. Ainda, porém, se suscita uma dúvida: atinge o disposto no art. 11 do Decreto-lei n.º 401/68 as remessas posteriores à sua vigência, mas decorrentes de contratos firmados anteriormente à data daquele diploma legal?
>
> "10. **Data venia**, não há razão para a dúvida surgida, com fundamento no princípio constitucional que, assegurando o respeito ao ato jurídico perfeito, como à coisa julgada e ao direito adquirido, consagra a norma da irretroatividade da lei.
>
> "11. Distingue a doutrina, no que diz respeito à aplicação da lei nova, entre o **efeito imediato** e o **efeito retroativo** da nova lei. Só este é atingido pelo princípio da irretroatividade da lei nova.
>
> "12. Assim, em matéria de ato jurídico perfeito, se a nova lei se aplicasse aos fatos já consumados (**facta praeterita**), seria retroativa; se o fizesse em relação às situações em curso (**facta pendentia**), só se aplicaria às partes posteriores à sua vigência; se incidisse

sobre fatos futuros (**facta futura**), nenhuma restrição sofreria. É a lição de ROUBIER, com fidelidade resumida por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (Instituições de Direito Civil, vol. 1.º, p. 103/104).

"13. Realmente, o insuperável mestre francês, na matéria, ao longo de sua obra, faz inúmeras distinções: a primeira, exatamente, entre efeito retroativo e efeito imediato da nova lei. Sua aplicação aos **facta praeterita** constituiria violação ao princípio da irretroatividade da lei, incluído, entre nós, na categoria dos direitos e garantias individuais. Saber, ao contrário, se ela se aplica aos **facta pendentia** ("situations e cours d'effet") ou aos **facta futura** ("ebfets à venir de la situation en cours"), não é problema sobre retroatividade, mas, ao contrário, diz respeito, tão-somente, ao efeito imediato da nova lei.

"14. Realmente, antes de proceder à distinção entre as situações em curso, decorrentes de um estatuto legal ou de um contrato, chama a atenção, desde logo, ROUBIER, para que em qualquer dos casos, a aplicação imediata da lei nova não configuraria irretroatividade, **verbis:**
"il est vrai que, comme nous le verrons plus tard, les effets des contrats patrimoniaux en cours ne sont pas touchés en principe par les lois nouvelles: c'est que, dans la matière des contrats, l' effet immédiat se trouve exclu aussi bien que l'effet rétroactif; mais il n'y aurait pas nécessairement rétroactivité de la part d'une loi qui déciderait que les effets à venir d'un contrat en cours seraient réglés par elle: sans doute cette loi pourrait être critiquée, car le maintien de la loi originaire pour régler les effets des contrats en cours repose sur des bases sérieuses; mais elle ne pourrait être critiquée comme entachée forcément du vice de rétroactivité, et comme dérrogeant ainsi au principe de l'article 2 du Code Civil."
(LE DROIT TRANSITOIRE, 2a. ed., p. 204/205)

"15. Na verdade, em matéria de aplicação da "lei nova aos fatos futuros das situações em curso — e é a espécie de que cuidam os autos — o problema se apresenta entre sua aplicação, sem exceções, ou à sobrevivência da lei antiga:

"mais nous verrons que, dans la théorie des contrats où on admet le principe de la survie de la loi ancienne, il y a aussi des cas d'exclusions de la loi ancienne, tacite ou forcée; que des exceptions existent, cela n'entame nullement le principe, d'autant plus que, comme nous l avons dit, aucune règle dans notre matière ne peut s'etablir sans exception."
(ROUBIER, op. cit., p. 344)

"16. Sob esse enfoque, não tem dúvida o inigualável e inigualado mestre, em afirmar, como regra, a não-aplicação da nova lei, mesmo aos efeitos futuros das situações em curso, quando decorrentes de contrato, em respeito à liberdade de contratar que a lei anterior assegurava às partes, e, sobretudo, porque "un contrat constitue un bloc de clauses qu'on ne peut apprécier qu'a la lumière de la legislation sous laquelle if fut passé" (op. cit., p. 392).

"17. Repele, inclusive, a aplicação da lei nova aos efeitos futuros dos contratos em curso, com fundamento em se tratar de lei de ordem pública, admitida por muitos, entre os quais HENRI DE PAGE (Traité Élémentaire de Droit Civil Belge, n.º 231, p. 285), por entender que "peu importe que les lois soient d'ordre public, du moment, qu'il s'agit des lois contractuelles, c'es-t-a-à-dire de lois dont le but est de définir les combinaisons possibles de l'activité contractuelle des particuliers" (op. cit., p. 422).

"18. Mas, mesmo repelindo tal entendimento, situa ROUBIER a sede da controvérsia em se tratar de leis relativas ao regime dos contratos ou leis relativas a um estatuto legal, **verbis:**

> "La distinction à faire est entre les lois "qui sont relatives au régime des contrats, et les lois qui sont relatives à un statut légal. Seule, la distinction du contrat et du statut légal permet au jurisconsulte de trancher de noeud gordien.
>
> "84. DISTINCTION DU CONTRAT ET DU STATUT LÉGAL — Pour qu'une loi nouvelle puisse s'appliquer à un contrat en cours, il faut qu'elle établisse ou modifie un statut légal, et

qu'elle ne soit pas simplement une loi relative aux conditions de validité d'un contrat." (op. cit., p. 422/423)

"19. Cumpre, assim, indagar — e representa o pensamento de ROUBIER o entendimento mais favorável aos Impetrantes — se, no caso, a incidência do tributo nas remessas posteriores ao Decreto-lei n.º 401/68, embora decorrente de contrato anterior à data deste último, diz respeito ao regime do contrato ou é relativa a um estatuto legal.

"20. Ora, o art. 11 do Decreto-lei n.º 401/68 não diz respeito às condições de validade do contrato, mas estabelece ou modifica um estatuto legal: o sistema tributário do País.

"21. Diz-se, realmente, que uma lei é relativa a uma instituição jurídica, "lorsqu'elle vise des situations juridiques ayant une base en quelque sorte matérielle et concrète dans les personnes ou les choses qui nous entourent, et qu'elle crée directement sur cette base un réseau de pouvoirs et de devoirs, qui sont susceptibles d'intéresser tout le monde."
(op. cit., p. 423)

"22. Entre essas instituições, ou estatutos legais, sem dúvida alguma, se situam as leis tributárias, já que não afetam as condições de validade do contrato.

"23. E, justamente, entre os exemplos que enumera, de leis que, por se incluírem entre as que disciplinam estatutos legais, se aplicam aos "efeitos futuros das situações em curso, cita ROUBIER as leis tributárias, aventando a hipótese de lei que venha criar um novo imposto, **verbis:**

> "b) Supposons qu'une loi vienne établir un nouvel impôt, qui atteigne des personnes tenant leur droit d'un contrat, par exemple les locataires; cette loi atteindra les locataires dont les baux sont en cours. La raison en est fort simple: la loi nouvelle est relative, non pas à un contrat, mais à un statut légal, le statut des impôts; elle atteint les contractants, **non pas en tant que contractans, mais en tant que contribuables.**" (op. cit., p. 428)

"24. E, a seguir, exemplifica com fato ocorrido na França, onde tal orientação foi aceita pelos Tribunais, **verbis:**

> "Par exemple, la taxe d'enlèvement des ordures ménagères, que la loi du 31 décembre 1900 autorisait la ville de Paris à établir, encore qu'etablie au nom des propriétaires et exigible contre eux, incombait aux locataires auxquels le propriétaire était en droit d'en réclamer le montant. Cette disposition fut appliquée, même aux locataires dont le contrat contenait certaines dispositions d'exonération d'impôt, parce que les parties n'avaient du régler, par des clauses anterieures, l'application d'une taxe qui n'était pas encore connue (Trib. paix Paris, XVIII arr., 26 juill. 1901 et Trib. civ. Seine, 12 août 1901, D. 1901.2.465; Paris, 14 mai 1903 S., 1906.2.161; V. cependant contra Trib. paix Paris, XIV arr., 30 mai 1901, D., 1901.2.465, S., 1906.2.161). On ne pouvait vraiment pas soutenir que la loi nouvelle, réglant la contribution à l'impôt, introduisait une clause nouvelle dans le contrat de bail; "car le législateur a bien toujours de droit de soumettre telle categorie de personnes à un impôt, et il importe peu que ces personnes tirent, ou non, leur situation juridique d'un contrat."
> (op. cit., p. 428)

"25. Portanto, ao sujeitar à tributação do Imposto de Renda as remessas de juros para o exterior, e ao fazer do remetente o contribuinte, o legislador não atingiu aos contratantes como tais, mas, simplesmente como contribuintes.

"26. Na espécie, o contrato, embora celebrado anteriormente ao Decreto-lei n.º 401/68, portanto, em curso, se projetava, quanto aos seus efeitos, no futuro — o pagamento e a remessa das prestações correspondentes aos juros — e, assim, nenhum impedimento de ordem legal se apresenta a que tais remessas fiquem sujeitas ao tributo instituído pela nova lei.

"27. Por outro lado, em se tratando de matéria tributária, para efeito de irretroatividade ou aplicação

imediata da lei, o que deve ser levado em conta é o fato gerador, que, no caso, é a remessa dos juros para o exterior.

"28. Portanto, se este, embora decorrente de contrato anterior, veio a ocorrer na vigência da nova lei que criou o tributo — e é o caso dos autos — sofre a incidência do novo diploma legal.

"29. Figure-se a hipótese de que nova lei reinstituísse o imposto de selo sobre contratos, recibos, etc., em alíquota fixa ou proporcional, pouco importa.

"30. Logicamente, não alcançaria o contrato já celebrado, ato perfeito que é quanto à sua constituição, mas, sem dúvida alguma, incidiria sobre os recibos dos pagamentos das prestações nele pactuadas, vencidas e pagas já na vigência da nova lei.

"31. Imagine-se que já estivessem sujeitas "a tributação do imposto de renda as remessas de juros, na época em que o contrato foi concluído, na base de 10% sobre seu valor."

"32. Elevada posteriormente a alíquota para 20%, sustentar-se-ia sua não-incidência sobre as remessas feitas já na vigência da lei que a elevou, embora decorrentes daquele contrato? Evidentemente, não.

"33. Ora, se é verdadeira a solução no caso de simples aumento da alíquota, não prevista pelos contratantes, por que não o seria no caso da criação de um novo tributo?

"34. Aqui, como se viu, se cuida de alcançar o contrato já perfeito e acabado, mas em curso de produção de efeito, tão-somente em suas prestações futuras, exigíveis já na vigência da nova lei, não para alterar o pactuado pelas partes contratantes, mas para fazer incidir sobre aquelas um novo tributo, que tem como fato gerador essas mesmas prestações".

4. Outra questão tem sido proposta aos Tribunais Federais, concernente às remessas de juros, para o exterior, vinculadas a contratos de mútuo, celebrados no estrangeiro, onde têm sede as entidades mutuantes.

Na solução da controvérsia afasta-se, desde logo, a incidência do antes discutido Decreto-lei n.º 401, de 1968, pela especificidade de sua formulação, referindo-se, apenas a remessas de juros, nos casos de contratos para aquisição de bens, no exterior, mediante pagamento, a prazo do preço respectivo.

Também, nesta hipótese, entendo que o imposto é devido, sendo legítima a retenção do **quantum** correspondente, na fonte.

Incide, em realidade, **in casu**, o art. 33, do Regulamento do Imposto de Renda, baixado com o Decreto n.º 58.400, de 1966, **verbis** —:

> "Art. 33 — Estão sujeitos ao imposto de renda, de acordo com as disposições dos arts. 292 a 300, os rendimentos provenientes de fontes situadas no País, quando percebidos:
> a) pelas pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no estrangeiro."

Invocável é ainda o princípio segundo o qual o lugar da fonte do pagamento é que importa verificar.

O ilustre Juiz Federal Jeronymo Ferrante, da 5a. Vara, da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, em sentença inserida em "O ESTADO DE SÃO PAULO", edição de 13/8/1972, observou, neste particular, com inteira propriedade:

> "O imposto de renda, em tese, é tributo direto e pessoal. Direto, porque atinge a riqueza em si, adquirida ou em fase de aquisição. Pessoal porque grava "os indivíduos, seja em razão de sua simples existência, seja em função de sua capacidade econômica" (Jèze, **apud** Ascarelli, Souza e Almeida, "Lucros Extraordinários e Imposto de Renda", p. 2). Mas, o caráter pessoal do Imposto de Renda não é constante. Quando arrecadado na fonte, ele se torna real, impessoal, por isso incide, mediante taxa fixa sem atender para as condições pessoais do titular da renda. É o que se dá com a remessa, para o exterior, de juros havidos em contrato de empréstimo em dinheiro, celebrado com pessoa ali domiciliada e sem qualquer vinculação no Brasil. Aí a imposição fiscal é real, impessoal, sem atender para a pessoa do mutuante. Dir-se-á que nisso há ilegalidade, visto como, ocorrendo o fato gerador no exterior, a cobrança do tributo estaria conflitando com o princípio da territorialidade da lei fiscal. Nesse argumento reside a fonte de todo o equívoco."

Noutra passagem, sinala:

> "Na verdade, o fato gerador não ocorre no exterior. A disponibilidade econômica, considerada como base do tributo, não é o recebimento da quantia emprestada. Não é porque o ônus fiscal só incide sobre renda e esse recebimento, obviamente, não é renda. Portanto, quando se fala em disponibilidade econômica, no caso, não se cogita da transferência da quantia emprestada do mutuante para o mutuário. Se assim fosse, a imposição fiscal seria inadmissível, sem sentido, por faltar-lhe o pressuposto essencial da renda.
>
> A disponibilidade econômica de que se trata é a aquisição dos juros, isto é, o ganho do mutuante. O capital emprestado produz frutos, gera lucros, e esses lucros, produzidos que são no Brasil, constituem a disponibilidade econômica, fato gerador do tributo. A imposição fiscal é impessoal, real, pois que recai não sobre contribuinte, mas sobre a riqueza produzida. A pessoa do titular da renda que está no exterior é irrelevante. A renda é que conforma o ônus fiscal.
>
> Se houve renda produzida no Brasil, há tributo, obrigando-se a fonte pagadora ao seu desconto, efetivo, que configura a retenção real. Este, o princípio legal."

Ademais, na lição dos eminentes juristas Rubens Gomes de Souza, Túlio Ascarelli e Almeida Filho, **in** "LUCROS EXTRAORDINÁRIOS e IMPOSTO DE RENDA", cumpre observar que o tributo em causa incide não só sobre as pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, que aqui possuam rendimentos derivados de atividades total ou parcialmente exercidas dentro do território nacional, como também sobre os rendimentos produzidos no Brasil, embora pertencentes a pessoas domiciliadas no exterior.... No último caso, como anotam os festejados juristas referidos, a tributação não se dá sobre as pessoas dos respectivos titulares, "o que de fato seria inadmissível por contrariar o princípio da territorialidade do imposto; por outras palavras, o imposto de renda é "pessoal" quanto aos contribuintes domiciliados no Brasil, e "real" quanto aos domiciliados no estrangeiro" (op. cit., ps. 47/48).

Dessa maneira, considerada a dicotomia estabelecida, na hipótese de empréstimo de dinheiro, os juros que são produzidos no Brasil constituem a disponibilidade econômica, fato gerador do tributo. Domiciliados no estrangeiro os titulares desses ren-

dimentos, sem qualquer relação com as condições pessoais das partes contratantes, reveste-se o tributo, na espécie, de caráter impessoal, real.

Ainda, a esse mesmo propósito, com inteiro acerto, observou-se nos autos do Agravo em Mandado de Segurança n.º 70.872, às fls. 73/74, **verbis** —:

> "Entre nós, a limitação constitucional diz respeito à necessidade de existência da lei prévia (Const. Emendada, art. 153, § 29), ou à discriminação de competência entre a União, Estados e Municípios (arts. 28, § 5.º, e 21, § 1.º), ou ainda à restrição do mesmo art. 18 (além dos impostos previstos nesta Constituição), ressalvada, neste último caso, a instituição de outros impostos, nas condições do § 5.º.
>
> Assim vista, a tributação de **juros**, mesmo de pessoas jurídicas domiciliadas no exterior, não incide em qualquer vedação constitucional.
>
> Examinando a questão quanto a suas implicações no plano internacional, assinala o insigne PONTES DE MIRANDA no tocante à tributação de rendas (é o caso) que nada impede a tributação pelo Estado (País) "da fonte de renda", isto é, aquele onde a renda se produz. Pelo contrário —:
>
> "O Estado da fonte de renda tira o seu título à imposição de circunstâncias de alta monta: no seu território gozando das garantias jurídicas e materiais da vida econômica, dos serviços públicos e gerais que lhes facilitam a atividade, os domiciliados no estrangeiro, como os domiciliados no país, tiram as rendas de circunstâncias próprias ao Estado da fonte, talvez de suas matérias-primas, de sua mão-de-obra, e, até de seus mercados."
>
> (Comentários à Constituição de 1967, tomo **II**, p. **513**)"

> "Esclarecendo, ainda, que o poder impositivo **do** Estado da fonte (no caso, o Brasil) não exclui (porque não há regra do direito das gentes nesse sentido) o do Estado do domicílio, acrescenta o autorizado escritor que, se houver dupla **imposição**, esse será em todo caso um **problema político**, não jurídico, passando a questão a pertencer "à legislação do domicílio (redução), ou às legislações dos dois ou mais Estados interessados, provavelmente em tratados" (obra cit. p. 514 e seguintes).

Roborando tal ponto de vista, rogamos a atenção dos insignes julgadores para o recente Decreto 66. 110/70, in DOU, de 28/1/70, que divulga "CONVENÇÃO ENTRE O GOVERNO DO BRASIL E O GOVERNO DO REINO DA NORUEGA PARA EVITAR A DUPLA TAXAÇÃO E PREVENIR A EVASÃO FISCAL EM MATÉRIA DE IMPOSTOS SOBRE A RENDA E O CAPITAL".

"Entre as normas que integram essa convenção, há o art. XI, sob a epígrafe "JUROS", onde se lê:
"1 — os juros provenientes de um Estado Contratante e pagos a um residente no outro Estado Contratante podem ser tributados nesse outro Estado.

2 — Entretanto, tais **juros** podem ser tributados no Estado Contratante onde são gerados e em conformidade com a legislação desse Estado mas o imposto assim exigido não excederá 25%, do total dos juros".

Resulta, portanto, inconsistente a tese que sustenta ser inconstitucional a tributação de juros gerados no Brasil e devidos a residente no exterior.
Problema político, e não jurídico, como está explanado, a solução dependeria da existência de Convenção reguladora da matéria, não invocada neste processo.
É indiscutível a legitimidade da exigência fiscal, já que a obrigação tributária nasce da incidência, necessária e suficiente, da **lei**, e da composição do fato **gerador** (V. CLÁUDIO MARTINS, 2.ª ed., p. 106)"

No que concerne à invocação do Decreto-lei n.º 1215, de .. 4/5/1972, tenho que não favorece a mesma à pretensão dos remetentes de juros para o exterior, eis que, nesse diploma, restou meridiano ser devido o tributo. Tanto assim o é que a carta **legis** mencionada veio autorizar, em certas condições, ao Ministro da Fazenda a conceder restituição, redução ou isenção do imposto de renda na fonte, sobre juros a serem remetidos para o exterior, "relacionados com empréstimos "**vinculados** ou **não** à aquisição de bens". Reza o art. 1.º de Decreto-lei n.º 1215, **verbis:**

"Art. 1.º — O Ministro da Fazenda poderá conceder restituição, redução ou isenção do imposto de renda na fonte, que incida sobre os juros, comissões, despesas e descontos relacionados ou não à aquisição de bens, que venham a ser contraídos no exterior, observado o prazo mínimo de amortização fixado pelo Conselho Monetário Nacional, tendo em vista o equilíbrio do balanço de pagamentos do País."

Nessa linha, tem decidido o Tribunal Federal de Recursos, como se depreende, dentre outras, das decisões nos Agravos em Mandado de Segurança 70.157 e 71.238, a 11/12/1972; 69.526, 70.028, 68.299, 69.412, 69.912, 69.100 e 69.859, a 13/12/1972, todos julgados pela 3a. Turma; nos AMS. n.ºs 68.505 e 68.617, in D. J. de 21/8/1972, p. 5.333; 68.447, 69.858 e 69.871, in D. J., de 28/8/1972, ps. 5.540/5.541; 69.698, 69.764, 70.122, 67.193 e 69.364, os dois últimos a 13/10/1972, todos da 1a. Turma. A colenda 2a. Turma, no AMS. n.º 68.712, in D. J. de 9/10/1972, p. 6.778, decidiu, em acórdão assim ementado:

"Imposto de Renda. Remessa de juros para atender a obrigações de simples empréstimo. Tributalidade.

A remessa de juros para o exterior para atender a obrigações de empréstimos simples está sujeita ao imposto de renda na fonte segundo as regras gerais do tributo. A jurisprudência anterior ao Decreto-lei n.º 401, que não se aplica à hipótese considerada, somente excluía de incidência os casos de compra de bens a prazo."

(Excertos dos votos proferidos no julgamento pelo Tribunal Federal de Recursos da Questão Constitucional no AMS n.º 64.879, a 9/12/1970; do AMS. .. 67.160, a 17/5/1972 (3a. Turma) e do AMS n.º .. 70.872 (3a. Turma a 11/12/1972).

PARECERES

PARECER N.º 2325/CGE

SERVIDOR MUNCIPAL.
Professores contratados pelo Município através do Programa de Municipalização do Ensino Fundamental (ex-DIMEP) são servidores municipais.
O Estado apenas contribui com o Município, o qual suporta todo o ônus como empregador, ao nível da CLT.

O Prefeito Municipal de Rondinha solicita o pronunciamento desta Consultoria Geral do Estado sobre o seguinte:

> aquele Município mantém escolas primárias, mediante acordo com o Estado, através do Programa de Municipalização do Ensino Fundamental (ex-DIMEP). O Estado fornece a verba para que o Município pague os vencimentos dessas professoras, as quais são seguradas do I. N. P. S., regidas pela C. L. T.
>
> Acontece que, tendo as professoras requerido o pagamento da gratificação natalina instituída pela Lei n.º 4.090/62 (conhecida como "13.º salário"), o consulente indaga quem deveria pagá-la (se o Estado, ou se o Município), e sobre o prazo prescricional para reivindicá-la.

2. Pelo Termo de Acordo Especial celebrado entre o Governo do Estado, através da Secretaria de Educação e Cultura, e a Prefeitura Municipal de Rondinha, para a execução do Plano de Municipalização do Ensino Fundamental, o Estado se compromete a contribuir com o salário-mínimo vigente para cada professor contratado (Cláusula I, item 2.º).

O ente que admite o pessoal docente e administrativo das escolas, é o Município (Cláusula II, item 10.º) filiando-se à Pre-

vidência Social (mesma Cláusula, item 14.º). Assim, o vínculo empregatício que se estabelece é entre o Município (empregador ao nível da C.L.T.) e os empregados, os quais são servidores municipais. É o entendimento desta Consultoria-Geral do Estado no Parecer 708/DAJ, da Lavra do eminente Consultor Jurídico MÁRIO NUNES SOARES, da Equipe de Assistência Jurídica aos Municípios:

> "Professores da DIMEP são servidores municipais: compete ao Município nomear e regular a situação dos professores contratados em função dos Acordos firmados com a DIMEP, posto que os mesmos são servidores municipais."

No mesmo sentido, ainda, eis o Parecer 267/GAJ, de autoria do culto Consultor Jurídico JORGE ARTHUR MORSCH:

> "Uma vez concretizado, importou o Plano (da .... DIMEP) no estabelecimento de um relacionamento jurídico, de um lado, entre o Estado e os Municípios, através dos Acordos celebrados; de outro, entre o Município e o professor admitido para a execução do Plano, inexistindo vinculação jurídica sob a forma de relação de trabalho entre os professores e o Estado do Rio Grande do Sul. Este não os admite, nem os remunera. Admite-os o Município, ao qual estão juridicamente vinculados; por via de conseqüência, remunera-os igualmente o Município, muito embora com meios proporcionados pelo Estado, a título de subvenção."

3. A contribuição que o Estado outorga ao Município em assunto de pessoal (salário-mínimo correspondente a cada professor) é o essencial para manter o serviço de funcionamento da escola primária. Os demais ônus são de responsabilidade do Município: salário-família, contribuição ao I.N.P.S. como empregador, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, ou indenização de antigüidade, inclusive gratificação natalina ("13.º salário").

4. O lapso prescricional de direitos trabalhistas se opera num biênio, contado da data em que deveria ter sido paga a pecúnia correspondente ao direito adquirido (C.L.T., art. 11).

É o parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 9 de abril de 1973.

Armando Henrique Dias Cabral
Consultor Jurídico

OFÍCIO DO SENHOR CONSULTOR-GERAL

SENHOR PREFEITO,

Tenho a satisfação de me dirigir a Vossa Senhoria a fim de encaminhar-lhe o Parecer n.º 2325, da lavra do Consultor Jurídico ARMANDO HENRIQUE DIAS CABRAL, que, por coincidente em suas conclusões com o meu entendimento, acolho e adoto como manifestação na Consultoria-Geral do Estado.

2. Cuida-se de situar, na espécie, quem seria o tomador dos serviços (= empregador) dos professores e demais pessoal admitido e necessário à execução do **"Programa de Municipalização do Ensino Fundamental"**, desenvolvido através de **"Acordos Especiais"** firmados entre o Estado e os municípios rio-grandenses e, igualmente, se esse grupo faz jus ao 13.º salário.

Cumpre ressaltar, de logo, que, na forma convencionada pelas partes, esses servidores ficariam sujeitos às disposições de proteção ao trabalho previstas na CLT e, tais regras, têm natureza cogente, porque de ordem pública, aplicando-se de modo imperativo, sem dar margem para atuação da autonomia de vontade das partes contratantes.

3. Ao **Estado, incumbe**, entre outros, os encargos de proporcionar recursos financeiros, até certo limite e na proporção do número de professores que atuam na realização do programa, colocando, na sede de cada município, um professor para coordenar e tantos supervisores quantos necessários para orientar pedagogicamente no plano (clásula 1a., incisos 2 e 4).

Ao **Município**, executar as obras, custear as despesas excedentes ao montante fixado pelo acordo e, entre outras obrigações, **admitir o pessoal docente e administrativo** (cláusula 2a., incisos 1.º 2.º, 10.º...).

4. Empregador, no caso e de conseguinte, é o município que, por via de conseqüência, se torna responsável por todos os encargos previstos na legislação correspondente.

É verdade que nos primórdios da execução de tais convênios surgiu controvérsia a respeito de quem seria o empregador. Passados, porém, os primeiros instantes de natural indecisão, tanto na instância administrativa quando na judicial ficou superada.

5. A Consultoria-Geral, em reiterados pronunciamentos, firmou o entendimento de que a relação de trabalho de tais servidores não se faria com o Estado e sim com o Município.

Veja-se a propósito a colocação feita pelo Parecer que lastreou os demais pronunciamentos da Casa, que tomou o n.º 267 e da lavra do Consultor Jurídico JORGE ARTHUR MORSH, quando acentua:

> "Com a organização do Plano **assumiu o Estado obrigações determinadas, e que se resumem em proporcionar aos Municípios os meios financeiros e técnicos,** em ordem a possibilitar a organização de um completo sistema de ensino primário municipal, caracterizando-se sempre o Plano como de natureza complementar e transitória. Uma vez concretizado importou o Plano no estabelecimento de um relacionamento jurídico, de um lado entre o Estado e os Municípios, através dos Acordos celebrados; de outro entre o Município e o professor admitido para a execução do Plano, **inexistindo vinculação jurídica sob a forma de relação de trabalho entre os professores e o Estado do Rio Grande do Sul.**
>
> Este não os admite, nem os remunera. Admite-os o Município, ao qual estão juridicamente vinculados; por via de conseqüência, remunera-os igualmente o Município, muito embora com meios proporcionados pelo Estado a título de subvenção." (grifei)

Tal interpretação, Senhor Prefeito, logrou manifestação ratificatória, contida no Parecer n.º 708/DAJ-CGE, relatado pelo Consultor Jurídico MÁRIO NUNES SOARES, sufragando, por igual, a exegese de que o Estado, pelo fato de conceder subvenção ao Município, não assumia a responsabilidade de empregador dos professores do DIMEP, entendidos como servidores municipais.

6. No âmbito judiciário, coube ao E. Tribunal Regional do Trabalho da 4a. Região o conhecimento da tese, e aquele Colegiado, em acurada análise, terminou consagrando a tese preconizada pela Consultoria-Geral, nestes termos:

> "O fato de existir, entre o Governo do Estado e a Prefeitura Municipal, um convênio através do qual o primeiro concede à segunda auxílio financeiro e assistência técnica para a contratação de professores do ensino primário **não é suficiente para responsabilizar o Estado como verdadeiro empregador.**

> Essa matéria tem sido decidida, em casos idênticos, por este Tribunal: **a jurisprudência atribui às Prefeituras o papel de empregador e ao Estado, apenas, a função coadjuvante** de auxiliar da Prefeitura no preenchimento de sua missão precípua na forma da atual legislação sobre o ensino — de ministrar instrução de nível primário. Nesses termos, preliminarmente, é de se rejeitar a tese da recorrente, segundo a qual o empregador seria o Governo do Estado, mantendo-se nesse ponto, a decisão da MM. Junta "a quo", quando situou a reclamada (Prefeitura) como sendo a verdadeira empregadora das recorridas." (Processo n.º .... 1381/67-TRT, relator do acórdão Juiz PERY SARAIVA, in "Ementário de Jurisprudência do TRT da 4a. Região", v. 4/105 — grifei)

Considere-se, ao depois, que, no julgamento do recurso mencionado, o ilustre MOZART VICTOR RUSSUMANO, atual Presidente do Egrégio Superior Tribunal do Trabalho, igualmente acolhera a preliminar de que

> "O fato de o Estado conceder aos Municípios assistência técnica e auxílio financeiro para seleção, contratação e fiscalização de professores primários não o transforma em empregador. Essa posição pertence ao Município." (op. cit. fls. 106)

7. Tais manifestações, Senhor Prefeito, colhidas na jurisprudência dominante sobre a **quaestio**, não deixam subsistir dúvidas quanto ao fato de ser essa Prefeitura Municipal o empregador na relação de emprego mantida com os professores do atual PMEP e, igualmente, responsável pelo pagamento de todas as vantagens, entre as quais se inclui a gratificação natalina (ou 13.º salário), prevista na Lei n.º 4090, de 13 de julho de 1962, a ser paga no momento indicado.

8. Resta, finalmente, acrescentar que os direitos originados do vínculo de trabalho ajustado sob a égide da Consolidação Obreira prescrevem no lapso temporal de dois anos, "ex-vi" do preceito contido no artigo 11 da CLT, que reza:

> "Não havendo disposição em contrário nesta Consolidação, prescreve em dois anos o direito de pleitear a reparação de qualquer ato infringente de dispostivo nela contido."

Tais considerações, Senhor Prefeito, somadas aos judiciosos fundamentos que embasam o Parecer n.º 2325, levam-me a passar o referido trabalho as suas mãos, servindo-me do ensejo para renovar-lhe expressões de elevado apreço e especial consideração.

Orlando Giraldi Vanin
Consultor-Geral do Estado

PARECER N.º 2332/CGE

EXERCÍCIO SIMULTÂNEO DE EMPREGO MUNICIPAL SOB O REGIME DA CLT E MANDATO DE VEREADOR: a teor do art. 153, I, letra **b**, da Constituição do Estado, é vedado tal exercício; ocorrendo a hipótese, dá-se, face ao art. 8.º, IV, do Decreto-Lei n.º 201, de 27/2/1967, a extinção, **ex vi legis** do mandato, devendo o Presidente da Câmara de Vereadores obrigatoriamente declará-lo.

Esta Consultoria-Geral recebeu ofícios do Senhor Prefeito Municipal e do Senhor Presidente da Câmara de Vereadores do Município de Torres, neste Estado, consultando sobre como devem proceder relativamente ao caso do vereador LEALCINO DE OLIVEIRA SANTOS.

Trata-se de servidor municipal daquela comuna, admitido em março de 1969, pelo regime da CLT, o qual, porém, foi eleito vereador no último pleito e como tal foi empossado e entrou em exercício, tendo passado, então, a acumular o emprego municipal e o mandato popular.

É o relatório.

2. A espécie não é abrangida pelo disposto no art. 104, § 3.º, da Constituição Federal de 1967 — Emenda n.º 1/69, de vez que o que nele se contempla, como o refere expressamente o próprio texto, são os **funcionários**, como tal devendo ser tidos os integrantes efetivos do quadro permanente da administração, não podendo abranger, por extensão, os admitidos pela CLT, nem tampouco outras categorias de servidores, salvo quanto a estas, se estiverem garantidos pela estabilidade.

Vige, na hipótese, o disposto no art. 153, I, letra **b**, da Constituição do Estado, que, tratando dos impedimentos para o exercício da vereança, assim dispõe:

> "Art. 153 — **O vereador não pode:**
>
> I — desde a expedição do diploma:
>
> .....
>
> 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 do magistério; (grifei)
>
> .....".

Emprego do Município é o que o vereador aludido detém.

Vê-se, pois, que, a teor da Carta Estadual, desde o momento em que foi diplomado, já não poderia o vereador em causa continuar a exercer o seu emprego público. Devia dele se ter afastado. Assim não o tendo feito, cabe, agora, determinar quais as conseqüências que disso advém.

Para tanto, há de se ter presente as disposições do Decreto-Lei Federal n.º 201, de 27/2/1967, o qual, editado sob a égide do § 2.º, do art. 9.º, do Ato Institucional n.º 4, de 7/12/1966, entre outros assuntos, regula a cassação e a extinção dos mandatos de prefeitos e vereadores.

Dispõe o citado diploma legal, em seu art. 8.º:

> "Art. 8.º — **Extingue**-se o mandato do Vereador e assim será declarado pelo Presidente da Câmara, quando:
>
> .....
>
> IV — Incidir nos impedimentos para o exercício do mandato, estabelecidos em lei e não se desincompatibilizar até a posse, e, nos casos supervenientes, no prazo fixado em lei ou pela Câmara." (grifei)

Combinando-se o que estabelecem os dispositivos acima, com o disposto no art. 153, I, letra **b**, da Constituição Estadual, já transcrito, de pronto emerge a solução da **quaestio juris**.

Com efeito, pela Carta Estadual, desde a **diplomação**, passou a incidir plenamente o **impedimento** nela previsto para o exercício do mandato, devendo este, logo, ter cessado a partir daquele momento.

Em não ocorrendo tal afastamento por força do Decreto-Lei n.º 201, de 27/2/1967, o mandato ficou então extinto.

Determina, esse mandamento legal de pronto, a **extinção** do mandato. O que o próprio Presidente da Câmara, e não esta, jungido ao cumprimento da lei, apenas **declarará**, fazendo à Casa, apenas uma **comunicação.** O mandato fica extinto **por força mesma da lei.**

Se o Presidente da Câmara deixar de declarar extinto o mandato, poderá o suplente de vereador interessado ou o Prefeito Municipal pleitear judicialmente essa declaração, arcando, neste caso, o Presidente faltoso, com os gastos do processo e incorrendo ainda na perda automática da Presidência, ficando, ademais, impedido para exercer qualquer outro cargo na Mesa durante o resto da legislatura.

O que acima dissemos está expresso, de modo bastante incisivo, nos §§ 1.º e 2.º do citado art. 8.º, do Decreto-Lei n.º .... 201/67, que, a seguir, transcrevemos, em conformidade com os quais devem as autoridades municipais consulentes proceder:

> "§ 1.º — Ocorrido e comprovado o ato ou fato extintivo, o Presidente da Câmara, na primeira sessão, **comunicará** ao plenário e fará constar da ata a declaração da extinção do mandato e convocará imediatamente o respectivo suplente.
>
> § 2.º — Se o Presidente da Câmara omitir-se nas providências do parágrafo anterior, o suplente do vereador ou Prefeito Municipal poderá requerer a declaração de extinção do mandato, por via judicial, e, se procedente, o juiz condenará o Presidente omisso nas custas do processo e honorários de advogado que fixará de plano, importando a decisão judicial na destituição automática do cargo da Mesa e no impedimento para nova investidura durante toda a legislatura."

Evidentemente nada impede que o servidor aludido continue a exercer o seu emprego municipal. O que ele perdeu foi o **mandato.** Ser-lhe-á, porém, inútil desistir do emprego para reter o mandato. Este já está extinto, **ex vi legis.**

É o parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 16 de abril de 1973.

Wenceslau Souza da Cunha
Consultor Jurídico

OFÍCIO DO SENHOR CONSULTOR-GERAL

SENHOR PREFEITO,

Tenho a satisfação de me dirigir a Vossa Senhoria a fim de passar a suas mãos o anexo Parecer n.º 2332/CGE, da lavra do Consultor Jurídico WENCESLAU SOUZA DA CUNHA, que, por coincidente em suas conclusões com o meu entendimento, adoto como manifestação da Consultoria-Geral do Estado.

2. Cuida-se de examinar, na hipótese a viabilidade jurídica do exercício concomitante de mandato eletivo de vereador com emprego municipal, sob o regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho.

3. Convém ponderar, **ab initio**, que a disciplina jurídica das Câmaras Municipais inscreve-se no Capítulo II do Título II da Constituição Estadual de 27 de janeiro de 1970, cujo artigo 153 reza:

> "Art. 153 — O vereador não pode:
>
> I — desde a expedição do diploma:
>
> .....
>
> 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;
>
> .....". (grifei)

Com efeito, da só leitura do preceito infere-se que o legislador visou a obstar a possibilidade de o agente político da municipalidade — isto é, um membro integrante do Órgão Legislativo — vir, por vias transversas, a se constituir em subordinado do Órgão Executivo, dentro da mesma esfera política.

Busca preservar, dessa sorte, o legislador, o princípio da independência e equilíbrio entre os poderes constitucionais, formulação clássica de Montesquieu, adotada no frontispício das Cartas Fundamentais Brasileiras.

4. Não bastasse esse argumento a justificar o acerto da adoção do princípio contido no inciso I, alínea "b", do art. 153 da Lei Básica do Estado, a própria noção de emprego público regido pela

CLT afastaria, **per se**, a possibilidade da acumulação de funções em dois poderes constitucionais, por que tal vínculo laboral assenta no pressuposto fiduciário, e, como tal, passível do desfazimento por ato unilateral do empregador.

5. O mesmo postulado, aliás, encontra resguardo no art. 34 da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969 e art. 18 da Carta Estadual aplicado a deputados e senadores, disciplinando de forma idêntica a incompatibilidade do exercício de certas funções aos agentes políticos federais e estaduais.

PONTES DE MIRANDA, mestre e autor de nomeada, em seus "Comentários à Constituição de 1967", pondera:

> "As incompatibilidades do artigo 34 fundam-se em razões de ordem moral, que libertem os órgãos do povo dos tentáculos do Poder Executivo e das sugestões subornantes." (v. III, fls. 28)

Mais adiante, em comentário versando essa mesma matéria, o ilustre autor assevera:

> "No sistema jurídico brasileiro, os deputados e senadores não podem, desde a diplomação, aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado de qualquer entidade estatal, federal ou local, ou de entidade autárquica, **sociedade de economia mista**, ou empresa concessionária de serviço público. Só se fala de **aceitar** e **exercer**, não de ocupar... **O que não tem cargo, função ou emprego, remunerado, não pode, expedido o diploma, vir a tê-lo.** Pode, a **contrário sensu**, aceitar cargo gratuito. **O que já o tem, ao ser expedido o diploma, não mais pode exercê-lo: ocupa-o, porém não o exerce:**" (op. cit., fls. 30 — grifei)

6. Ora, **in hoc casu**, verifica-se que o vereador LEALCINO DE OLIVEIRA SANTOS celebrou Contrato de Trabalho, disciplinado pelas normas juslaboralistas, com o Município de Torres, em março de 1969. Eleito vereador em 15 de novembro de 1972, **não poderia ter continuado a exercer** as funções pactuadas com o Executivo Municipal. Em assim o fazendo, desobedeceu a preceito expresso na Carta Política Estadual, sujeitando-se, de conseqüência, às sanções inscritas no Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre as hipóteses de extinção do mandato de vereador, consignando **expressis verbis:**

> "Art. 8.º — Extingue-se o mandato do Vereador e assim será declarado pelo Presidente da Câmara, quando:
>
> .....
>
> IV — incidir nos impedimentos para o exercício do mandato, estabelecidos em lei e não se desincompatibilizar até a posse, e, nos casos supervenientes, no prazo fixado em lei ou pela Câmara.
>
> § 1.º — Ocorrido e comprovado o ato ou fato extintivo, o Presidente da Câmara, na primeira sessão, comunicará ao plenário e fará constar da ata a declaração da extinção do mandato e convocará imediatamente o respectivo suplente."

A lei é suficientemente clara quanto às sanções, na hipótese de situações idênticas à cogitada no expediente e o **mandato** do **vereador servidor extingue-se, "ope legis", pela simples comprovação do impedimento.**

7. A jurisprudência do Tribunal Excelso tem, renovadamente, apreciando a hipótese, acolhido a tese de que, verificada a infração, impõe-se a declaração de extinção do mandato do vereador, **verbis:**

> "VEREADOR. Extinção do mandato. O Decreto-Lei n.º 201/67 não prevê processo contraditório. É lícita a declaração da extinção do mandato, quando feita nos termos desse diploma legal." (**apud** RTJ, v. 57/521, RE n.º 70.933-AM, relator BILAC PINTO)

> "VEREADOR. EXTINÇÃO DE MANDATO.
>
> — A falta de comparecimento às sessões é causa extintiva e automática de mandato, independentemente de processo contraditório.
>
> — Interpretação do Decreto-Lei n.º 201, de 25 de fevereiro de 1967." (**in** RDA, **v.** 98/205, Mandado de Segurança n.º 18.646, relatado pelo Ministro HERMES LIMA)

8. O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado já teve, igualmente, oportunidade de examinar a matéria, pronunciando-se, por exemplo, no Agravo de Petição n.º 1.659, no caso em que o Senhor

Presidente da Câmara de Vereadores de Cruzeiro do Sul negara posse a vereador eleito e diplomado, exercente de cargo de confiança no Município, quando o ilustre relator afirmou:

> "Não só era vedado ao impetrante exercer comissão ou emprego municipal, mas também lhe era defeso aceitá-lo; entretanto, conforme a inicial, não só aceitou, como o exerceu, após a expedição do diploma. Qualquer das situações o incompatibiliza com a vereança.
>
> . . . . . .
>
> Vê-se, pois, que, com apoio nesse Decreto-Lei n.º 201/67, em vigor à data, também se sustenta o ato do Presidente da Câmara, por força do disposto nos §§ citados, e do prescrito no **caput** do mesmo art. 8.º e **seu inciso IV**, não ostentando o impetrante nenhum direito líquido e certo a ser amparado por mandado de segurança." (**apud** "Revista de Jurisprudência do TJRS, v. 7/163)

9. A doutrina do Direito Administrativo, através da palavra de um de seus mais ilustres representantes, Professor HELY LOPES MEIRELLES, não destoa dessa linha de entendimento, chegando mesmo esse autor a não admitir a figura criada pela exceção posta no § 3.º do art. 104 da Carta Federal, de vez que entende incompossível o exercício do mandato com cargo público na mesma esfera; que dizer, então, de emprego ou função, em que o servidor **depende**, por inteiro, da aceitação do titular do órgão Executivo?

Eis a manifestação do mestre paulista:

> "Tratando-se de funcionário municipal, a incompatibilidade é evidente, pois a mesma pessoa não pode ser, ao mesmo tempo, funcionário hierarquizado e agente político autônomo da mesma Administração. Que independência poderia haver entre a Câmara e o Prefeito, se os vereadores fossem simultaneamente funcionários da Prefeitura? Como poderia o vereador-funcionário julgar as contas do Prefeito, seu superior hierárquico? Como poderia interpelar o Chefe do Executivo, na hipótese de sua convocação pela Câmara? Como poderia votar o "impeachment"? Todas essas hipóteses estão a demonstrar não só a incompatibilidade, mas a própria

> impossibilidade do exercício simultâneo de cargo público municipal com o mandato de vereador." (**in** "Assuntos Municipais", ed. de 1965, fls. 128)

10. Ao fazer o encaminhamento do Parecer 2329, através do ofício n.º 225/73, de 13 do andante, onde se examinava situação análoga, assinalei:

> "É manifesta a impossibilidade legal de exercer o Vereador, no âmbito municipal, sem perda do mandato legislativo, cargo ou função de confiança na Prefeitura que não seja a de Secretário Municipal ou diretoria equivalente ,sob a condição de licenciar-se da Câmara.
>
> Assim, investido nas funções do mandato legislativo, para assumir qualquer outra função diversa da autorizada pela exceção legal, deverá **renunciar** ao mandato de Vereador, sob pena de perdê-lo por infração legal, eis que (na forma do art. 8.º, inciso IV, do Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967, que "dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores e dá outras providências"), na omissão do infrator, cumpre ao Órgão Legislativo, à vista de inexistência de norma fixando tempo, marcar-lhe prazo para que, dentro dele, o Vereador impedido exerça o direito de opção entre a vereança e o cargo no Executivo.
>
> No silêncio da Câmara, e especialmente do seu Presidente, resta aos interessados a via judicial, com as conseqüências — para os omissos — estabelecidas em lei: (a) a condenação nas custas do processo e honorários advocatícios; (b) "destituição automática do cargo (ocupado) da (na) mesa; (c) no impedimento para nova investidura durante toda a legislatura" (**ut** § 2.º, art. 8.º, Decreto-Lei n.º 201/67) para os demais Vereadores que se mostraram displiscentes; e, finalmente, (d) para o interessado, por semelhança de situação aos Membros do Congresso Nacional (**ut** art. 1.º, inciso VII, letra a. combinado com o inciso I, letra g, da LEI COMPLEMENTAR n.º 5, de 29/4/1970), impedimento de concorrer a cargo eletivo."

11. Essas as considerações que, adicionadas aos doutos suplementos trazidos no Parecer n.º 2332, fizeram-me acolher esse trabalho como solução preconizada pela Consultoria-Geral do Estado.

Aproveito a oportunidade para renovar a Vossa Senhoria, Senhor Prefeito, expressões de elevado apreço e consideração.

Orlando Giraldi Vanin
Consultor-Geral do Estado

PARECER N.º 2326/CGE

PROVENTOS.
Incorporação de vantagem proveniente de regime especial de trabalho.
Inteligência do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 5.892, de 24/12/69.
A vantagem incorporável é a relativa ao regime a que se achava convocado à data da lei.

A. C. de B., servidor aposentado no cargo de Médico Veterinário, padrão 15-9, da Secretaria da Agricultura, recorre ao Excelentissimo Senhor Governador do Estado de despacho de Sua Excelência, o Senhor Secretário da Agricultura, que lhe denegou reconsideração de indeferimento de pedido de incorporação ao provento da aposentadoria, de gratificação correspondente ao regime de 44 horas semanais de trabalho, em que, ao inativar-se, se achava o recorrente.

2. Antes, ele esteve convocado para o regime de 33 horas, situação em que foi colhido ao ser publicada a Lei n.º 5.892, de 24 de dezembro de 1969, que, no § 1.º do seu art. 2.º, dispôs:

> "Art. 2.º — ... **omissis** ...
>
> § 1.º — É assegurado aos servidores convocados em qualquer dos regimes instituídos pela Lei n.º .. 5.804, de 19 de setembro de 1969, o direito de incorporar aos proventos de inatividade os níveis de percepção dela decorrentes, desde que, à data da publicação da presente lei, tenham completado tempo de serviço necessário à aposentadoria voluntária. (...)"

3. Quando da publicação dessa lei, o interessado possuía o tempo de serviço que, aí, se exigiu, tanto que já estava no gozo da gratificação de permanência. Mesmo assim, continuou na atividade, sendo, em 14 de agosto de 1970, convocado para o regime de 44 horas, em que permaneceu até a sua aposentação, requerida logo depois.

4. Seus proventos foram fixados pelo ato que consta de fls. 36-CGE, com a incorporação da gratificação relativa ao regime de 33 horas. Feita a incorporação dessa vantagem e não a da referente ao regime de 44 horas, para o qual estava convocado ao pedir a aposentadoria e ao ser aposentado, o recorrente pediu a retificação da fixação de seus proventos por entender que o que se deveria levar em conta, para esse efeito, seria a vantagem concernente ao regime em que ele se encontrava ao passar para a inatividade.

5. O pedido foi denegado com fundamento nas seguintes razões, invocadas no parecer de fls. 65 e 66-CGE, da Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração:

> " .....
>
> 5. O requerente, no momento da publicação da Lei n.º 5.892/69, isto é, em 24 de dezembro de 1969, estava convocado para o regime de 33 horas semanais e a esse regime permaneceu vinculado até 13/08/70, pois sua convocação para o regime de 44 horas semanais ocorreu em 14 de agosto de 1970.
>
> 6. É evidente que o legislador ao redigir o § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 5.892/69 visualizou unicamente os servidores convocados até a data da publicação do citado diploma legal pois a Lei n.º 5.892/69 entrou em vigor a partir de 1.º de janeiro de 1970, com exceção do ora discutido § 1.º do art. 2.º que passou a vigorar da data da publicação da Lei, ou seja, de 24 de dezembro de 1969.
>
> 7. A providência legislativa que determinou a vigência antecipada do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º .... 5.892/69 visou, exatamente, evitar que houvesse convocações graciosas no período compreendido entre 24 a 31 de dezembro de 1969 para regimes especiais de trabalho, com a finalidade de propiciar melhor aposentadoria a um grupo de servidores.
>
> 8. Assim, o pedido do interessado não pode ser acolhido por falta de amparo legal."

6. Do despacho indeferitório houve pedido de reconsideração, denegada pelos mesmos fundamentos (parecer de fls. 70 e 71-CGE e despacho de fls. 71-CGE). Manifestado recurso hierárquico, dirigido à Sua Excelência, o Senhor Governador do Estado, o Senhor Secretário de Estado Extraordinário para Assuntos da Casa Civil pede parecer desta Consultoria-Geral.

7. O pedido de reconsideração e o recurso foram apresentados em tempo hábil e, no apelo, o recorrente sustenta, em suma, que o que se deve levar em conta na interpretação da regra jurídica, em que julga estar amparada a sua pretensão — o § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 5.892/69 —, não é a convocação vigente à época da prolação da norma, mas a vigorante ao tempo da inativação do servidor por ela contemplado, e, desse modo, a vantagem mandada incorparar seria a concernente ao regime de trabalho ocorrente por ocasião da aposentação.

8. É o relatório, com o qual fica delimitada a dúvida suscitada no expediente.

9. A divergência de interpretação, que se dá neste caso, decorre da redação do texto inicial do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º .. 5.892/69. Nele, enunciou-se com clareza o pressuposto relativo ao tempo de serviço para a obtenção da vantagem — o necessário à aposentadoria voluntária, **devidamente complementada à data da publicação ou até esse momento.** Porém, como, na regra, nada se estabeleceu quanto à ocasião em que se verificasse a aposentação do servidor beneficiado, o trecho inicial do parágrafo, pelo modo como foi redigido — "É assegurado aos servidores convocados em qualquer dos regimes instituídos pela Lei n.º .. 5.804, de 19 de setembro de 1969, o direito ..., etc." —, deu, com efeito, margem à ocorrência da dúvida.

10. A Lei n.º 5.804/69, aludida no texto em exame, instituiu para os ocupantes de cargos técnico-científicos nela enunciados (art. 1.º) níveis de percepção salarial para os regimes de trabalho de 22, 33 e de 44 horas semanais e de dedicação exclusiva, fixando-os em Cr$ 518,00, Cr$ 778,00, Cr$ 1.102,00 e Cr$ .... 1.296,00, respectivamente. O regime de 22 horas correspondeu ao tempo normal de trabalho desses cargos, de sorte que somente para os demais haveria necessidade de convocação, suscetível de cessação a pedido do interessado ou por deliberação do Chefe do Poder Executivo (art. 2.º, §§ 1.º e 2.º). No art. 8.º, essa lei regulou o direito de incorporação das vantagens por ela criadas, ao provento da aposentadoria, estatuindo o seguinte:

"Art. 8.º — Para efeito de cálculo de proventos de inatividade, incorporam-se aos respectivos vencimentos as percepções decorrentes desta lei, desde que auferidas por mais de cinco anos consecutivos ou dez intercalados.

Parágrafo único — Se durante os cinco anos consecutivos ou dez intercalados o servidor tiver ficado sujeito a mais de uma das espécies dos regimes de que trata o artigo, a parcela a incorporar será a resultante da média ponderada das percepções que houver efetivamente auferido."

11. Ora, a Lei n.º 5.892/69, em que se contém a prescrição em estudo, limitou-se a reajustar os valores desses níveis (Cr$ .... 620,00, para o de 22 horas; Cr$ 930,00, para o de 33; Cr$ .. 1.320,00, para o de 44, e, Cr$ 1.550,00 para o de dedicação exclusiva) e a conceder o favor previsto no parágrafo em questão, tanto que manteve, expressamente, as demais disposições da lei anterior: "Ressalvado o disposto no artigo e no parágrafo anterior, continuam em vigor todas as demais preceituações da Lei n.º 5.804, de 19/7/69" (§ 2.º do art. 2.º).

12. Vê-se, então, que, na regra jurídica em causa, o que se fez foi outorgar um favor **excepcional** em proveito somente de quem estivesse, em 24 de dezembro de 1969, data da publicação da nova lei, na situação — também **excepcional** — por ela contemplada, ou seja, não só ter estado o servidor, naquele momento, num dos regimes dependentes de convocação — de 33, de 44 horas, ou de dedicação exclusiva —, como também em condições de aposentar-se, a pedido, por contar com o tempo de serviço para a inativação voluntária até a mesma data. Verifica-se, pois, que os elementos integrantes do suporte fáctico do mandamento legal em foco são, apenas, os que compuseram a situação de fato descrita, isto é, a ocorrente no instante da prolação da norma com todos os requisitos enunciados. Status flagrado pela lei no momento em que se processou a respectiva publicação.

13. Foi precisamente por essa razão que o legislador deu vigência antecipada ao questionado parágrafo, quando os valores do reajustamento resultante do novo provimento legal só entraram em vigor a partir de 1.º de janeiro de 1970, assistindo, assim, razão ao prolator do parecer em parte transcrito.

14. Sendo somente essa a exegese atribuível a prescrição em exame por tratar-se de disposição que encerra concessão de vantagem "excepcional", **a parcela a incorporar aos proventos do ser-**

vidor por ela beneficiado há de corresponder ao regime de trabalho em que o mesmo se encontrava em 24 de dezembro de 1969, e não a regime a que tenha, depois, como aconteceu com o recorrente, sido convocado e a que estivesse vinculado quando da inativação. Para os destinatários dessa regra jurídica, que, continuando em atividade, permaneceram no mesmo regime até a aposentação, a aplicação dela não rende ensejo a qualquer dificuldade pelo fato de não se ter modificado o status consistente num dos pressupostos estatuídos pela norma legal, problema poderia surgir quanto aqueles que, antes da inativação, tenham sido desconvocados **ex officio,** porque os proventos da inatividade, com a inclusão da vantagem concernente ao regime em que estavam na época da publicação da lei, poderiam ser fixados em valor superior aos vencimentos percebidos na atividade, o que contrariaria a limitação imposta pelos arts. 101, § 3.º, da Constituição Federal de 1967, e 101, § 2.º, da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969. O limite constitucional aludido em tal caso é o que deve prevalecer, ocasionando, apenas, a ineficácia da regra jurídica ordinária quanto ao excesso.

15. De resto, caberia considerar as conseqüências a que nos conduziria a adoção do ponto-de-vista do recorrente. A lei nada estabeleceu quanto ao tempo em que devesse ocorrer a inativação do servidor por ela beneficiado. Nessas condições, a incidência do dispostivo teria lugar tanto para aqueles aposentados logo após a edição da lei, como para os que se inativaram muito tempo depois, tal como sucedeu com o próprio recorrente. Ora, se a vantagem incorporável seria a da convocação vigente quando da inativação, seria essa a convocação a que serviria de pressuposto do direito e não a da época da publicação da lei. Disso resultaria a ilação de que mesmo os que não estavam convocados ao tempo do ato de publicação da lei — 24 de dezembro de 1969 —, mas que vieram a sê-lo antes de inativar-se, permanecendo no regime da convocação posterior até a inativação, seriam beneficiados pela norma do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 5.892/69 tão só pela satisfação do pressuposto temporal aí estatuído, quando, pela própria literalidade desse parágrafo, eles não figuram entre os destinatários do dispostivo em causa.

16. Por todos esses fundamentos, opinamos pelo não provimento do recurso.

É S. M. J., o nosso parecer.

Porto Alegre, 10 de abril de 1973.

Nilo Damasceno Ferreira
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2357/CGE

SERVIDOR VINCULADO A REGIME PREVIDENCIÁRIO PRÓPRIO.
Inativado tem direito ao pagamento da diferença pelo Estado, mas tão-somente a diferença.
Inteligência da Lei n.º 5.892, de ..... 23/12/1969.

A Companhia Rio-Grandense de Mineração (CRM), em data de 2/8/1970, encaminhou a esta Consultoria-Geral para exame e parecer, expediente contendo requerimento do Assessor Administrativo (inativo do ex-DACM) M. B. da C., em que o mesmo postula seja tornado sem efeito o ato daquela autoridade que, a partir de janeiro de 1970, lhe reduziu os proventos, bem como lhe sejam devolvidas as importâncias descontadas como pagas a mais, tudo em face de, à data, ter sido julgada ilegal pelo Tribunal de Justiça do Estado a Portaria s/n.º, de 14/5/69, do Sr. Secretário da Administração, modificadora do sistema de pagamento quanto à diferença de proventos daqueles servidores vinculados ao Instituto Nacional da Previdência Social, como é o caso do requerente.

Nesta Casa, preliminarmente, manifestou-se a Unidade de Defesa Judicial, esclarecendo não ter a aludida decisão do Tribunal passado em julgado, pois que havia recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul e pendente de julgamento.

Tal esclarecimento ensejou, de logo, a devolução do atual processo à fonte de origem, ponderando então o Exmo. Sr. Consultor-Geral ser necessário aguardar-se a solução definitiva do feito para, assim, haver pronunciamento deste Órgão.

Confirmada, ao depois, pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão de 26/4/72, a decisão de Segunda Instância, isto é, declarando definitivamente ilegal a mencionada Portaria s/n.º, de 14/5/69, do Exmo. Sr. Secretário da Administração, o peticionário solicitou desarquivamento do Processo a fim de que, face a essa nova situação, fosse novamente ouvida esta Consultoria-Geral.

É o relatório.

II — Ante a existência dos aludidos julgados — do Tribunal de Justiça do Estado e do Supremo Tribunal Federal — pacífico se tornou o considerar-se absolutamente ilegal a referida Portaria,

daí decorrendo o restabelecimento do direito daqueles que se viram prejudicados pela sua aplicação. E, nessa posição, parece, "prima facie", estar o postulante.

Todavia, bem assim, "concessa venia", não se nos afigura tendo em vista a edição da Lei n.º 5.892, de 23/12/69, pois que, em verdade, surgente esse diploma legal, foi em razão dele e não mais pela Portaria considerada ilegal que, a partir de janeiro de 1970, através de ato do Diretor-Presidente da CRM, teve o servidor em causa reduzidos seus proventos da aposentadoria.

Leia-se, para tal convencimento, o art. 5.º da referida lei:

> "O disposto na presente Lei aplica-se aos pensionistas do Tesouro do Estado, aos servidores estaduais à disposição da Rede Ferroviária Federal S. A., na conformidade da legislação que lhes é própria e, para efeito de cálculo de diferença de proventos aos servidores públicos estaduais com regime previdenciário próprio, observados, sempre, os benefícios que vêm sendo efetivamente pagos pelo Instituto Nacional da Previdência Social".

III — Dessa análise primeira, a nosso ver, já se depreende que o conteúdo legal do ato administrativo sob exame deverá, necessariamente, ter seu enfoque condicionado à incidência e eficácia do transcrito texto legal, desprezando-se, por inadequado, já então, a invocação da ilegal Portaria do Sr. Secretário da Administração.

E, nesse particular, espécie análoga, senão idêntica, contempla a "quaestio juris" examinada pelo Tribunal de Justiça do Estado, através da Segunda Câmara Cível, quando julgou o Agravo de Petição n.º 13.097, em 16/12/1970, cuja ementa e o voto do eminente relator, Desembargador BONORINO BUTTELLI, trazemos à colação para, assim, evidenciar a tese ora adotada:

> "Funcionário vinculado à Previdência Social. Garantias estatutárias supletivas, quanto a proventos. Aposentados pela Previdência Social os funcionários autárquicos a ela vinculados, garante-lhes o Estatuto proventos não menores do que os atribuídos aos funcionários centralizados, abonando-lhes a diferença, se houver, mas tão-somente a diferença. Não é isso dupla aposentadoria. Lei 5.892, de 23 de dezembro de 1969. Sentença confirmada. Voto vencido.
>
> . . . . . .

VOTO

O DES. BONORINO BUTTELLI — Sr. Presidente, esclareça-se, desde logo, que, em absoluto e "data venia", a matéria sob exame apresenta a pretendida similitude com os casos já examinados, seja pelas egrégias Câmaras Cíveis Reunidas, seja por esta mesma Câmara, nos mandados de segurança impetrados por ferroviários e por servidores da CEEE. Em primeiro lugar, porque, em relação aos ferroviários, o que teve em conta a decisão das egrégias Câmaras Cíveis Reunidas foi uma portaria que, em confronto com a Constituição do Brasil, pelo que motivava dita portaria, foi considerada ilegal. Expressa é a ementa, expresso o voto do eminente Relator, quando referem que ilegal e, portanto, inoperante em relação aos impetrantes, a portaria datada de 2 de maio de 1969 do Sr. Secretário da Administração que, com a finalidade de disciplinar os aumentos devidos aos inativos ferroviários, impôs redução nos mesmos, eis que não é de se aplicar ao caso em tela o artigo 177, § 1.º, da Constituição Federal de 1967.

Em todos os votos proferidos notou-se essa tônica de que a portaria era ilegal, dada a sua motivação e, ademais, e por segundo, o caso dos ferroviários era anterior à lei 5.892; ainda que superveniente a lei 5.892, embora precedente ao julgamento em segunda instância daquele mandado de segurança, em passagem alguma se examinou o problema à luz da disposição do artigo 5.º da Lei 5.892. No voto do eminente Relator apenas essa referência: "Esse, portanto, o re-
"gime legal de aposentadoria dos ferroviários rio-gran-
"denses, até o advento da malsinada portaria que veio
"a reduzir tais proventos, isto é, reduzir o aumento a
"que os impetrantes teriam direito por força das Leis
"5.603, artigo 6.º e 5.892/69, no artigo 5.º, que decre-
"taram o aumento para os servidores do Estado, au-
"mento esse extensivo aos servidores públicos ferro-
"viários". Mas não foi feito, em absoluto, o exame do problema à luz do artigo 5.º da Lei n.º 5.892, no que tange aos ferroviários.

E no tocante ao pessoal da CEEE, por igual modo, foi o mandado de segurança impetrado contra ato do diretor daquela sociedade de economia mista, anteriormente à Lei 5.892.

No relatório daquele recurso, ficou consignado que, posteriormente às informações da autoridade coatora, foi promulgada a Lei Estadual 5.892 de 23 de dezembro de 1969, dispondo sobre a aplicação no Estado do artigo 101, § 3.º da Constituição do Brasil. Mas no voto do eminente Relator, em nenhuma passagem, se atém ao exame da controvérsia em face da Lei n.º .. 5.892.

No caso sob julgamento o que se tem é exatamente isso: toda a controvérsia gira em torno da incidência ou não da Lei n.º 5.892.

A apontada autoridade coatora diz que o seu ato emana da Lei 5.892. De resto, o mandado de segurança foi impetrado por isso mesmo, porque, na plicação da Lei 5.892, é que se modificou o critério de revisão dos proventos de aposentadoria dos impetrantes.

Assim, Sr. Presidente, a meu sentir, os casos apresentam particularidades e muito me preocupou isso e demorei até em trazer o recurso a julgamento, porque me sentia comprometido com os dois julgamentos anteriores; parecia, a primeira vista, que se a matéria fosse a mesma, evidentemente os julgados das Câmaras Cíveis Reunidas e desta mesma Câmara, de que foi Relator o eminente Des. Paulo B. Velloso, levariam a igual conclusão no presente caso.

Mas, examinando detidamente o problema e verificando que o presente madado de segurança tem exatamente como ponto de debate a incidência da Lei n.º 5.892, que não foi objeto de exame e nem ainda se promulgara quando impetrado aquele mandado de segurança, preocupei-me, no exame da matéria, sob esse aspecto e considerando isto: o ato impugnado, tem ou não tem um conteúdo legal? O ato impugnado emana de uma lei? Sem dúvida nenhuma, o ato impugnado emana da Lei n.º 5.892. Aqui não se está malsinando uma portaria que, motivada na Constituição Federal, não poderia, como nos casos antes examinados, arredar dos impetrantes aquele cálculo de revisão de proventos ditado pela Lei n.º 1.690.

Ora, se assim é, Sr. Presidente, se o caso deve ser examinado em face da Lei n.º 5.892, e sob esse aspecto, de resto, só num derradeiro memorial, e agora, da tribuna, em ligeira passagem,(se procura demonstrar a não incidência da Lei n.º 5.892, porque até aqui se pretendia o exame da matéria a luz de pretendido direito adquirido, impõe-se apenas indagar se a Lei 5.892 é inconstitucional, porque não ressalvou o direito daqueles que estavam aposentados anteriormente a ela.

Se não é inconstitucional, se é lei que incide, ou não, em relação aos impetrantes. E é só em face da Lei n.º 5.892, em suma, a meu sentir, que se impõe examinar a espécie dos autos. Tudo o mais não vejo como capaz de proteger o pretendido direito adquirido.

Ainda, Sr. Presidente, outro equívoco, — "data venia", também deve ser desde logo desfeito — não encontro onde e como se demonstrar que os portuários impetrantes, tenham dupla aposentadoria. Absolutamente. Não vejo como admitir a dupla aposentadoria alegada pelos impetrantes.

Os impetrantes têm uma só aposentadoria, porque são vinculados ao INPS; eram vinculados ao IAPM — é expresso o regulamento da Previdência Social — empregados de portos são vinculados ao INPS, são aposentados pelo INPS, conforme o tempo de contribuição. E, sem dúvida alguma, isso era da competência da União; está na Constituição que é competência da União legislar sobre previdência social, ressalvada aos Estados a competência residual e, no exercício dessa competência, a União legislou através da Lei Orgânica da Previdência Social, estabelecendo claramente, no artigo 3.º, depois de referir os que ficam excluídos do regime da Lei, ou seja, os servidores civis, militares da União, Estados e de Autarquias, no parágrafo único, dispondo que aquilo que se tem no inciso I não se aplica aos servidores civis da União, Estados, Municípios e Territórios, que são contribuintes de institutos de aposentadorias e pensões; e através do regulamento da Lei n.º 3.807 claramente está o vínculo dos empregados de portos ao antigo IAPM e portanto, vinculados à instituição previdenciária, agora INPS.

Eles não têm aposentadoria estatutária, absolutamente. Eles têm só a aposentadoria previdenciária, e tanto só têm esta aposentadoria previdenciária, que foi com o advento da "Lei Peracchi" que não é, absolutamente, lei que regule a aposentadoria, mas é lei que regula e dispõe, por uma contribuição compulsória, sobre a revisão de proventos de aposentadoria sempre com os aumentos, concedidos à base de 100%

do que se concede aos da atividade. A Lei Peracchi regula os proventos de inatividade dos servidores do Estado e se estende aos servidores autárquicos.

Da Lei Peracchi não emana aposentadoria nenhuma. Para se falar em dupla aposentadoria era necessário que se demonstrasse que a aposentadoria dos portuários emana da Lei Orgânica de Previdência Social e emana do Estatuto. Aí seriam duas aposentadorias. Mas a aposentadoria é uma só, porque eles estão vinculados ao INPS e, portanto, é pelo tempo de contribuição que se aposentam.

E veja-se o seguinte: em relação aos funcionários autárquicos do DEPRC, pode-se verificar que tenha 35 anos de contribuição ao INPS, sem tempo de serviço para se beneficiar com a complementação da Lei Peracchi. Aposenta-se só pelo INPS, sem receber diferença nenhuma da autarquia. Muitos os casos de antigos empregados, já antigos contribuintes, que completaram 35 anos de contribuição ao INPS sem terem completado 35 anos de DEPRC, e se aposentaram pelo INPS (vai a comunicação para desligamento, e são desligados) apenas com os proventos do INPS, não percebendo a diferença, ainda que tenham contribuído para a Lei Peracchi por cinco ou dez anos. Outro caso: têm o tempo de serviço no DEPRC e não têm o tempo de contribuição. Também dos que, tendo tempo de contribuição, ficam aguardando tempo de serviço na autarquia para poderem, então, se valer da Lei Peracchi e sempre terem nas revisões de vencimentos tratamento igual aos ativos.

De sorte que, em primeiro lugar, não me parece que seja, "data venia", dupla aposentadoria. Para mim o conceito de dupla aposentadoria é aquele em que se acumulam, com proventos da autarquia previdenciária, proventos do Tesouro. É o caso dos ferroviários da União, antigos servidores da Central do Brasil, que tiveram lei especial federal dispondo sobre a dupla aposentadoria em face da modificação que sofreram. Poder-se-á falar, talvez, em dupla aposentadoria em relação aos ferroviários por disposições próprias; mas, em relação aos portuários, não me convenço de que o caso seja de dupla aposentadoria.

Ora, se não é dupla aposentadoria, qual o caráter do pagamento que recebem do Tesouro do Estado? Evidentemente não é caráter de acumulação, mas é

caráter completivo. Completa, apenas. E por que completa? Completa exatamente porque todas as disposições da lei vem, neste sentido, procurando dar o amparo do Estado ao servidor autárquico, que estaria à margem do Estatuto do Funcionário Civil. E tanto assim é que o Estatuto, no artigo 177, VI, diz: "Quando o funcionário vinculado a "instituições de previdência "social não tiver nesta feito jus ao benefício, o Estado "arcará com o ônus da aposentadoria na forma garan-"tida por este Estatuto, continuando o funcionário co-"mo segurado obrigatório da instituição previdenciá-"ria até que por ela seja assegurado o direito à inati-"vidade remunerada, caso em que caberá ao Estado pa-"gar somente a diferença, se houver, nos termos da "lei vigente."

Evidentemente, isso não é dupla aposentadoria, tanto que no momento em que tem tempo de contribuição no INPS para se aposentar por lá, o Estado só vai completar os proventos do servidor.

O mesmo Estatuto, no seu artigo 186, dispõe que "fica assegurado ao funcionário inativo a revisão de "seus proventos sempre que forem aumentados os ati-"vos". E no parágrafo único, "que essa revisão será de "70%."

Assim era até que veio a Lei Peracchi, que com uma contribuição que criou estabelece que a revisão do artigo 186, § único, que seria sempre de 70% do que percebesse de aumento um funcionário da ativa, passa a ser de 100%, atingindo também os inativos da Viação Férrea e os inativos autárquicos. No artigo 4.º da Lei Peracchi tem-se: "Os servidores da Viação "Férrea do Rio Grande do Sul e de outras autarquias "do Estado, desde que sujeitos a regime previdenciário "próprio, quando inativados por aposentadoria, terão "seus proventos calculados em bases idênticas aos pre-"vistos nesta lei". Pelo que dispunha o artigo 1.º da Lei 1690, a diferença de proventos paga pelo Estado não sofria qualquer redução quando os proventos pagos pelos institutos e caixas de aposentadoria e pensões ou qualquer outro órgão de previdência social, eram majorados.

É a própria Lei 1690 a demonstrar o caráter completivo e não cumulável do que o DEPRC paga aos impetrantes. Sempre que aumentados os vencimentos do pessoal da ativa, igual aumento tinha o pessoal inati-

vo, por força da Lei Peracchi, não se levando em conta o que o instituto vinha pagando ao aposentado. De sorte que se tivesse sido dado aumento de Cr$ 300,00 ao funcionário da ativa de igual cargo, o inativado receberia igual aumento de Cr$ 300,00, fossem quais fossem os proventos que estivesse recebendo de parte do INPS.

Argumenta-se que o próprio Estatuto confirmou a regra da Lei 1.690. Foi o que se considerou nos casos anteriormente julgados pelas Câmaras Cíveis e por Câmara. A expressão do artigo 177, IV, "nos termos da lei vigente" foi assim entendida.

Desde logo se esclarece outra coisa: os inativos, impetrantes, percebem o que o ativo recebe no mesmo cargo, mas em face da Lei 1.690 e da interpretação que dada ao artigo 177, IV, atualmente estão ganhando mais do que os da ativa no mesmo cargo, porque os aumentos que vieram sendo dados depois da sua aposentadoria nunca sofreram qualquer desconto, tomando-se em conta o que tinham recebido de aumento do INPS. Assim, por exemplo, ao se aposentarem percebiam Cr$ 1.000,00 pelo Instituto e Cr$ 200,00 pelo Estado, porque os vencimentos do cargo seriam de Cr$ 1.200,00. Assim, para que continuassem recebendo Cr$ 1.200,00 o Estado pagava Cr$ 200,00, porque o INPS só pagaria Cr$ 1.000,00; e num aumento concedido ao mesmo cargo, de Cr$ 300,00, o da ativa passava de Cr$ 1.200,00 para Cr$ 1.500,00, daí que o inativo porque intocável a parcela do INPS, ficaria na seguinte situação: Cr$ 1.200,00, que foi com o que se aposentou, e mais Cr$ 300,00, Cr$ 1.500,00. Mas se nesse período o INPS também aumentou sua aposentadoria, digamos, de Cr$ 1.000,00 para Cr$ 1.200,00, o inativo passaria a perceber Cr$ 1.200,00 pelo Instituto, mais Cr$ .... 500,00 pela autarquia, ou seja, os Cr$ 200,00 que já lhe pagava desde sua aposentação como parcela complementar e Cr$ 300,00 do aumento superveniente, resultando o total de Cr$ 1.700,00 e quanto o servidor em atividade de igual cargo, recebia Cr$ 1.500,00, porque o Estado assegurava o direito, na inatividade remunerada, à diferença, se houvesse, nos termos da lei vigente, ou seja, a lei 1.690, que o Estatuto teria respeitado não sofrendo qualquer redução, embora os proventos pagos pelo Instituto ou qualquer outro órgão fossem majorados. Quer dizer, a majoração pelo Instituto não interferia. Mas, agora, a lei 5.892 diz no artigo 5.º —: "O disposto na presente lei aplica-se aos "pensionistas do Tesouro do Estado, aos servidores es- "taduais à disposição da Rede Ferroviária Federal S. "A., na conformidade da legislação que lhes é própria "e, para efeito do cálculo de diferença de proventos "aos servidores públicos estaduais com regime previ- "denciário próprio, observados sempre os benefícios "que vêm sendo efetivamente pagos pelo INPS".

Ora, na aplicação desse dispositivo, o que fez a autoridade impetrada? Para estabelecer a diferença de proventos devida pela autarquia, passou a levar em conta o que o servidor inativo está recebendo do INPS. Indaga-se do INPS quanto paga ao aposentado para calcular a parcela completiva devida em razão da Lei Peracchi. Diz a autoridade impetrada estar apenas dando aplicação a essa lei. E, a meu sentir, é realmente o que está sendo feito. Vejo no ato impugnado conteúdo legal, pois emana da lei. Evidentemente emana da lei. Não é estranho a uma disposição legal. Portanto, é ato com conteúdo legal, tem apoio em lei.

Ninguém alega a inconstitucionalidade do artigo 5.º da Lei 5.892. Nem há possibilidade de argüir de inconstitucional o apontado dispositivo, para atender a pretensão dos impetrantes. E só se pode deixar de aplicar uma lei se ela for inconstitucional, se se decretar sua inconstitucionalidade. Então, como é que se pode deixar de aplicar esse dispositivo do artigo 5.º da Lei 5.892, sem decretar sua inconstitucionalidade? Não vejo, não encontro inconstitucionalidade. Feriu o direito adquirido? Não ressalvou o direito adquirido? Mas em matéria de vencimentos, em matéria de proventos, o Supremo tem reiteradamente proclamado isso: Não há princípio do direito adquirido para alguém continuar percebendo determinada vantagem em virtude de edição de uma nova lei a respeito. Não tem a proteção do direito adquirido. O direito está sempre vinculado às disposições estatutárias e aos efeitos da norma que regula proventos e vencimentos.

No julgado dos ferroviários há referência de que a portaria, que era então impugnada, teria ferido direito adquirido. Sim. A portaria era ilegal. Mas esse dispositivo será inconstitucional? A meu sentir não há como suscitar sua inconstitucionalidade do artigo 5.º da Lei 5.892.

Restaria a não incidência do artigo 5.º. Mas por que não incide? Não incide porque existe a Lei 1.690? Mas é lei posterior à n.º 1.690, vale dizer, derrogatória, desta, se incompatíveis. Tenho até minhas dúvidas sobre se a Lei n.º 1.690 realmente ficou respeitada pelo estatuto. Mas é matéria já discutida; e esse ponto já se proclamou que o Estatuto consagrou e não revogou a 1.690.

Mas, nesse dispositivo do art. 5.º da Lei n.º 5.892, não mudou o critério? Mudou. Podia mudar? Podia. E estabeleceu exatamente em conformidade com toda a legislação que vem disciplinando a situação de aposentadoria dos servidores da autarquia, do DEPRC.

Assim, Sr. Presidente, o meu voto, concluindo, é no sentido de negar provimento ao recurso. Parece-me que o mandado de segurança realmente não podia ser concedido e por essa razão fundamental: o ato impugnado tem conteúdo legal. Nenhum direito, a menos líquido e certo, vejo a prol dos impetrantes, para que a segurança impetrada possa ser concedida.

Tem apoio em lei o ato; emana da Lei; a Lei não é inconstitucional; a Lei tem incidência, dirige-se diretamente aos impetrantes. A forma de cálculo obedece exatamente ao que prescreve a Lei, ainda que contra ele manifestem sua inconformidade os impetrantes. A "Lei Peracchi" não é lei de dupla aposentadoria, é lei de critério de revisão de proventos, ampliando aquilo que o Estatuto estabelecia quanto à revisão de proventos."

IV — Desse modo, considerados os apropriados e vigorosos argumentos aí contidos, por ocioso teríamos persistir em indagações maiores, porquanto, com base neles, se nos evidencia de todo legal o ato do Senhor Diretor-Presidente da CRM e, por isso, resta-nos apenas concluir pela improcedência do pretendido.

Ressalte-se, entretanto, que se quantias foram descontadas dos proventos do aludido servidor, anteriormente à Lei n.º 5.892 e com base na Portaria fulminada de ilegal, devem, todas, lhe serem devolvidas, porque, insubsistente o ato por contrário à lei, reconhecido resultou o restabelecimento de seu direito.

É o parecer "sub censura".

Porto Alegre, 7 de junho de 1973.

Adaury Pinto Filippi
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2377/CGE

VEREADOR. IMUNIDADES.
É inconstitucional projeto de emenda à Carta Política do Estado visando à outorga de garantias dessa ordem aos vereadores, seja em relação à imunidade propriamente dita, ou à inviolabilidade.

Consulta o Deputado Estadual U. M. sobre a constitucionalidade de projeto de Emenda Constitucional que, acrescentando um parágrafo no texto do art. 153, da vigente Carta Política Estadual, visa a assegurar aos vereadores a inviolabilidade no exercício de seu mandato. O referido projeto tem a seguinte redação:

> "Os vereadores são invioláveis, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo nos casos de injúria, difamação ou calúnia, ou nos previstos na Lei de Segurança Nacional."

A matéria, com efeito, embora não expressamente ventilada nos textos constitucionais federal e estadual, ora em vigor, tocantemente à esfera municipal, já foi, todavia, amplamente debatida nos altos Pretórios da Nação. E as conclusões a que têm chegado os julgados das nossas Cortes são no sentido da sua inconstitucionalidade. Assim, apesar de as anteriores Constituições do Estado, tanto a de 1947 como a de 1967, terem consagrado disposição nesse sentido — como se vê de seus arts. 151, parágrafo único, e 155, respectivamente, — é forçoso reconhecer, entretanto, que exorbitaram elas de sua competência neste particular. Os diversos Tribunais do País que apreciaram assunto dessa ordem foram uníssonos na afirmação dessa inconstitucionalidade. De modo especial, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O primeiro teve ensejo, inclusive, de examinar caso concreto, esteiado em disposição constitucional do Estado do Paraná, idêntica à do projeto ora em debate, e ambos esses Tribunais já se pronunciaram acerca da Lei n.º 1, de 18/9/1947, do Estado de São Paulo — Lei Orgânica dos Municípios —, na qual também se consagrara semelhante princípio, qual o constante de seu art. 28, **verbis:**

> "Art. 28 — Os vereadores, dentro do território do município, são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos.

Parágrafo único — A prisão em flagrante será incontinenti comunicada ao Presidente da Câmara, e o respectivo auto ser-lhe-á enviado, a fim de que decida quanto à prisão, e autorize ou denegue a formação da culpa."

Entendeu a Suprema Corte, por ocasião do julgamento do caso referido, consoante sua ementa, que:

"— A Constituição Federal mudou a posição do município, em nosso regime, tratando-o no mesmo plano em que figuram os Estados, para lhe assegurar garantias orgânicas e financeiras de autonomia que antes não tinha, pelo menos por cláusulas expressas.

— Os deputados estaduais gozam de imunidades; a eles se estende a inviolabilidade assegurada aos congressistas federais.

— No sistema federativo existe um Estado maior, e soberano, e Estados menores, que não são soberanos, mas politicamente autônomos. São manifestações dessa autonomia política o exercício dos poderes remanescentes, do Poder Judiciário e do Poder Constituinte.

— As assembléias legislativas são o Poder Legislativo dos Estados, poder que, para se mover com independência em face dos outros dois, precisa gozar das garantias de inviolabilidade e irresponsabilidade penal dos seus membros componentes. Já as câmaras municipais legislam nos assuntos da órbita do município, mas não exercem o Poder Legislativo, no sentido constitucional.

— Não basta a analogia da função deliberante municipal com a função legislativa federal e estadual para que se admita a extensão das imunidades parlamentares aos legisladores municipais. As imunidades constituem um privilégio que não pode ser estendido sem base segura na Constituição Federal, pois manietam, em relação a certas pessoas, a ação policial do Estado e a ação repressiva da Justiça, obstando a aplicação das leis penais.

— Não está no alcance dos Estados adotar, no funcionamento dos poderes, outras restrições além das previstas no texto federal para o mecanismo dos poderes da União. Não é permitido ao Poder Constituinte estadual assegurar imunidades a vereadores, criando uma

situação de dependência do Executivo e do Judiciário em face das câmaras municipais. Os poderes do Estado são independentes e harmônicos entre si, por limitações expressamente previstas e que não podem ir além do jogo dos três poderes.

— A regra da responsabilidade de cada um pelos atos que praticar não pode comportar exceções ampliáveis por analogia, transformando-se em manto de impunidade para alguns milhares de cidadãos membros das câmaras municipais." (in "Revista Forense", vol. 120, ed. 1958, pág. 213)

E o Tribunal de Justiça de São Paulo sobre a Lei Orgânica em questão:

"VEREADOR — Imunidades — Inconstitucionalidade do art. 28 e parágrafo único da Lei Estadual n.º 1, de 1947, que as estabeleceu — Aplicação do art. 141, §§ 1.º e 4.º, da Constituição de 1946.

. . . . . .

A tradição do nosso direito constitucional, porém, é contrária à outorga de imunidades parlamentares aos membros das Câmaras Municipais, que não são "poder legislativo da União ou dos Estados", únicos aos quais a Constituição dá imunidades. (Constituição Federal de 1946, arts. 44, 45 e 213)

. . . . . .

"As municipalidades, diz o ilustre CASTRO NUNES, "são corporações administrativas, porque lhes falta o "poder legiferante. As leis são do Estado e a elas está "subordinado o Município, como qualquer pessoa de di-"reito comum. Sendo, porém, corporações instituídas "para fins de governo, reconhece-lhes a lei o poder de "expedir ordenanças ou regulamentos locais — "power "to enact by law" — função puramente administrativa, "que só por impropriedade técnica se costuma chamar "de legislativa." ("Do Estado Federado e sua Organização Municipal", pág. 151; v. também págs. 55, 127, 135, 178 — ac. 4.976, de 10/5/919, do Supremo Tribunal Federal, publicado no "Diário Oficial" de 21/8/919)

Por isto mesmo, vereador não é congressista, não é parlamentar, não é legislador.

. . . . . .

Os deputados estaduais têm imunidades, sem disposição expressa da Constituição Federal, porque são membros de um "poder legislativo", moldado pelo poder federal; são equiparados aos membros do Congresso Nacional, aos representantes da Nação (V. CARLOS MAXIMILIANO, "Constituição", p. 362 e n.º 263-A; MILTON, "Constituição do Brasil", pág. 91; VIVEIROS DE CASTRO, na "Revista de Direito", 39/618; "Revista de Direito", 34/93, 35/589). Constitui a imunidade uma exceção ao regime de igualdade, estabelecido pela Constituinte, como pondera CARLOS MAXIMILIANO, que somente a uma assembléia como esta compete instituir ("Comentários à Constituição Federal", pág. 362 da 3.ª ed.). Derroga o Código Penal, o Código do Processo Penal e a Lei das Contravenções Penais, assim como a própria Constituição, na parte relativa à igualdade de todos perante a lei. Só mediante disposição manifesta se poderia tolerar a prerrogativa pretendida pelo paciente."

. . . . . .

(Voto do Desembargador H. DA SILVA LIMA, in "Revista dos Tribunais". vol. 177, ed. 1949, pp. 41, 43 e 44)

E o Supremo, ainda sobre a mesma Lei:

"VEREADOR — Imunidade — Processo Criminal — Inexistência.

O vereador municipal não goza de imunidade para não ser processado independentemente de licença de sua Câmara. (**Habeas corpus** n.º 31.472-SP — J. em 3/1/51 — Acórdão unânime — Relator Ministro JOSÉ LINHARES — DJU de 23/2/53, p. 666)." ("Revista dos Tribunais", vol. 220, pág. 547)

Nessa linha de entendimento existem inúmeros outros julgados. como os que se vêem da Revista dos Tribunais, volumes 174/511 e 180/46.

Na doutrina, o autor ANTONIO TITO COSTA, em sua obra "O Vereador e a Câmara Municipal", admitindo a inconstitucionalidade declarada pelos Tribunais quanto à inviolabilidade do vereador, sustenta, porém, estar esse edil excluído de imputabilidade, pelos crimes de injúria e difamação, por força do preceito do art. 142, III, do Código Penal, que reza: "Não constitui injúria ou difamação punível o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento do dever de ofício." Para tanto, busca nas disposições do art. 327 do mesmo Código a equiparação do vereador ao funcionário público. Tal entendimento, no entanto, tem sido proclamado com restrições pelos Tribunais, que admitem a inimputabilidade, não, porém, quando tais crimes se praticam da tribuna da câmara, ou por formas que ensejam a publicidade.

Veja-se a respeito o acórdão publicado na Revista dos Tribunais, vol. 378, ed. 1967, pág. 210, **verbis**:

"(...) Já foi decidido, na espécie: "É discutível a aplicação extensiva, de forma absoluta, aos vereadores, da "imunidade penal conferida pela lei ao funcionário público. O vereador não goza de imunidades parlamentares conferidas aos deputados e senadores pelo art. 45, "parágrafo único, da Constituição Federal, como condição precípua da independência dos Poderes consagrados no art. 36." E mais: "O vereador não goza das "imunidades parlamentares conferidas aos deputados e "senadores pelo art. 45, parágrafo único, da Constituição Federal. Responde, portanto, criminalmente, pelos "conceitos injuriosos que emite da tribuna da Câmara" "("Revista dos Tribunais", vs. 303/368 e 348/268)." "Dispõe o Código Penal que não constituem injúria ou "difamação punível "o conceito desfavorável emitido "por funcionário público, em apreciação ou informação "que presta no cumprimento de dever de ofício", respondendo pela falta quem dá, a isso, publicidade (art. 142, n.º III, e parágrafo único).

Ora, a publicidade é inerente à ação do vereador, quando, da tribuna da Câmara, e, portanto, já de público, emite conceitos que importem na atribuição a alguém da prática dos delitos referidos sendo certo que, no geral, tais atos são ainda publicados pela imprensa, sem restrições. A situação, assim, não se equipara à do funcionário público que, por escrito e em processo administrativo, age com o intuito de encaminhar à solução superior matéria sob seu conhecimento reservado."

O certo, pois, é que todas as tentativas feitas nos diversos Legislativos do País no sentido de conceder imunidades aos ve-

readores, tomado esse termo no seu sentido mais genérico, têm sido invariavelmente condenadas nos Tribunais.

Com os argumentos supra, opinamos pela inconstitucionalidade do aludido projeto, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 4 de julho de 1973.

Paulo Germano João
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2333/CGE

LICENÇA LACTANTE. A funcionária em acúmulo deve ser considerada, para efeitos da vantagem da Lei n.º 2.749 de 1.º/12/1955, como pessoa distinta em cada uma das posições funcionais ocupadas. A circunstância de ser ou não "regime de trabalho de dois turnos" o cumprido pela funcionária, há de ser verificada em cada uma das posições funcionais, isoladamente.

R. M. M. C., ocupante interina de dois cargos de Professor do Ensino Médio II, Desenho, com exercício, respectivamente, no Instituto Piratini e Colégio Agrícola Daniel de Oliveira Paiva, requer a licença prevista no art. 1.º da Lei n.º 2.749 de 1.º de dezembro de 1955, e diz que, no caso de lhe ser concedida a vantagem, "opta pelo colégio Agrícola Daniel de Oliveira Paiva." (cf. requerimento, fls. 2)

O Senhor Coordenador da Unidade de Assessoria Jurídica opina pelo deferimento do pedido e, submetido o expediente ao Senhor Secretário, esse profere o seguinte despacho:

> "Dada a urgência que se impõe à solução deste caso, aprovo temporariamente a promoção acima.
> Comunique-se à Direção do Estabelecimento através da SUA e após encaminhe-se o expediente à Consultoria-Geral do Estado para, emitindo parecer, fixar jurisprudência administrativa caso ainda não haja." (cf. fls. 7 v.)

E, então, o exepediente é remetido a esta Consultoria-Geral para emissão de parecer.

É o relatório.

2. Dispõe a Lei n.º 2.749 de 1.º/12/1955, onde a requerente funda o seu pedido:

> "Art. 1.º — É assegurado à funcionária pública lactente o direito de comparecer, sem qualquer prejuízo, ao expediente de sua repartição apenas três horas consecutivas, por dia, durante os três meses imediatamente seguintes ao término da licença já assegurada em lei à gestante.
> Art. 1.º — § 1.º — No caso da repartição respectiva adotar o regime de trabalho em dois turnos, a servidora ficará dispensada da comparência a um deles, à sua livre escolha, o que indicará no requerimento em que solicitar o benefício previsto nesta lei".

3. Assim, conforme se pode verificar, comunicando a peticionária em seu requerimento que, no caso de lhe ser concedida a vantagem, "opta pelo Colégio Agrícola Daniel de Oliveira Paiva", parece inquestionável que, com a vantagem, quiçá por aplicação do art. 1.º, § 1.º, da Lei n.º 2.749, pretende ela ver-se dispensada do exercício do cargo com lotação no Instituto Piratini.

Eis, pois, a questão do parecer : é possível estender-se a vantagem da Lei n.º 2.749, nos termos em que está posta no § 1.º do art. 1.º desse Diploma, a funcionária que trabalha mais de um turno em razão do exercício cumulativo de posições funcionais e não porque seja de dois turnos o regime de trabalho adotado em sua repartição?

4. Tem entendido a pacífica jurisprudência administrativa que o funcionário em acúmulo deve ser considerado como pessoa distinta em cada uma das posições funcionais por ele ocupadas.

Neste sentido, por exemplo, o antigo Conselho do Serviço Público:

> "Segundo pronunciamentos anteriores deste Órgão (Pareceres n.ºs 4461, de 5 de julho de 1961, e 6.182, de 18 de janeiro de 1965), o professor que acumula, ou que pretende acumular, deve ser considerado, frente à Administração, como duas pessoas distintas, devendo, assim, preencher, em cada posição, as exigências ou os requisitos postos em lei para a consecução dos direitos, garantias ou vantagens atinentes às mesmas, não sendo possível transferir tais condi-

ções de um cargo para outro, a fim de alcançar num, vantagem que não pode auferir no outro". (Parecer 7.465, relator JOÃO PETERSEN JUNIOR, D.O. 20.5.1968)

"A matéria em seu aspecto nuclear já foi objeto de acurado exame por este órgão colegiado, que se pronunciou a respeito através do parecer n.º 4441/61, do qual foi relator o Conselheiro JOÃO LEITÃO DE ABREU e que mereceu a aprovação do Senhor Governador do Estado. Ali se sustentou, em síntese, que o funcionário que acumula, ou pretende acumular, deve ser considerado frente à Administração, com duas pessoas distintas, devendo, de conseqüência, preencher, simultaneamente, as exigências dos dois cargos do qual é detentor ou pretendente". (Parecer 6.182/65, Relator HELIO HAUSEN, D.O. 29.1.1965)

"É princípio constitucional a vedação do exercício cumulativo de cargos públicos. Abre-se exceção a essa regra, quando se tratar de dois cargos de magistério ou de um de magistério e outro técnico científico, desde que haja entre esses cargos correlação de matéria e ao seu desempenho não se oponha conflito de horário. O normal, visto que corresponde à regra é, possuir o servidor público um só cargo. Poder-se-á dizer, então, para utilizar-se expressão em voga, que o funcionário está realizado. Se pretende ele, entretanto, investir-se em outro cargo, utilizando-se para isso da permissão constitucional, não poderá invocar situação adquirida como titular do cargo onde se acha investido. Cumpre se tenha o provimento ulterior como investidura inteiramente nova, exigindo-se do candidato já funcionário o preenchimento dos mesmos requisitos que se reclamam do candidato ainda não admitido ao quadro do serviço público." (cf. Parecer n.º 4441, relator JOÃO LEITÃO DE ABREU, D.O. 5.7.1961)

5. Dessa forma, se o funcionário em acúmulo é de ser considerado eomo pessoa distinta em cada uma das posições funcionais por ele ocupadas, é evidente que, por aplicação deste princípio, a funcionária lactante ocupante de mais de uma posição funcional há de fazer jus à vantagem da Lei n.º 2.749 como se fora, em cada uma das posições ocupadas pessoa distinta, daí decorrendo, pois, que, para os efeitos da incidência do § 1.º do art. 1.º da

Lei n.º 2.749, a circunstância de ser ou não de mais de um turno o seu regime de trabalho, há de ser verificada **em cada uma das posições funcionais isoladamente.** Assim, por exemplo, se o regime de trabalho em cada uma das posições é de um só turno, a vantagem a que a funcionária fará jus será a de, nos termos do art. 1.º "caput", da Lei n.º 2.749, comparecer, **em cada posição funcional**, apenas três horas consecutivas por dia; se, no entanto, o regime de trabalho em uma das posições for de mais de um turno, então sim, nessa posição — mas, note-se, **tão só nessa posição** — a funcionária fará jus a optar pelo comparecimento a um só turno, devendo, no entanto, continuar trabalhando na outra posição, onde, por força do art. 1.º da Lei n.º 2.749, poderá comparecer apenas três horas consecutivas por dia. Em suma: o relevante é que, em cada posição, a funcionária seja tomada como se pessoa distinta fosse.

Na verdade, outra não pode ser a conclusão.

Em primeiro porque, sendo a acumulação situação excepcional na Administração, não é de ser tida, à míngua de disposição expressa, como abarcada pelo § 1.º do art. 1.º da Lei n.º 2.749.

Em segundo porque, numa clara demonstração de que o "regime de trabalho em dois turnos" a que se refere o § 1.º do art. 1.º da Lei n.º 2.749 não decorre do exercício cumulativo de posições funcionais, faz-se alusão expressa naquele dispositivo a que tal regime seja **o adotado na respectiva repartição** ("verbis": "No caso da repartição respectiva adotar o regime de trabalho em dois turnos"), daí decorrendo, pois, que diz ele com a forma de desdobramento de trabalho em uma única e tão só posição funcional.

Em terceiro porque, entender-se de modo contrário, ou seja, entender-se que o regime de trabalho em dois turnos a que se refere o § 1.º do art. 1.º da Lei n.º 2.749 pode resultar do exercício cumulativo de posições funcionais, haveria de descaracterizar totalmente a vantagem ali prevista, eis que, consistindo ela apenas e tão somente em **redução de horário**, propiciaria à funcionária um afastamento total de uma das posições funcionais, numa esdrúxula e sem sentido repetição da licença de gestante.

Assim, por todo o exposto, ENTENDO que, para efeitos da aplicação das regras da Lei n.º 2.749 de 1.º/12/1955, a funcionária em acúmulo deve ser considerada como pessoa distinta em cada uma das posições funcionais ocupadas, daí decorrendo que, no exame da incidência do art. 1.º, § 1.º, daquele Diploma, a circunstância de ser ou não "regime de trabalho de dois turnos" o cum-

prido pela funcionária, há de ser verificada em cada uma das posições funcionais isoladamente, nos termos do exemplificado no item 5.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 23 de abril de 1973
Caio Martins Leal
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2345/CGE

CÂMARA DE VEREADORES. COMPETÊNCIA.

A iniciativa de leis que disponham sobre a criação, modificação ou extinção dos serviços, bem como o aumento de vencimentos do pessoal da Câmara, é exclusiva deste Órgão.

O Presidente da Câmara de Vereadores do Município de Torres dirige-se a esta Consultoria-Geral e solicita pronunciamento urgente sobre lei de iniciativa do Legislativo Municipal, de abril do corrente ano, que altera de 4 para 8 o padrão correspondente ao cargo de Diretor da Secretaria da Câmara.

Informa que, remetida a lei à sanção do Executivo, foi a mesma vetada com fundamento no que estabelecem os Atos Complementares nºs. 15 e 28, respectivamente, de 15 de julho de 1966 e 13 de dezembro de 1966, e o inciso I, do art. 54, da Lei Orgânica Municipal.

Junta ao expediente cópias das razões do veto e da lei a ser examinada.

É o relatório.

2. As Câmaras Municipais necessitam de serviços administrativos auxiliares e, por isso, contam com funcionários próprios.

Embora esses funcionários tenham como sua mais alta autoridade hierárquica o Presidente da Câmara, estão sujeitos ao mesmo Estatuto dos Funcionários da Prefeitura, pois que são servidores do Município.

Na espécie, o cargo que teve o padrão alterado é ocupado por funcionário do Legislativo Municipal, daí a competência da Câmara para alterar o seu padrão, a qual, através de seu Presidente, tem o poder discricionário para a prática dos atos

administrativos da sua conveniência e escolha da sua oportunidade, assim como, também, o Órgão Legislativo o poder exclusivo para a iniciativa das leis que criam, modificam ou extinguem o seu serviço.

Ensina HELY LOPES MEIRELLES, **in** "Direito Municipal Brasileiro", edição de 1964, volume II, página 640:

> "Todo serviço da Câmara deve ser criado, modificado ou extinto por lei de sua iniciativa, mas dependente sempre da sanção do Prefeito, como qualquer outra norma legislativa. Essa participação do Executivo justifica-se em razão dos encargos financeiros que tais serviços lhe acarretam, exigindo, por isso mesmo, a sua manifestação da sanção ou veto da lei que os instituir ou modificar".

Verifica-se, assim, que a iniciativa da lei em exame é da competência da Câmara, como aconteceu.

3. Entretanto, a lei foi vetada pelo Executivo com fundamento nos Atos Complementares de nºs. 15 e 28, de 1966, que deixaram de viger com a promulgação da Constituição Federal de 1967, e no inciso I, do art. 54, da Lei Orgânica Municipal, que dispõe:

> "Art. 54 — Compete privativamente ao Prefeito:
> I — a iniciativa das leis orçamentárias e das que criem e aumentem a despesa ou diminuam a receita; (...)"

No caso, não há que se falar em aumento de despesa como restrição. Se a Câmara aumentou o padrão de um cargo o fez com as verbas que lhe são próprias. Quando não houver verba ou for insuficiente a existente nessa rubrica, valer-se-á o Órgão da abertura de crédito suplementar, indicando os recursos correspondentes, buscados nas verbas que lhe são próprias.

Daí, conclui-se que as razões do veto aposto não encontram amparo legal.

4. Porém um aspecto deve ser apreciado da lei **sub examine**, que silencia a respeito dos recursos necessários ao atendimento da despesa criada.

Sabe-se que o Orçamento é também um instrumento de controle e coordenação nas relações entre Executivo e Legisla-

tivo. A observância da limitação dos gastos aos recursos disponíveis é princípio que norteia o caráter da administração financeira.

Quando a Constituição determina que "a despesa pública obedecerá à lei orçamentária anual" (art. 60), impõe que os gastos assentem nos recursos previstos e disponíveis.

Ora, se a lei de iniciativa do Legislativo que altera os padrões do cargo para elevá-lo não indicar os recursos de atendimento à majoração feita, não terá o Executivo o elemento principal com que aferir de sua repercussão nos recursos orçamentários próprios do Legislativo para, com conhecimento de causa, apor sua sanção.

5. É de considerar, também, que

> "Os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo, para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas". (Constituição Federal, art. 98)

É o parecer.

Porto Alegre, 25 de maio de 1973.

José Carlos Torres Miller
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2361/CGE.

SERVIDORES DO IRGA.
Atividade ligada à lavoura do arroz. Alcance e sentido da expressão. Efeitos do seu exercício.
A prática da atividade ligada à lavoura de arroz determinará a demissão a bem do serviço, do funcionário e a cassação da aposentadoria, se anterior à inativação.
CONSELHO DELIBERATIVO.
Pressupostos de representação dos integrantes.

Submete o Senhor Presidente do Instituto Rio Grandense do Arroz, ao exame e pronunciamento desta Consultoria-Geral,

matéria que versa sobre a extensão e a aplicabilidade do artigo 153, II, do Regulamento dos Servidores do IRGA e que encerra a proibição de comerciar ou exercer atividade vinculada à lavoura do arroz, assim como a participação em sociedades comerciais ou agrícolas, exceto na qualidade de acionista, quotista ou comanditário, cominando aos servidores que infringirem a regra legal acima exarada pena de demissão a bem do serviço público.

2. Embasa a solicitação retro da Presidência do IRGA, instruindo "dossier" que evidencia a situação funcional do Engenheiro Agrônomo A. P., servidor aposentado da autarquia e que em período coincidente com sua inatividade se encontrava inscrito no órgão citado como Produtor e exercia atividade vinculada à lavoura do arroz.

3. Esclarece, ainda, a fls. 2, ofício GP 34/419/73, oriundo do Gabinete da Presidência da autarquia, que, "em 8 de abril de 1973, realizaram-se eleições para formar a representação dos municípios que, por direitos adquiridos, integram o Conselho Deliberativo do Instituto Rio-Grandense do Arroz. Naquela oportunidade, quando foram eleitos Conselheiro e Suplentes do referido Conselho, dentre os Produtores de Arroz devidamente inscritos como tal na seção de Taxas destas Autarquia, e que estejam em plena atividade de plantio de lavoura de arroz, registrou-se a eleição, pelo município de Cacequi, para Conselheiro do Engenheiro Agrônomo A. P., servidor inativo desta Autarquia".

É o relatório.

4. De preliminar, duas questões jurídicas emergem da problemática apresentada no expediente e que se traduzem através de duas proposições básicas:

A) Servidor inativo do IRGA é destinatário das proibições estabelecidas no artigo 153 do Regulamento de seus servidores.

B) Servidor inativo do IRGA pode exercer mandato no Conselho Deliberativo da Autarquia.

5. Em princípio, cumpre, antes de passar ao exame dos dispositivos legais que regem a espécie, delimitar, conceitualmente, o que se entende por lavoura, já que a norma regulamen-

tar do art. 153, II, se refere entre outras vedações, "a proibição de comerciar ou exercer atividade vinculada à lavoura do Arroz".

> "Lavora. Derivado do latim "laborare" (trabalhar, elaborar) entende-se a cultura ou amanho e plantação das terras, para que delas se tirem os produtos naturais necessários à vida do homem, neste sentido, então diz-se: lavoura de cereais, lavoura de café.
>
> A lavoura compreende o preparo ou amanho das terras, a semeadura ou plantação e a colheita. E tais serviços, ditos trabalhos de lavoura, podem ser manuais ou mecânicos.
>
> Na ordem econômica, é a lavoura incluída entre a indústria extrativa, na qual se capitula como agricultura". (De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, vol. III, pág. 916)

Por sua vez, o artigo 153, em seu inciso II, literalmente refere:

> "Art. 153 — É, ainda, proibido ao servidor:
>
> .....
>
> II — exercer função de direção ou gerência de empresas bancárias ou industriais ou ter sociedades comerciais, subvencionadas ou não pelo governo, bem como, ainda, **comerciar ou exercer atividade vinculada à lavoura de arroz**, ou de parte em sociedades comerciais ou agrícolas, exceto como acionista, quotista ou comanditário".

7. Verifica-se, assim, pela leitura do dispositivo legal transcrito e da interpretação do termo "lavoura" em seu conteúdo inserido, que o impeditivo regulamentar dos servidores do IRGA, ao qual é cominada a pena de demissão a bem do serviço público, atinge não só o comércio, mas o exercício de atividade vinculada à lavoura do arroz, atividade esta que se refere a qualquer um dos momentos relativos ao plantio, semeadura e colheita daquele produto, contendo proibição ampla, de caráter moral e funcional, a todos os servidores do IRGA, atingindo, mesmo, aos aposentados ou em disponibilidade, quando ficar provado, em processo, que o servidor praticou quaisquer dos atos para os quais é cominada a pena máxima.

8. Nesse sentido, A. A. CONTREIRAS DE CARVALHO escreve que:

> "Guardando certa analogia com os deveres, (...) as proibições destes se distinguem não somente pela feição mais grave de que se revestem os atos sobre os quais incidem, como, também, pela natureza das sanções impostas aos servidores públicos em conseqüência de sua transgressão.
>
> Fundando-se, em especial, em razões de ordem moral e funcional, as proibições visam obstar aquelas atividades dos servidores públicos que, ainda que exercidas fora do âmbito do serviço público, possam atingir a dignidade do cargo ou da função e o bom nome da administração". (Estatuto dos Funcionários Públicos Interpretado, vol. II, pág. 109)

9. De outra parte, os artigos 170 e 166 do Regulamento dos Servidores do IRGA, aprovado através da Resolução de n.º 3/56, conduzem a confirmação da orientação precitada ao dispor, "verbis":

> "Art. 170 — **Será cassada**, por ato do Presidente, **a aposentadoria** ou a disponibilidade, **se ficar provado, em processo, que o aposentado ou o servidor em disponibilidade:**
>
> I — **praticou, quando em atividade, qualquer dos atos para os quais é cominada pena de demissão a bem do serviço**. (grifei)
>
> Art. 166 — Será aplicada a pena de demissão a bem do serviço ao servidor que:
>
> .....
>
> X — violar as proibições consignadas no artigo 153"

10. A "contrario sensu", pode-se, então, afirmar que a vedação de exercer atividade vinculada à lavoura do arroz atinge somente o servidor em atividade, não constituindo o servidor inativo destinatário, por via direta, da norma proibitiva, pois, pela aposentadoria, o servidor desinveste-se de seu cargo e percebe do Estado o que impropriamente se chama de "pensão vitalícia", caracterizando, por esse ato, situação permanente de inatividade remunerada por serviços prestados.

Essa faculdade, porém, não implica em que possa o servidor inativo realizar contratos de natureza comercial ou industrial com o governo, em nome próprio ou como representante de terceiros, posto que esta hipótese, — que enseja a cassação da aposentadoria segundo o artigo 170, inciso III, do Regulamento dos Servidores do IRGA —, será relevante para esse efeito, mesmo que ocorra durante a inatividade, pois no inciso mencionado não há a ressalva relativa à prática do ato, quando em atividade o servidor.

11. Apontada, em tese, a "solutio juris" para a solicitação da Presidência do IRGA, quanto à primeira proposição — possibilidade de o servidor inativo exercer atividade vinculada à lavoura de arroz — cumpre, agora, individuar a situação funcional do servidor inativo, Engenheiro Agrônomo A. P., para, através do confronto dos fatos relacionados no processo, — exercício de atividade vinculada à lavoura de arroz quando integrava o Quadro de Servidores ativos do IRGA, — com os dispositivos legais referentes à espécie, estabelecer a solução jurídica condizente com sua peculiar posição funcional.

12. Evidenciado se acha, com clareza, a fls. 17 do expediente, a inscrição do servidor "sub examine" como Produtor de Arroz na Seção de Taxas do IRGA, desde 1960 o que pressupõe o desempenho regular de atividade vinculada à lavoura daquele produto nos municípios abaixo discriminados:

OSÓRIO: inscrição n.º 4768, de 21.09.60.
VIAMÃO: inscrição n.º 7316, de 26.01.65.
PORTO ALEGRE: inscrição n.º 7774, de 24.02.67.
ROSÁRIO DO SUL: inscrição n.º 8345, de 20.02.70.
CACEQUI: inscrição n.º 8953, de 24.06.72.

13. Confrontando o período em que as inscrições foram efetuadas, todas em plena vigência, com a data do ato de aposentadoria do Engenheiro Agrônomo A. P. — 19 de janeiro de 1972 —inativado com base no artigo 197, letra C, da Constituição do Brasil, de 1967, alterada através de Emenda Constitucional n.º 1, de outubro de 1969, que assegura ao civil ex-combatente da Segunda Guerra Mundial proventos integrais aos vinte e cinco anos de serviço —, verifica-se, plenamente, o exercício da atividade vinculada à lavoura de arroz em período anterior ao de sua aposentação, infringindo, dessa forma, frontalmente, as proibições impostas pelo IRGA a seus

servidores e sujeitando-se, de conseguinte, às penalidades administrativas assinaladas no artigo 170 do Regulamento dos servidores daquela autarquia.

14. A causa, ou seja, o exercício da atividade vinculada à lavoura de arroz, quando servidor ativo, constitui, pois, em fundamento legal para imposição da penalidade cominada no artigo 170, I, do Regulamento dos Servidores do IRGA — CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA — por ato da Presidência da citada autarquia, uma vez reafirmada, através do processo administrativo regular, a evidência material dos fatos infringentes e inseridos no expediente.

15. Questão complementar e que envolve a solução da segunda proposição enunciada no processo — possibilidade de servidor inativo do IRGA exercer o mandato de Conselheiro, no Conselho Deliberativo da mesma autarquia, remete não só a problemas de ordem regulamentar mas de lógica material e que conduzem à orientação abaixo desenvolvida.

16. A Lei n.º 533, de 31 de dezembro de 1968, que reorganiza o Instituto Rio-Grandense do Arroz, ao definir, através dos artigos 5.º, 6.º e 7.º, seus órgãos de administração, destaca "verbis":

> "Art. 5.º — São órgãos da administração do IRGA:
>
> a) Diretoria
> b) O Conselho Deliberativo
> c) O Conselho Fiscal.
>
> Art. 6.º — A Diretoria se compõe de um Presidente de livre nomeação e demissão do Governador do Estado, e de três Diretores, um administrativo, um comercial e um técnico-agrícola, eleitos em listas tríplices, pelo Conselho Deliberativo e nomeados pelo Governador do Estado.
>
> Parágrafo único — **Os membros da Diretoria poderão ser titulares de cargos permanentes do IRGA:**
>
> Art. 7.º — O Conselho Deliberativo se compõe de tantos representantes dos orizicultores quantos sejam os municípios que produzam, anualmente pelo menos 200.000 sacos de 50 quilos de arroz em casca,

e de quatro representantes do Comércio e Indústria do Arroz, indicados pela Federação das Associações Comerciais do Rio Grande do Sul.

§ 1.º — A escolha dos representantes dos municípios se procederá por eleição local, presidida por um representante do Instituto, entre os produtores inscritos no IRGA, que mantenham lavoura no lugar".

17. A leitura das regras legais já escritas conduz ao raciocínio de que os membros da Diretoria poderão ser escolhidos entre titulares de cargos permanentes do IRGA, e que o Conselho Deliberativo será integrado por representantes dos orizicultores escolhidos dentre os produtores de arroz inscritos no IRGA e que mantenham lavoura no lugar.

Não cogita, assim, o artigo 7.º, que trata da composição do Conselho Deliberativo, da possibilidade do exercício daquelas funções por servidores da autarquia, como o fez no artigo 6.º, ao tratar da Diretoria, pela simples razão de que os servidores do IRGA, estando impedidos de exercer atividade vinculada à lavoura do arroz, necessariamente não poderiam ser representantes dos orizicultores e estar inscritos no seu Serviço de Taxas e manter lavoura no território do Estado.

18. Quanto aos servidores inativos, inexiste proibição legal de que exerçam o mandato de Conselheiro. Contudo, em nome dos princípios moralizadores da administração pública e, em especial, da própria administração do IRGA, e considerando-se, ainda, o pressuposto de que deva prevalecer isenção subjetiva nas deliberações daquele órgão, recomendável seria que a restrição estivesse consignada em lei. O Conselheiro, no exercício de seu mandato, entre outras atividades, tem ingerência na eleição dos membros da Diretoria e Conselho Fiscal, fixação de vencimentos e gratificações da administração superior da autarquia e dos servidores em geral podendo, ainda, representar contra atos dos funcionários à Diretoria, e contra atos desta ao Governo do Estado, sendo, pois, compreensível que, na condição de servidor inativo e na qualidade de membro do Conselho, possa influir nas delibrações deste em proveito próprio.

É o parecer.

Porto Alegre, 11 de junho de 1973.

Ana Maria Landell de Moura
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2339/CGE.

PODER DE POLÍCIA — O Estado, por disposição expressa do parágrafo único do art. 8.º, da Constituição Federal, é competente para legislar supletivamente sobre normas gerais de desportos, sendo, em conseqüência, competente para exercer poder de polícia sobre atividades desportivas.

1. O Senhor Secretário da Segurança Pública solicita parecer desta Consultoria-Geral, esclarecendo quais as atribuições específicas do Departamento de Diversões Públicas, no que se refere à policiamento em estádios de futebol, em virtude de outras autoridades também exercerem ali suas funções.

2. A questão proposta pelo Senhor Secretário é das mais complexas, uma vez que, para o exercício do poder de polícia, há competências exclusivas e competências concorrentes das três entidades estatais.

Poder de polícia, na definição do Professor RUY CIRNE LIMA, é "toda restrição ou limitação coercitivamente posta pelo Estado à atividade ou propriedade privada, para efeito de tornar possível, dentro da ordem, o concorrente exercício de todas as atividades e a conservação perfeita de todas as propriedades privadas". (In Princípios de Direito Administrativo, pág. 107, ed. 1964)

O Estado no sentido amplo — União, Estado-membro e Município — exerce o poder de polícia sobre todas as atividades que afetam ou possam afetar a sociedade. Para esse policiamento, há competências exclusivas e competências concorrentes das três entidades estatais, dada a descentralização política e administrativa decorrente do nosso regime federativo.

Em princípio, tem competência para policiar a entidade que dispõe do poder de legislar sobre a matéria. Assim, os assuntos do interesse nacional ficam sujeitos à regulamentacão e policiamento da União. As matérias de interesse regional sujeitam-se às normas e a polícia estadual. E os assuntos de interesse local subordinam-se à legislação e aos regulamentos do Município e ao policiamento administrativo municipal.

3. No que se refere à desportos, dispõe a vigente Constituição Federal:

"Art. 8.º — Compete à União:

XVII — Legislar sobre·
q) — Diretrizes e bases da educação nacional, — normas gerais sobre desportos;"

E acrescenta no parágrafo único:

"A competência da União não exclui a dos Estados para legislar supletivamente sobre as matérias das alíneas c, d, e, n, q, e v do item XVII, respeitada a lei federal".

Assim, a competência que tem a União para legislar sobre desportos não exclui a do Estado-membro de legislar supletivamente sobre a mesma matéria. E sendo o Estado competente para legislar sobre esportes, é competente também para exercer poder de polícia sobre atividades desportivas, como decorrência do princípio de que tem competência para policiar a entidade que dispõe de poder para legislar sobre a matéria.

4. As bases de organização desportiva no território nacional têm sido objeto de legislação federal, que institui, para o correspondente poder de polícia, o Conselho Nacional de Desportos, Órgão do Ministério de Educação e Cultura, "destinado a orientar, fiscalizar e incentivar a prática dos desportos em todo o País". (art. 1.º, do decreto-lei federal n.º 3.199, de 14 de abril de 1941)

A existência dessa entidade, no entanto, não exclui a possibilidade de instituição, pelos Estados-membros e Municípios, de outras similares, com atribuições concorrentes, de âmbito regional ou local.

Pode, assim, a Administração Estadual exercer poder de polícia sobre as competições desportivas. Deve, porém, agir sempre com a máxima cautela a fim de não invadir áreas de competência exclusiva da União e de não exercer atribuições privativas de entidades federais.

5. No Rio Grande do Sul, o Decreto Estadual n.º 20.637, de 31 de outubro de 1970, que estabeleceu normas para o licenciamento, funcionamento e fiscalização de diversões públicas, dispõe:

"Art. 1.º — São considerados estabelecimentos de diversões públicas, todas as entidades que realizem espetáculos ou propiciem divertimento de qualquer natureza, com ou sem cobrança de entradas, em lugar público ou acessível ao público".

"Parágrafo único — Equiparam-se, para os efeitos deste Decreto, a lugar acessível ao público as sedes ou dependências de sociedades ou associações em geral".

Os estádios de futebol, embora não sejam referidos expressamente em nenhum dispositivo do aludido Decreto estadual n.º 20.637, de 31.10.1970, estão compreendidos no conceito de estabelecimento de diversões públicas e, como tal sujeitos à fiscalização do Departamento de Diversões Públicas.

Ficam, assim, como qualquer outro estabelecimento congênere, sujeitos à observância de todas as exigências impostas pelo Estado, exceto naquilo em que estejam subordinados à fiscalização de organismos federais.

6. Quanto às diferentes questões apresentadas pelo Senhor Diretor do Departamento de Diversões Públicas, é oportuno fazer algumas rápidas considerações.

Inicialmente entendo legítima a exigência prévia de alvará de licença para o funcionamento de um estádio de futebol, prevista pelo Decreto estadual, por não contrariar dispositivo de lei federal e não intervir em atividade própria de órgão da União.

Com efeito, diz o art. 4.º, do Decreto-lei federal n.º 5.342, de 25 de março de 1943, que dispõe sobre a competência do Conselho Nacional de Desportos e a disciplina das atividades desportivas, "verbis":

"Art. 4.º — Para que uma entidade desportiva possa funcionar, é necessário que tenha obtido licença por meio de alvará, expedido pelo Conselho Nacional de Desportos diretamente, ou pelos conselhos regionais, de acordo com as recomendações daquele. O alvará será renovado anualmente".

Esta exigência da lei federal, no entanto, não exclui o alvará de licença a ser fornecido pelo Departamento de Diversões Públicas, porque ambos têm finalidades diversas.

O alvará fornecido pelo Conselho Nacional de Desportos dá licença para o funcionamento da entidade desportiva, enquanto o do Estado autoriza o funcionamento do estádio, após ser feita a competente vistoria e constatado que apresenta condições de ser usado pelo público.

O Conselho Nacional de Desportos pode perfeitamente licenciar o funcionamento de um clube de futebol que não tenha estádio. O Esporte Clube Cruzeiro, por exemplo, não possui atualmente uma praça de esportes própria e, mesmo assim, precisa alvará do Conselho Nacional de Desportos autorizando o seu funcionamento como entidade e permitindo que participe de competições desportivas.

Não cabe ao Departamento de Diversões Públicas autorizar o funcionamento do clube, mas verificar, por exemplo, se no antigo Estádio dos Eucaliptos, utilizado pelo Cruzeiro, estão sendo cumpridas as exigências da legislação estadual no que se refere à largura de escadas ou rampas de acesso, disposições de cadeiras, grades das bilheterias, condições das arquibancadas, etc., de tal modo que possa ser utilizado com segurança pelo público.

São, assim, dois alvarás com finalidades distintas uma vez que o federal autoriza a constituição da entidade, enquanto o estadual tem em vista licenciar o funcionamento do estádio como estabelecimento de diversão pública, para oferecer segurança e comodidade aos espectadores.

7. Quanto à exigência da **taxa de segurança**, em relação a partidas de futebol com entradas pagas, criada pela Lei estadual n.º 5.405, de 22 de dezembro de 1966 e alterada pela Lei n.º 6.356, de 15 de outubro de 1971, esta Consultoria-Geral já firmou orientação no sentido de que é legítima a sua cobrança.

Com efeito, o Parecer n.º 923/DAJ, desta Consultoria, entendeu:

> "TAXA DE SEGURANÇA. Partidas de futebol profissional com entradas pagas. Legitimidade de sua cobrança. Exercício regular do poder de polícia". .....
> ..... "omissis" .....
>
> "Assim, de todo o exposto, ENTENDO que é legítima a cobrança da Taxa de Segurança criada pela Lei n.º 5.405, de 22 de dezembro de 1966, em relação a partidas de futebol profissional com entradas pagas, conforme tabela de incidências, item VIII, i, de vez que se configura aí o regular exercício pelo Estado de seu poder de polícia".

E não há qualquer reparo a fazer neste parecer, que foi aprovado pelo Senhor Governador, exprimindo assim a orientação adotada pela Administração Estadual.

8. No que se refere ao **controle de venda de ingressos**, para evitar que compareçam mais pessoas do que a capacidade do estádio comporta, entendo que falta competência ao Departamento de Diversões Públicas para punir a infração.

Muito embora o inciso III, do artigo 45, do referido Decreto estadual n.º 20.637, de 31.10.1970, recomende que os responsáveis pelos divertimentos públicos devem evitar que se faça a venda de ingressos excedendo a lotação da casa, não cabe ao Departamento de Diversões Públicas exercer poder de polícia em relação à atividade da Federação Gaúcha de Futebol, que efetua a venda de ingressos.

As federações de futebol são entidades previstas pelo Decreto-lei federal n.º 3.199, de 14 de abril de 1941, e filiadas à Confederação Brasileira de Desportos. Não podem, por isso, ficar sujeitas à fiscalização de organismos estaduais.

Assim, constando qualquer irregularidade praticada pela Federação, o Departamento de Diversões Públicas deve limitar-se a comunicar a ocorrência à Confederação Brasileira de Desportos ou ao Conselho Nacional de Desportos, para que sejam tomadas as medidas cabíveis.

9. Finalmente, com referência à fiscalização da venda de ingressos sem o seguro opcional, cabe fazer algumas considerações.

Informa o Senhor Diretor do Departamento de Diversões Públicas que a Federação Gaúcha de Futebol havia comunicado através da imprensa ser sua intenção estabelecer que os espectadores que desejassem adquirir o ingresso, sem o seguro opcional, deveriam assinar, na bilheteria, um termo que isentasse a Federação de qualquer responsabilidade por acidente ocorrido no estádio.

Inicialmente cabe esclarecer que esta modalidade não chegou a ser posta em prática e os espectadores podem se dirigir a qualquer bilheteria e adquirir o ingresso sem o seguro opcional, obtendo a respectiva redução no preço.

Apesar disso, é oportuno esclarecer que, muito embora o Departamento de Diversões Públicas não tenha competência para dizer da obrigatoriedade do seguro, por ser atribuição específica da Superintendência de Seguros Privados — SUSEP, pode a polícia estadual intervir quando na venda de ingressos houver qualquer perturbação da ordem pública.

A obrigatoriedade ou não do seguro, bem como o modo de proceder à sua cobrança, é matéria de lei federal e fiscalizada pela Superintendência de Seguros Privados — SUSEP. Mas

quando houver, na cobrança do prêmio, qualquer ameaça de perturbação à ordem pública, a polícia estadual tem o dever de intervir.

10. Diante de todo o exposto, conclui-se que o Estado, por disposição expressa no parágrafo único do art. 8.º da Constituição Federal tem competência para legislar supletivamente sobre normas gerais de desportos, tendo, em decorrência, competência para exercer poder de polícia sobre atividades desportivas.

Deve, porém, a Administração Estadual exercer o poder de polícia sobre desportos com a máxima cautela, a fim de não invadir área da competência privativa de órgãos federais.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 15 de maio de 1973.

Jorge Alberto Diehl Pires
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2338/CGE

CONTRATADOS. — COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA PREVIDENCIÁRIA. — LEI PERACCHI (LEI N.º 3.096/56).

— O Direito de obter a complementação de aposentadoria previdenciária, por parte do Estado, só é devido aos funcionários públicos civis **stricto sensu** e aos que lhes são assemelháveis (artigos 177, VI e 271 do Estatuto), aos servidores públicos autárquicos e ferroviários, e aos empregados do Departamento Estadual de Portos, Rios e Canais, não podendo ser deferido aos demais servidores públicos estaduais, nomeadamente aos contratados pela verba do Plano de Obras ou à conta dos créditos abertos pelo Programa Preliminar de Investimentos.

— Com o advento da Lei n.º 5.179/65, foi estendida a aplicação da Lei n.º 3.096/56, a todos os servidores públicos estaduais, inclusive aos interinos, contratados ou providos em cargos de confiança ou em comissão, não se incluindo aí os regidos pela CLT, que, à mingua de provimento legislativo, não fazem jus à complementação de aposentadoria, pelos cofres públicos.

1. Por requerimento dirigido ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, em 08 de abril de 1969, o Senhor A.B., servidor estadual, matrícula n.º 202.015, inativado pelo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), bastante representado por procurador regularmente constituído, solicita, com base no inciso VI do artigo 177 do Estatuto do Funcionário Público Estadual, que "lhe seja concedida a diferença pecuniária entre os proventos de sua aposentadoria pelo INPS e o que perceberia pelo Estado se por este se tivesse inativado, desde a data de sua aposentadoria até a presente e daqui para o futuro" (fls. 3). Da petição e do expediente, que teve longa tramitação, se fica sabendo que o requerente foi, pela primeira vez, aos 11 de junho de 1957, admitido no serviço público estadual, como empregado, para exercer as funções de motorista, das quais foi demitido, em 1.º de março de 1959, pela Ordem de Serviço Governamental n.º 5, de 12 de fevereiro de 1959. Havendo sido readmitido, em 14 de dezembro de 1960, pela verba do Programa Preliminar de Serviços e Investimentos Públicos, veio de prestar concurso, com vistas ao seu provimento efetivo no cargo, no qual concurso foi aprovado, seguindo-se a sua nomeação (Boletim n.º 195, de 09 de maio de 1966, da Divisão de Pessoal da Secretaria da Administração, publicado no Diário Oficial do Estado, edição do dia 11/05/1966). Por motivo de enfermidade, especificamente tuberculose pulmonar, não lhe foi dada, no entanto, a posse no cargo pleiteado, tornada sem efeito a sua nomeação (Boletim n.º 590/66, da Divisão de Pessoal da Secretaria da Administração, publicado no Diário Oficial do Estado, edição do dia 10/12/66). Mais ainda, foi o requerente aposentado por invalidez pelo Instituto Nacional de Previdência Social, no ano de 1967, percebendo na inatividade a quantia mensal de Cr$ 117,00 (cento e dezessete cruzeiros), na data de seu requerimento inicial, calculados os seus proventos à base do salário mínimo, como é de regra.

2. Em sua tramitação, foi o expediente ao Departamento Aeroviário do Estado, onde estivera lotado o requerente, o qual Departamento, a partir de informação de seu Consultor Jurídico, fez juntada do Parecer n.º 118-GAJ/CGE, de 11 de março de 1966,

desta Consultoria-Geral, da lavra do Consultor Jurídico CARLOS MARIA RUSCHEL, por entender que a matéria da presente espécie seria igual àquela já ali deslindada. De fato, tratava-se, lá como aqui, de um servidor público estadual contratado pelo Plano de Obras, e se entendeu então que o requerente, pela natureza de sua admissão, não gozava da proteção estatutária, regendo-se, única e exclusivamente, na relação empregatícia, pelas disposições da Consolidação das Leis do Trabalho, motivo pelo qual não fazia jus ao benefício pedido do inciso VI do artigo 177 da Lei Estadual n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952.

3. Ocorre que, na Assessoria Jurídica e Legislativa da Casa Civil, foi baixado o processo em diligência, para que ficasse esclarecido, entre outros itens, quais os descontos mensais que sofreram as remunerações percebidas pelo requerente, com explicitação do respectivo número de código. Verificou-se, então, que, além dos descontos previdenciários em favor do extinto Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas (I.A.P.E.T.C.), fora também o salário do requerente descontado na forma e para os efeitos da Lei n.º 3.096, de 31 de dezembro de 1956, de janeiro até maio de 1966, mês esse em que o requerente passou a perceber salário-benefício junto ao I.A.P.E.T.C. Foi esclarecido mais, no entanto, especificamente que o Tesouro do Estado — havendo alterado orientação sua, no sentido de não mais ser exigida a contribuição prevista na Lei Estadual n.º 3.096, de 31 de dezembro de 1956, por parte dos servidores que percebiam remuneração a conta dos créditos abertos pelo Programa Preliminar de Investimentos, entre os quais se incluía o requerente, por indevida aquela contribuição, visto não haver relação estatutátria —, providenciou na devolução aos mesmos servidores das contribuições irregularmente descontadas. Em complementação, informou o Tesouro do Estado, através da Seção de Cheques a Pagar de sua Diretoria da Despesa, que lá se encontrava "um cheque "Hollerith" à disposição de A.B., de matrícula n.º 202.015, referente a devolução de descontos da Lei n.º 3.096, no valor Cr$ 17,88", o qual cheque fora extraído pela folha mensal de dezembro de 1966, e não havia sido até então procurado pelo seu beneficiado.

4. Depois de diversa tramitação, solicitou o Excelentíssimo Senhor Secretário Extraordinário para Assuntos da Casa Civil o pronunciamento desta Consultoria-Geral. Os autos vieram, distribuídos ao Gabinete de Assessoramento Júrídico.

É o relatório.

5. Duas bem diversas questões encontraram acolhida no presente processo, a primeira delas referente ao direito do requerente de obter do Estado o pagamento da diferença entre os proventos pagos por instituição previdenciária, e aqueles que lhe seriam devidos pelo Estado, se por esse fosse aposentado. De fato, considerando que os servidores estaduais, os quais fossem contribuintes dos Instiutos ou Caixas de Aposentadoria e Pensões, só faziam jus aos benefícios pagos por essas entidades previdenciárias, pelo que passavam a perceber menos do que aqueles que se inativavam pelo Tesouro do Estado, e no intuito pois de se lhes garantir os proventos assegurados aos demais funcionários, através de complementação feita à conta do Estado, editou-se o Decreto-Lei Estadual n.º 1.145, de 12 de agosto de 1946, onde destarte se dispõe, no seu artigo 1.º e parágrafo único, verbis:

> "Art. 1.º — Os funcionários públicos civis do Estado, associados de caixas de aposentadoria e pensões, quando aposentados, terão direito ao provento assegurado aos demais funcionários, de acordo com a Legislação que vigorar.
> Parágrafo único — A diferença entre o provento pago pela caixa respectiva e aquele a que tiver direito o funcionário, na forma deste Decreto-Lei, correrá à conta do Estado".

6. Tal vantagem, que vinha apenas corrigir situação de manifesta disparidade, além de ratificada pelo Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, no inciso VI do artigo 177, foi estendida aos servidores autárquicos estaduais pela Lei Estadual n.º 1.851, de 27 de setembro de 1952, e expressamente aos empregados do Departamento Estadual de Portos, Rios e Canais, empregados esses denominados serventes avulsos, por força da Lei Estadual n.º 2.038, de 27 de fevereiro de 1953. Mais ainda, foi essa mesma vantagem também expressamente conferida aos servidores ferroviários aposentados, seja por força do § 2.º do artigo 2.º da Lei Estadual n.º 972, de 16 de janeiro de 1950, com a redação interpretativa que lhe foi dada pela Lei Estadual n.º 2.059, de 28 de março de 1953, seja por força dos artigos 189 e 190 do Estatuto dos Servidores Públicos Ferroviários do Estado (Lei Estadual n.º 2.061, de 13 de abril de 1953). Assim sendo, na forma dos diplomas legais antes referidos, o direito de obter do Estado o pagamento da diferença de proventos em tela foi garantido, na órbita estadual, ao funcionário público civil acobertado pela norma estatutária, aos servidores autárquicos em geral, e aos empregados, denominados serventes avulsos, do Departamento de

Portos, Rios e Canais, e ainda aos servidores públicos ferroviários. Aos demais servidores públicos estaduais não se lhes facultou o benefício, excepcionados que ficaram pela inexistência de dispositivo legal nesse sentido. Exatamente essa a situação do aqui requerente, o qual, desde a sua primeira admissão, sempre esteve lotado no Departamento Aeroviário do Estado, então apenas um órgão da Secretaria dos Transportes, na forma da vinculação administrativa estabelecida na Lei Estadual n.º 1.000, de 30 de janeiro de 1950. E que, quando da autarquisação do Departamento Aeroviário do Estado, na forma da Lei Estadual n.º 5.639, de 15 de agosto de 1968, já estava inativado, não podendo mais optar pela permanência no mesmo Departamento, como se informa, a folhas 19, não haver feito. Não lhe cabia mais tal opção, e também somente por engano pode ter sido, como o foi, de novo lotado na Secretaria da Agricultura, na forma do Boletim n.º 990, de 26 de dezembro de 1968, da Divisão de Pessoal da Secretaria da Administração (Diário Oficial do Estado, edição do dia 28/12/1968), onde nunca chegou a assumir as suas funções, como se informa a folhas 21 do expediente, exatamente porque já fora aposentado por invalidez. Não sendo, pois, o requerente, nem servidor ferroviário, nem servidor autárquico ou empregado do Departamento Estadual de Portos, Rios e Canais, não estava também ligado ao Estado por uma relação estatutária, que tipifica o funcionário público **strico sensu**, ou que ao menos a esse fosse assemelhável (e. g., artigo 271 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado). Pelo que é aplicável à espécie, em negativa do pedido, a mesma conclusão já expendida por esta Casa, no seu referido Parecer n.º 118 — GAJ/CGE, de 11 de março de 1966, **verbis:**

> "É evidente que o requerente não tem direito ao que pretende".
>
> "Admitido na qualidade de pessoal de obras, — em cuja situação ainda se encontra, — não pode invocar disposição estatutária, decorrente da Lei n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, que se aplica, única e exclusivamente, aos funcionários públicos civis do Estado e aos que lhe são assemelháveis, e nunca aos integrantes do grupo chamado P.O."
>
> "Estes, regem-se, exclusivamente, pelas disposições da legislação consolidada, sendo contribuintes obrigatórios dos Institutos de Previdência Social e sujeitos ao sistema de previdência geral instituído no país".

7. Com respeito à segunda questão neste mesmo expediente posta — serem ou não devidos ao requerente os benefícios da Lei Estadual n.º 3.096, de 31 de dezembro de 1956 — a resposta também deverá ser negativa.

A aludida Lei Estadual n.º 3.096/56 dissera que as suas disposições não se dirigiam "aos servidores públicos interinos, contratados ou providos em cargos de confiança ou em comissão" (§ 1.º, do art. 3.º), ainda que se aplicasse "aos servidores da Viação Férrea do Rio Grande do Sul e de outras autarquias do Estado, desde que sujeitos a regime previdenciário próprio" (art. 4.º). A Lei Estadual n.º 4.052, de 29 de dezembro de 1960, embora visasse a estender os benefícios da Lei Estadual n.º ... 3.096/56, inclusive aos Magistrados e Membros do Ministério Público, não deixou de ratificar, no parágrafo único do seu art. 1.º, a mesma restrição antes contida no § 1.º do art. 3.º da já referida Lei Estadual n.º 3.096/56.

Diploma mais recente, a Lei Estadual n.º 5.179, de 23 de dezembro de 1965, alterando dispositivos da Lei Estadual n.º 3.096/56, nomeadamente elevando para 4% (quatro por cento) o percentual de contribuição previsto no artigo 2.º desse diploma legal, dipôs que ficam "todos os servidores públicos, ativos e inativos, sujeitos à contribuição compulsória sobre seus estipêndios" (art. 2.º) ,com o objetivo evidente de revogar a restrição imposta no § 1.º, do art. 3.º, da Lei n.º 3.096/56, reafirmada no parágrafo único, do art. 1.º, da Lei n.º 4.052/60, isto é, incluir dentre os beneficiários da chamada "Lei Peracchi" aqueles servidores expressamente excluídos, quais sejam, os interinos, os contratados ou providos em cargos de confiança ou em comissão. E somente estes, dos quais os anteriores estatutos se ocupavam.

Segundo parece evidente, na generalidade da expressão legal não se poderá incluir o pessoal regido pela legislação consolidada porque a tanto equivaleria se lhes reconhecer o direito a uma complementação de parcela que aos mesmos não se reconhece, como ficou exposto na primeira parte deste parecer. Em outras palavras, a se adotar solução diversa, ter-se-á de aceitar que o legislador estadual, recusando o principal aos regidos pela CLT, conferiu-lhes o acessório...

Entendemos, assim, estreme de dúvida que o emprego na expressão "servidores públicos", na comentada Lei Estadual n.º 5.179, de 23 de dezembro de 1965, não pode ser inerpretada extensivamente por forma a incluir na complementação de um benefício quem se encontra excluído do próprio benefício.

Segundo regra tranqüila de hermenêutica, não é dado ao intérprete inclinar-se pela contradição entre dois textos legais, antes de esgotar as possibilidades de interpretação.

8. Exatamente por isso, esteve certo o Tesouro do Estado quando suspendeu o desconto a que, por equívoco, procedera nos salários do requerente, a título de contribuição, na forma da Lei n.º 3.096, de 31 de dezembro de 1956.

9. De todo o exposto, entedemos

a) que o direito de obter a complementação de aposentadoria previdenciária, por parte do Estado, só é devido aos funcionários públicos civis stricto sensu e aos que lhe são assemelháveis (artigos 177, VI e 271 do Estatuto), aos servidores públicos autárquicos e ferroviários, e aos empregados do Departamento Estadual de Portos Rios e Canais, não podendo ser deferido aos demais servidores públicos estaduais, nomeadamente aos contratados pela verba do Plano de Obras ou à conta dos créditos abertos pelo Programa Preliminar de Investimentos;

b) que, igualmente, não cabe reconhecer ao postulante as vantagens decorrentes da "Lei Peracchi", que atinge, apenas, o pessoal que especifica, excluídos aqueles que, regidos pela CLT, não fazem jus à complementação dos proventos da inatividade, pela forma estatuída no Decreto-Lei Estadual n.º 1.145, de 12 de agosto de 1946, e, depois, pelo art. 177, VI, do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado.

Este é o parecer.

Porto Alegre, 4 de maio de 1973.

Ney Sá
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2374/CGE

REENQUADRAMENTO.
— Sua impossibilidade quando o servidor ou funcionário não seja mais destinatário da norma concessora de vantagem.

M. L. de M. B., funcionária da Secretaria da Agricultura, requereu reenquadramento, como Oficial Administrativo, através do expediente n.º 4544/71-SENA, sendo seu pedido indeferido por falta de amparo legal. Embasava seu pedido nas disposições insertas nas Leis n.º 3.055, de 22 de dezembro de 1956, e 4.317, de 22 de junho de 1962.

Volta, agora, a interessada, com novo pedido, alegando fatos novos, que justificam a reabertura da instância administrativa, para que a sua situação seja reapreciada e deferido seu pedido anteriormente feito.

Em resumo, o caso "sub-examine" revela o seguinte desenvolvimento:

a) a interessada foi admitida como extranumerária-diarista, em 26 de março de 1951, ao serviço público do Estado;

b) em 10 de outubro de 1952 submeteu-se à prova de habilitação (doc. fls. 3/CGE), sendo aprovada, para aproveitamento nas funções de escriturário;

c) a contar de 1.º de outubro de 1952, entretanto, foi enquadrada no cargo de Auxiliar de Administração, face à Lei n.º 2020, de 2 de junho de 1953;

d) em 22 de julho de 1954, o ato de admissão foi apostilado, para Auxiliar de Administração, em caráter efetivo;

e) em 30 de dezembro de 1955, conforme Boletim n.º 249/55, foi transferida do cargo de auxiliar de administração, padrão 10, da Secretaria da Indústria e Comércio, para o cargo de Oficial Datilógrafo, padrão 11, em virtude de aprovação em prova de habilitação, cargo que detém até a presente data.

A "species" é controvertida, por isso que a autoridade competente solicita audiência desta Casa, a fim de submeter o caso a exame e Parecer.

É o relatório.

Desde a data de sua admissão, em 1951, até a data em que, mediante prova de habilitação competitiva, realizada em 10 de outubro de 1952 (segundo informação 288/72, contida no expediente 4.544/71, fls. 5/CGE), foi enquadrada como Auxiliar de Administração, desfrutou, a interessada, no serviço público, da condição de extranumerário.

O enquadramento, no cargo de Auxiliar de Administração, deu-se em razão de a Lei n.º 2.020/53, em seus artigos 1.º e 2.º, ter possibilitado a reestruturação dos serviços administrativos.

Já titular efetiva do cargo de Auxiliar de Administração, padrão 10 E, voluntariamente, submeteu-se à prova de habilitação competitiva e, em razão da aprovação foi provida no cargo de Oficial Datilógrafo, padrão 11, mediante transferência.

Dois elemetos colhe-se, nestas circunstâncias, para exame do caso:

1.º — o provimento de cargo mediante transferência, nos termos do artigo 10 da Lei n.º 1.751/52;

2.º — o fato dessa transferência trazer, como conseqüência, o preenchimento do cargo novo, e a vacância do cargo ocupado até então.

Consoante informação n.º 288/72, **verbis:**

> "A requerente, em processo n.º 4544/71, anexo, pede sua classificação como Oficial Escrevente, escudada no art. 12 da Lei n.º 3.055/56, e, posterior reenquadramento como Oficial Administrativo, de conformidade com o disposto no artigo 22 da Lei n.º 4.317/62. (fls. CGE-5)

Ora, a Lei n.º 3.055, de 22 dezembro de 1956, editada quando a postulante já desfrutava da **condição de titular do cargo de Oficial Datilógrafo**, estabeleceu em seu artigo 12, o seguinte:

> **"São classificados como Oficiais Escreventes todos os funcionários admitidos como extranumerários,** mediante prova de habilitação, antes da promulgação da Lei n.º 2.020, de 2 de janeiro de 1953, **e que nesta Lei tenham sido classificados como Auxiliares de Administração, desde que não estejam gozando de maiores vantagens e integrem o Serviço Administrativo."** (grifei)

Em 22 de junho de 1962, foi promulgada a Lei n.º 4.317, que, em seu artigo 22, estabeleceu:

> "Art. 22 — São reenquadrados como Oficiais Administrativos ,padrão 6, os Oficiais Escreventes, padrão 4, admitidos ou transferidos mediante prova de habilitação competitiva, respeitados os direitos adquiridos, inclusive avanços.
>
> Parágrafo único: — O reenquadramento de que trata o artigo abrange todos os quadros funcionais da administração estadual, inclusive o da Secretaria da Fazenda".

Em razão dos fatos apontados acima, deduz-se, de conseguinte, que os funcionários destinatários do preceituado no artigo 12, da Lei n.º 3.055/56, foram os beneficiários da Lei n.º 4.317/62, aos quais se permitiu reenquadramento.

Todavia se, à época da Lei n.º 3.055/56, qualquer destes destinatários tivesse, em data anterior à mesma Lei, alterado a sua situação funcional, v.g. mediante transferência, ou reenquadramento, deixaria, evidentemente, de poder ser beneficiado pela disposição do artigo 22, da Lei n.º 4.317/62.

Exatamente esta é a situação dos autos.

A funcionária, como desfrutava à época da promulgação da Lei n.º 3.055/56, conforme reza o seu artigo 12, **melhor situação funcional**, não poderia ter sido reenquadrada como Oficial Escrevente e, sendo assim, deixou de ser destinatária também do estabelecido no artigo 22, da Lei n.º 4.317/62, que reenquadrou estes, como Oficiais Administrativos.

Quer a interessada, presentemente, e porque se considera prejudicada, a revisão do ato de transferência, para que possa, mediante enquadramento, galgar a posição de Oficial Administrativo.

Alega, para tanto, via de conseqüência, tratamento injusto, que teria recebido por parte da Administração, face aos precedentes que cita, e que receberam o beneplácito do Poder Público, que revisou atos de nomeação, desfazendo-os, para proceder a reenquadramentos.

Entre outros, dois princípios básicos norteiam a atividade pública.

São eles: o da legalidade de seus atos; e o da moralidade de sua atividade.

Não nos cabe, aqui, externar opinião, quer censurando, quer acolhendo os atos baixados nestas circunstâncias e que constituem peças dos expedientes anexos ao processo em exame.

A respeito da ilegalidade de ato de enquadramento, recentemente pronunciou-se esta Consultoria-Geral, através do Parecer n.º 2137, de 11 de julho de 1972, da lavra do Consultor Jurídico ELMO PILLA RIBEIRO, e que se enquadra perfeitamente à situação "sub-examine".

Diz o Parecer:

> "Como ficou visto, o recorrente não aduz qualquer fundamento novo ao seu petitório. Nem mesmo se anima a contestar a natureza preclusiva ou decadencial do prazo fixado no § 2.º do art. 4.º da Lei n.º 4.317/62, como sempre sustentou esta Consultoria-Geral, com acolhimento até na esfera judicial.
>
> . . . . . .
>
> O fundamento do recurso é, pois, um só: a existência de precedentes, ou, mais precisamente, concessões an-

teriores de reenquadramento com violação da norma estabelecida no § 2.º do art. 4.º da Lei n.º 4.317/62.
Ora, se é ponto pacífico, assim na doutrina como na jurisprudência, poder a Administração rever seus próprios atos quando praticados com transgressão das normas legais, é tranqüilo poder ela revisar, não mais atos praticados, mas a orientação que há de adotar em casos futuros.
Dessarte, nada impede que o Estado altere sua diretriz relativamente no cumprimento do prazo peremptoriamente estabelecido no supra referido dispositivo legal e indefira pedidos seródios de reenquadramento, como o presente. Se anteriormente o descumpriu, pode reconhecer-se que praticou ilegalidade, **mas não é possível invocar tal ilegalidade para postular a prática de novas ilegalidades.**" (Grifei)

Prejudicada, no mérito, a pretensão da postulante, desnessário se faz o enfoque da questão do ponto de vista da prescrição ou da decadência.

Em conclusão, somos do Parecer que o indeferimento do pedido da requerente deve ser mantido pelas razões apontadas.

É o Parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 4 de julho de 1973.

Celeste Pacheco da Silva
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2337/CGE

CARGO PÚBLICO. É possível extinguir cargo de provimento efetivo, transformando-o em cargo em comissão.
Criação de cargos de provimento efetivo. Onde a lei prevê provimento segundo o direito administrativo, é vedada contratação pela CLT.

Da Presidência da Câmara Municipal de Novo Hamburgo recebe esta Casa consulta compreensiva de diversas dúvidas concernentes a situações administrativas, expressas em ofício de que se extrai:

"1 — Pode ser extinto o cargo de Secretário Executivo, de provimento efetivo, transformando-o em cargo de provimento em comissão?
2 — Podem ser criados, de provimento efetivo, os cargos de Contínuo-Zelador, de Motorista e o de Contador?
3 — Com referência ao Auxiliar da Secretaria, é legal o exercício de cargo criado em lei por servidor em regime de CLT?
4 — Esta Câmara pode fazer retornar o servidor acima referido ao Executivo, a fim de regularizar a situação?"

Outras questões levantadas serão oportunamente respondidas tendo em vista a urgência quanto à matéria acima, que logo se dilucida.

É o relatório.

2. A primeira pergunta, se pode ser extinto o cargo de Secretário Executivo, de provimento efetivo, transformando-o em cargo de provimento em comissão, trai duas situações.

Por certo, a extinção é possível, mercê da faculdade que possui o administrador de dispor da função pública e que emerge **in hoc casu**, do art. 152, inciso II, da Constituição Estadual, onde se lê:

"À Câmara Municipal (...) compete entre outras atribuições:
.....
II — eleger sua Mesa, elaborar seu Regimento Interno, dispor sobre sua organização e provimento dos cargos de seu quadro de pessoal e seus serviços;"

O administrador cria e extingue cargos. Recriá-los noutro regime, é ínsito à própria faculdade de criação.

3. Todavia, encontramos uma segunda situacão jurídica conseqüente da extinção do cargo de provimento efetivo. É relevante examinar os efeitos da extinção que recaem sobre o ocupante do cargo.

Anota-se, no particular, a garantia constitucional conferida no art. 100 e seu parágrafo único da Carta Magna, que estabelece:

"Art. 100 — Serão estáveis, após dois anos de exercício, os funcionários nomeados por concurso.

Parágrafo único — Extinto o cargo ou declarada pelo Poder Executivo a sua desnecessidade, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço."

A disponibilidade em que recai o funcionário estável, e ele o será se dispuser de mais de dois anos de exercício do cargo, será modificável por **aproveitamento** em outro cargo, compatível com o original, **sempre de provimento em caráter efetivo.**

4. Quanto ao segundo item consultado, não surpreende-se nenhum óbice para a criação dos cargos, com provimento efetivo, ali mencionados. Ao contrário, é forma de admissão preconizada a teor do Ato Complementar n.º 52, conforme se examina abaixo.

5. Já no que diz respeito à hipótese focada sob número 3, depara-se com situação inviável, tendo em vista o sistema de ingresso no serviço público estatuído para todas as esferas, através do Ato Complementar n.º 52, de 2 de maio de 1969.

É que restringiu, o referido Ato, as possibilidades de admissão de pessoal ao serviço público, fazendo discrime de regime jurídico com base em cada espécie de função ou atribuições necessárias ao serviço.

Assim, lê-se do Ato:

"Art. 1.º — Fica vedada a nomeação, contratação ou admissão de funcionário ou servidor da administração direta ou autárquica dos Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive das Secretarias e Serviços Auxiliares dos Poderes Legislativos e Judiciário e dos Tribunais de Contas, a partir da publicação deste Ato.

§ 1.º — Excetuam-se dessa proibição:

I — A nomeação para cargo em comissão ou a designação para função gratificada, criados por lei;

II — A nomeação, por concurso, para cargo ou função do quadro permanente;

III — A contratação ou admissão de pessoal para serviços essenciais nos setores da saúde, ensino e pesquisa, assim como do pessoal auxiliar estritamente necessário à execução desses serviços;

IV — A contratação ou admissão de pessoal para serviços de engenharia, obras e outros de natureza industrial, assim como para serviços braçais;

V — A contratação ou admissão de pessoal para preenchimento de claros resultantes de exoneração, demissão ou dispensa;

VI — A renovação de contratos.

§ 2.º — A nomeação, contratação ou admissão em desacordo com o disposto neste Ato é nula de pleno direito e acarreta a demissão da autoridade e do funcionário que a autorizou ou realizou."

Ante essas disposições, conclui-se pela existência de limitações claramente fixadas para o ingresso de pessoal no serviço público havendo lugar predominante para que se faça através o concurso público. Sem dúvida essa é a forma predileta esposada pelo legislador revolucionário, que quando aquiesce com a admissão por outros meios, ou seja nomeação ou contratação, confina sobremaneira as hipóteses permissivas.

Haveria espaço para ocupar função, para a qual está prevista em lei provimento pelo regime administrativo para o servidor regido pela CLT?

É a questão a dirimir.

6. Originariamente, verifica-se que a contratação pela CLT, no presente caso, não se enquadra dentre as hipóteses previstas nos incisos III, IV, V e VI, do § 1.º do artigo 1.º, do Ato antes transcrito.

No entanto, na espécie, haveria lugar para debate, pois não se trata de contratação pura e simples, mas, sim, de designação de funcionário contratado em outra área da administração.

Contudo, resolve-se a questão mediante a aplicação de outro princípio de direito administrativo.

É que o administrador público está sujeito, imperiosa e irredutivelmente ao comando da lei, da qual é executor e não pode, mercê do puro arbítrio, derivar de seus ditames em busca de soluções diversas daquelas que a norma estatui.

Com efeito, para o cargo, segundo sente-se da questão proposta, está previsto provimento em regime administrativo. Cargo esse, criado em lei, lei que assim determina.

Torna-se impossível o provimento de modo diferente, em conflito com a regra, pois a tanto não vai a faculdade do administrador.

Ilustrativamente, olhando-se para o âmbito estadual, verifica-se que a Constituição de 1967, ostentava norma expressa, definindo tal impossibilidade, que não foi repetida na atual.

Dizia o seu art. 79:

> "Só poderá haver contrato de servidores para funções de natureza técnica ou especializada quando não existir, no quadro de pessoal do Estado, cargo com atribuições correspondentes."

Sem embargo, é dispensável a proclamação no direito positivo do preceito, uma vez que sua aplicação tem lugar atendendo-se simplesmente para o princípio da legalidade que preside a administração pública, conforme expõe MARCELLO CAETANO:

> "Legalidade. O objeto do ato administrativo deve ser legal e não apenas lícito. Como se disse já, a Administração pública, no nosso Direito, atua nos termos previstos ou permitidos pela lei: não lhe é possível tudo o que a lei não proíbe, como sucede com os particulares; a sua ação está positivamente regulada e por isso só pode querer o que a lei permitir que queira." (**in** "Manual de Direito Administrativo", Tomo I, p. 439)

Ora, tendo, neste caso, a lei preconizado para as funções de Auxiliar de Secretaria, **um cargo**, evidentemente de provimento segundo o direito administrativo, há impedimento manifesto de que seja provido de forma diversa.

7. Com tal entendimento, responde-se também ao item 4 da consulta que questiona sobre o retorno do servidor ao executivo, fato que, sem dúvida, é conseqüência inelutável de sua má lotação atual.

8. Em conclusão, somos de parecer que nada obsta a extinção de cargo de provimento efetivo, com a transformação do mesmo em cargo de provimento em comissão. Por certo, o funcionário ocupante do cargo a ser extinto, gozando de estabilidade, fica em disponibilidade remunerada, proporcionalmente ao seu tempo de serviço, até aproveitamento em cargo compatível.

De outra parte, conclui-se pela impossibilidade de exercer funções de provimento segundo o direito administrativo, o servidor contratado pela CLT.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 4 de maio de 1973.

Mário Nunes Soares
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2328/CGE

CÂMARA MUNICIPAL. ADMISSÃO DE CONSULTOR JURÍDICO MEDIANTE CONTRATO.
Inviabilidade por não se enquadrar nas situações excepcionadas no Ato Complementar n.º 52 ,de 2 de maio de 1969.
Possibilidade da criação de cargo de provimento efetivo, ou em comissão.

O Senhor Prefeito Municipal de Sapucaia do Sul solicita parecer que dilucide duas questões apresentadas, a saber:

a) A possibilidade de o Presidente da Câmara Municipal local perceber verba de representação já instituída através de resolução que tomou o n.º 5/73, em sendo o mandato gratuíto.
b) Por outro lado, contratou a Câmara — Consultor Jurídico —, mediante a Resolução n.º 06/73, pelo regime da C.L.T., período de doze meses, com fundamento nos artigos 24, 39 e 119, da Lei Orgânica local.

A dúvida tem lugar em virtude da circunstância de que "se trata de matéria de pessoal, ainda que do órgão legislativo, senão, também, sobretudo, ocorre aumento da despesa pública, sem iniciativa do Poder Executivo. Além disso, houve apenas Resolução, excluída ,assim, a sanção do Prefeito Municipal".

É o relatório.

2. A primeira parte da consulta é resolvida por pronunciamento assente desta Casa em torno da matéria, contido em parecer da assinatura do ilustre Consultor Jurídico ADAURY PINTO FILIPPI, de n.º 2261, cuja cópia se anexa.

3. No que diz respeito à contratação de Consultor Jurídico por força de resolução da Câmara, é questão que abrange alguns problemas concernentes à possibilidade de preenchimento de função pública nos exíguos espaços que hoje sobram para tais iniciativas, à luz do Ato Complementar n.º 52, de 2 de maio de 1969.

Consideremos o texto do ato.

> "Art. 1.º — Fica vedada a nomeação, contratação ou admissão de funcionário ou servidor da admi-

nistração direta ou autárquica dos Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive das Secretarias e Serviços Auxiliares dos Poderes Legislativos e Judiciário e dos Tribunais de Contas, a partir da publicação deste Ato.

§ 1.º — Excetuam-se dessa proibição:

I — A nomeação para cargo em Comissão ou a designação para função gratificada, criados por lei;
II — A nomeação por concurso, para cargo ou função do quadro permanente;
III — A contratação ou admissão de pessoal para serviços essenciais nos setores da saúde, ensino e pesquisa, assim como do pessoal auxiliar estritamente necessário à execução desses serviços;
IV — A contratação ou admissão do pessoal para serviços de engenharia, obras e outros de natureza industrial, assim como para serviços braçais;
V — A contratação ou admissão de pessoal para preenchimento de claros resultantes de exoneração, demissão ou dispensa;
VI — A renovação de contratos".

A matéria foi objeto de exaustiva análise que teve lugar em parecer desta Consultoria-Geral da lavra do ilustre Consultor Jurídico ALMIRO DO COUTO E SILVA, de que se extrai a seguinte conclusão:

"Da análise até aqui empreendida dos princípios contidos no Ato Complementar n.º 52, concluí-se que o IPERGS não pode contratar Consultor Jurídico, ou Assessor Jurídico, pois tais contratações não se inserem entre as hipóteses permitidas por aquele mesmo ato.

As funções de Consultor ou Assessor Jurídico não são de pesquisa em sentido estrito, nem a contratação resultou de exoneração, demissão ou dispensa de contratado pela C.L.T. ou de extranumerário, pois são posições do quadro permanente que, pelas normas anteriores ao Ato Complementar n.º 52, só poderiam ser preenchidas por funcionários". (in "Revista da Consultoria-Geral", vol. I, n.º 1, pág. 90).

Com efeito, bem o demonstra o parecer, não se trata de função com o objetivo de pesquisa (permissão do inciso III), nem deveu-se a nomeação a preenchimento de claros resultantes de exoneração, demissão ou dispensa de servidor (casos configurados no inciso V supra).

Conforme desenvolve o pronunciamento mencionado, a pesquisa levada a efeito por Consultor Jurídico não é o objetivo ou conteúdo de sua função, senão que constitui-se em instrumental, meramente, do seu trabalho, cuja finalidade inclina-se na orientação jurídica e, pois, refoge à hipótese consentida no Ato Complementar.

4. Tal objeção é óbice irredutível para a admissão **através de contrato** do profissional, a teor de ordenamento em questão.

Seria viável, por certo, a admissão de funcionário para desempenho daquelas atribuições, desde que fosse criado **cargo** no sentido rigorosamente técnico da expressão, que poderia ser de provimento em comissão (inciso I, § 1.º do art. 1.º, do Ato Complementar n.º 52), ou efetivo, mediante concurso.

Distingue-se no Direito Administrativo a mera função pública, do cargo público, em que esse se constitui em lugar certo nos quadros da administração, com atribuições próprias e criado por lei. Seu provimento pode ser em caráter efetivo, ou em comissão.

Ensina MARIO MASAGÃO:

"Procurando corrigir tais defeitos, a lei federal n.º "3.780, de 1960, declarou: "Cargo é o conjunto de atri-"buições e responsabilidades cometidas a um funcioná-"rio, mantidas as características de criação por lei, de-"nominação própria, número certo, e pagamento pelos "cofres da União". (art. 4.º, n.º I)

Esse diploma dispôs sobre a classificação dos cargos do serviço civil do poder executivo.

As atividades não permanentes, ou esporádicas, denominam-se, na técnica dos Estatutos, "funções", e se resolvem em atribuições não erigidas em cargos públicos. A determinação delas é por vezes confiada por lei ao poder executivo". (in "Curso de Direito Administrativo", pág. 170, 4ª edição)

5. É, assim, possível o estabelecimento nos quadros da Secretaria da Câmara de cargo com provimento em comissão.

Em tal hipótese cuide-se de que a sua criação faz-se sempre, e necessariamente, **através de lei**. Ou seja, embora de iniciativa da Mesa da Câmara a organização de sua Secretaria e o provimento dos seus cargos (ou funções), não prescinde o órgão legislativo de partir para a feitura de lei com esse objetivo.

É nesse sentido a restrição inserida na permissão do inciso I, supra citado, quando provê que os cargos em comissão sejam "criados por lei".

6. Conjugado o ditame com a disposição do artigo 152, inciso II, da Carta Estadual, verifica-se, sem embargo, que o processo legislativo para a confecção da lei que cria cargos, da Secretaria da Câmara, é acionado pelo legislativo.

Diz a Constituição Estadual, art. 152, inciso II:

> "À Câmara Municipal, composta de sete vereadores no mínimo, e vinte e um no máximo, compete entre outras atribuições:
>
> .....
>
> II —eleger sua Mesa, elaborar seu regimento interno, dispor sobre sua organização e provimento dos cargos de seu quadro de pessoal e seus serviços";

7. Claro, se há de acudir a outro princípio, também de caráter constitucional, que estabelece:

> "As atribuições do Prefeito são fixadas na Lei Orgânica, competindo-lhe privativamente:
>
> I — a iniciativa de leis orçamentárias e que criem ou aumentem a despesa pública"; (art. 157, inciso I da Constituição Estadual)

É, portanto, indispensável que disponha, a Câmara, de recurso para cobertura da respectiva despesa para, então, propor a criação do cargo. Não pode, em princípio, o legislativo dar origem a aumento de despesa pública sem a iniciativa do órgão executivo. Por exceção, quando se trata de organizar os próprios serviços do órgão legislativo, reserva-se a iniciativa da competência à Câmara cuja lei, todavia, dependerá sempre da sanção e promulgação do Chefe do Poder Executivo.

É de considerar-se, ainda, o disposto no artigo 108, § 2.º e 3.º, da Emenda Constitucional n.º 1, que dispõe:

> "§ 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.**
>
> § 3.º — A lei a que se refere o parágrafo anterior será votada em dois turnos, com intervalo mínimo de quarenta e oito horas entre eles".

Três comandos infere-se do texto legal:

— a admissão de servidores, nas Câmaras, quando mediante concurso público somente é possível **após a criação dos cargos por lei;**

— a lei que cria os respectivos cargos deve ser aprovada pela **maioria absoluta** dos membros;

— a votação deverá ser efetivada em dois turnos.

In casu, se pretender a Câmara criar cargo de provimento efetivo, mediante concurso público, deverá atender aos três comandos; se optar por cargo em comissão, deverá providenciar apenas para que o cargo seja criado por lei, dispensados a maioria absoluta e a votação em dois turnos.

8. De considerar-se, também, que não convém a criação de cargo de Consultor Jurídico mediante comissão. Segundo a sistemática do Direito Administrativo o cargo de Consultor Jurídico é ordinariamente de provimento efetivo. Tecnicamente mais lógico, portanto, a instituição, se for em comissão, de um cargo de Assessor Especial, com atribuições, entre outras, de assessoramento jurídico.

9. Do exposto, quanto à primeira parte da consulta, adota-se as conclusões do parecer anexo, que opina pela inconstitucionalidade da verba de representação.

Quanto à segunda, assevera-se que não prevalece e é nula de pleno direito, à luz do Ato Complementar n.º 52, a resolução que contratou o Consultor Jurídico da Câmara Municipal do Município consulente. Está facultado à Câmara, todavia,

havendo verba orçamentária apropriada, propor a criação de cargo, que pode ser de provimento efetivo ou em comissão, mediante iniciativa de lei com esse objeto.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 11 de abril de 1973.

Mário Nunes Soares
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2.300/CGE

PENSÃO devida à família do funcionário falecido em conseqüência de acidente.
O valor corresponderá ao total percebido pelo servidor, a título de vantagens pagas pelo Estado, na data do evento, deduzida a quantia recebida da instituição previdenciária.
Natureza jurídica e complementariedade do instituto.
Lei n.º 2.061/53, arts. 174, 189, § 1.º e 191; Lei n.º 4.937/65, art. 47 e parágrafo único. Constituição do Estado, art. 108.

Na espécie, L. B. I., viúva do engenheiro, padrão 15-8, matrícula n.º 28.114, A. S. I., do Quadro de Servidores Públicos Ferroviários do Estado, cedido, na forma do **"Termo de Reversão"** de 22/5/1959,, à Rede Ferroviária Federal S. A., alegando que o marido falecera, no dia 24 de maio do ano em curso, em virtude de acidente ocorrido quando no exercício das respectivas atribuições, com fundamento no art. 174, da Lei n.º 2.061, de 13 de abril de 1953 (Estatuto dos Servidores Públicos Ferroviários do Estado), requer a correspondente **pensão vitalícia.**

2. O expediente, encaminhado através da Rede Ferroviária Federal S. A. — Chefia Regional do Rio Grande do Sul (Proc. n.º 765-L-1/72) —, foi endereçado à Sua Excelência, o Senhor Secretário da Administração.

O engenheiro chefe da 13.ª Divisão Regional, ao remeter o processo, no Ofício n.º GP-145-5/358, de 6 de julho, no item 2, anotou que:

> " 2. A **remuneração** do extinto, na condição de servidor público ferroviário estadual cedido, era de **Cr$ 1.680,00 mensais, mais Cr$ 420,00 de gratificação adicional de 25%, num total de Cr$ 2.100,00.**" (grifei)

3. A interessada juntou ao pedido, além das certidões de casamento e nascimento dos filhos do casal, certidão — incompleta — do acidente, extraído do livro de registro de ocorrências da Delegacia de Polícia de Taquari e outros papéis correspondentes ao desligamento do serviço e declaração de acidente, fornecidos pela Rede Ferroviária Federal S. A., e, igualmente, dos autos da Sindicância, realizada pela mesma Rede Ferroviária Federal S. A., caracterizando o fato.

4. O assunto tramitou da Secretaria da Administração à Subchefia da Casa Civil para Assuntos Jurídicos e Legislativos e daí, outra vez, pela Secretaria da Administração, já que a solução preconizada teria fugido à orientação traçada no Parecer n.º .. 2153/72 da Consultoria-Geral, devidamente aprovado por Sua Excelência, o Senhor Governador do Estado.

À vista desse fato, o Supervisor do Complexo de Pessoal solicitou a manifestação da Assessoria Jurídica para, nos termos da legislação vigente e Parecer n.º 2153 da Consultoria-Geral, dizer "em quanto deveria (deve) ser fixada a pensão a ser paga pelo Estado." **(ut** fls. 18)

5. A informação de n.º 268/72 — fls. 19/24 —, da Assessoria Jurídica, depois de examinar a matéria, inclusive com elucidações comparativas, conclui que, na hipótese, em razão do **valor percebido** pela **interessada** — a título de pensão — do Instituto Nacional de Previdência Social — I.N.P.S. —, ser em **quantia superior** aos **vencimentos fixados** pelo **Estado, nada mais seria devido.**

Embora arrematando dentro dessa linha de entendimento, invocando a dificuldade da matéria, preconizou a audiência da Consultoria-Geral, que foi acolhida por Sua Excelência, o Senhor Secretário da Administração.

Este, o relatório.

6. Diz a Lei n.º 2.061, de 13 de abril de 1953, em seu Título II, Capítulo XII, **das outras vantagens:**

> "Art. 174 — Em caso de morte por acidente do trabalho, não motivado por dolo ou culpa, fica assegurada

à família do servidor uma pensão vitalícia correspondente a dois terços dos subsídios percebidos, em atividade, pelo servidor.

§ 1.º — Consideram-se pessoas da família:

a) esposa;
b) o esposo, total e permanentemente inválido;
c) os filhos menores, legítimos, legitimados, naturais reconhecidos e adotivos.

§ 2.º — Não terá direito à pensão o cônjuge culpado do desquite ou o que contrair novas núpcias.

§ 3.º — A pensão será dividida em duas partes iguais, cabendo uma aos filhos e a outra ao cônjuge."

7. Esse ordenamento, em termos, tem como símile o art. 154 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, que garante às pessoas da família do servidor,

> " ... na forma a ser prevista em lei, uma **pensão nunca inferior a 2/3 do vencimento** (percebido pelo) funcionário morto em conseqüência de acidente ou ..."

Esse preceito, diversamente do Estatuto dos Servidores Públicos Ferroviários do Rio Grande do Sul, não estipulou, de logo, o valor, nem seria auto-executável, enquanto não editasse o Estado a lei que cogita o comando em referência. Assim, até 21 de setembro de 1956, quando através do diploma legal n.º 2936, tornou o Estado efetiva a garantia contemplada no Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, (a) fixando o valor da pensão em dois terços (2/3) dos vencimentos percebidos "pelo servidor na data da sua morte"; (b) tornando obrigatório o pagamento "em prestações mensais" (**ut** art. 1.º e parágrafo único, Lei n.º 2.936/56); e (c) declarando as pessoas compreendidas como beneficiárias, "em ordem sucessiva: a mulher, ..., os filhos menores ou filhas solteiras ..." (**ut** art. 2.º), não passava o artigo 154, da Lei n.º .. 1.751/52, de regra programática.

Igualavam-se, agora, com a Lei n.º 2.936/56, os comandos legislativos inseridos no Estatuto dos Servidores Ferroviários e dos Funcionários Civis do Estado, não só nos benefícios e valor como, ainda, ao definir as pessoas beneficiárias. Nem uma nem outra legislação, todavia, cuidou de prever as hipóteses de revisão.

Essa situação perdurou até 1961, quando pela Lei n.º 4.187, de 6/11/1961, foi acrescentado um parágrafo ao art. 154 da Lei n.º 1.751, de 22/2/1952 — Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado — para contemplar a figura da revisão da pensão, que seria feita, quando elevados os vencimentos dos servidores, à base de 70% do aumento concedido aos mesmos, **verbis:**

> " ... será **revisada toda vez** que forem **majorados** os **vencimentos** dos servidores em atividade na **razão** de **70%** do **aumento concedido.**" (**ut** art. 1.º, Lei n.º .. 4.187/61)

8. Com o advento da Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, consagrando, no plano estadual, princípio existente, no plano federal, a teor do art. 242 da Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União), foi, também, assegurado: (a) **pensão** à família do servidor "em caso de morte" por acidente sofrido no exercício de suas atribuições, em valor correspondente ao total das vantagens percebidas, na data do fato; ou, ao próprio funcionário; (b) **aposentadoria**, com vencimentos e vantagens integrais (**ut** art. 177, inciso III, combinado com o § 2.º do art. 210 da Constituição do Estado de 1947, igual ao 104, inciso I, letra **b**, da EMENDA n.º 1, de 1970, da Constituição de 1968); além de (c) "tratamento por conta do Estado, inclusive hospitalização".

Eis o texto da Lei:

> "Art. 47 — Além das vantagens indicadas no artigo 177, inciso III, do Estatuto, o funcionário que sofrer acidente em serviço ou moléstia profissional terá tratamento por conta do Estado, inclusive hospitalização.
>
> Parágrafo único — Em caso de morte, a pensão a que alude o artigo 154 do Estatuto corresponderá ao total das vantagens percebidas pelo servidor."

9. Até o momento da promulgação do ordenamento legal de 1965 — Lei n.º 4.937/65 — nem uma dificuldade surgira, eis que a legislação para os servidores públicos em geral — Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado — e, para os servidores ferroviários, a legislação própria — Estatuto dos Servidores Ferroviários do Estado do Rio Grande do Sul —, de um lado, guardavam semelhança nos comandos e até os quantitativos eram iguais — aposentadoria com vencimentos integrais, nos casos de incapacidade do servidor, independentemente do tempo de serviço e pensão, à base de 2/3 dos vencimentos percebidos à época do evento, à família, em caso de morte.

É certo que a Lei n.º 4.187, de 8/11/1961, apenas se referiu ao Estatuto do Funcionário Público do Estado, mostrando-se, pois, **silente** quanto aos servidores que tivessem legislação própria. Mas, no caso dos ferroviários, em virtude do ordenamento consagrado no art. 282 do correspondente Estatuto (Lei n.º ..... 2.061/53), que **manda** aplicar, **nas omissões, "as leis reguladoras dos direitos** e dos deveres **dos funcionários civis"**, se tornou induvidosa a incidência do benefício da predita Lei n.º 4.187/61, também, aos ferroviários.

A exemplo do diploma legal que institui as hipóteses de revisão do valor das pensões (Lei n.º 4.187/61), a Lei n.º 4.937, de 22/2/1965, que, através das disposições constantes do art. 47 e respectivo parágrafo, **ampliou** tais **vantagens**, tanto ao servidor quanto aos dependentes do mesmo, não fez quaisquer remissões a outras legislações e, no particular, ante o silêncio da nova regra inserida em texto diverso da legislação específica dos ferroviários, e **inexistindo omissão, poderia**, à primeira vista, levar o administrador à falsa conclusão de que **não se estenderiam** esses **favores** aos **servidores ferroviários** ou familiares.

Não participo, porém, de semelhante entendimento e tenho por indisfarçável a aplicação dos preceitos da Lei n.º 4.937/65, em seu art. 47 e parágrafo único, aos servidores ferroviários e respectivos dependentes, porque, de um lado, na forma do art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, nos casos omissos, cumpre resolver "o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito" e, de outro lado, porque os servidores ferroviários, desde a Carta Política de 1947, sempre tiveram garantidos, no mínimo, os direitos e vantagens que a lei assegurasse aos funcionários públicos, **verbis:**

> " ... a lei não poderá excluir os servidores ferroviários de **qualquer direito**, garantia ou **vantagem** que forem **assegurados** aos **funcionários públicos."** (**ut** Constituição do Estado, 1947, art. 219; 1968, art. 80; 1968 com a EMENDA n.º 1, de 1970, art. 108, grifei)

10. DE PLÁCIDO E SILVA, em seu "Vocabulário Jurídico", acentua que **vantagem** é o ganho, o lucro, o privilégio, o proveito que se possa obter de um ato, negócio ou preceito legal, **verbis:**

> "VANTAGEM. Do francês **avantage** (benefício, proveito, lucro), em amplo sentido, entende-se o ganho, a utilidade, o proveito, o **lucro**, que se possa auferir, ou tirar, de um ato jurídico, de um negócio, ou de uma disposição legal.

> Em sentido especial, a vantagem pode manifestar-se como uma **prioridade**, um benefício particular, ou uma **regalia**, que se estabelece em favor de um, em relação a outros.
>
> Levar vantagem, pois, é ter um trato especial, ou ser **mais bem favorecido."** (**in** autor e obra cit., vol. IV, p. 1.626, verbete: Vantagem)

11. Depois, como ministra JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, em seu "Tratado de Direito Admiinstrativo", a proteção do agente do serviço público ou de seus dependentes foi consignada no direito administrativo **antes** mesmo que o Direito Civil (hoje legislação obreira) cogitasse de inserir em favor do trabalbador em geral, do setor privado, qualquer preceito, cobrindo o risco a que está sujeito quando no exercício de suas funções (cfe. autor e obra cit., vol. VII, Forense, 1a. edição, 1970, pp. 120 e 224, §§ 90 e 173).

12. E, finalmente, a pensão, tal como os proventos de aposentadoria — ou os próprios vencimentos do servidor —, não há que negar, têm caráter ou natureza alimentar e, por sem dúvida, se têm alargado com o desenvolvimento da política de previdência e assistência social assegurada pelo Estado ao trabalhador e seus dependentes, através da cobertura de um campo sempre maior do seguro social, para dar a todo trabalbador nacional e sua família, proteção, prevenindo-os contra as vicissitudes da vida; esteia-se em suporte diverso da pensão alimentar de que cuida o direito de família, calcada esta na só relação de parentesco. Guardam inobstante a diversidade de relações em que se apóiam, identidade de propósitos e apresentam muitas características comuns. Assim, por exemplo, a administração periódica de determinada quantia em dinbeiro e, a par das longas divergências doutrinárias, o caráter pessoal do direito, a irrenunciabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade e intransmissibilidade dele, bem assim, o conteúdo patrimonial da espécie, a par do caráter vital, em certas hipóteses, e civil, em outras, conforme a dimensão — **necessarium vitae** ou **necessarium personae** —, necessário à vida ou necessário à pessoa.

13. A expressão pode designar medidas diversas, mas apresenta sempre semelhanças com a figura da aposentadoria e, dentro do campo do direito administrativo, significa:

> "**Renda** vitalícia ou temporária, que o **Estado**, ou uma entidade particular se **obriga a pagar, mensal** ou anual-

mente, ao cônjuge, herdeiros ou **beneficiários de funcionário público, ou associado de entidade de previdência social** ou beneficente, em **virtude** de contrato ou **disposição** legal ou **estatutária.**" (**apud** JOSÉ NAUFEL, "Novo Dicionário Jurídico Brasileiro" — 4a. ed., José Konfino, 1965, vol. II, p. 234, verbete: **pensão,** (grifei)

Ou, como ministra DE PLÁCIDO E SILVA,

"PENSÃO. Derivado do latim **pensio** (pagamento), sempre foi tido na acepção de **pagamento** ou de **contribuição,** a que se está sujeito em virtude de **encargo** ou de **obrigação.**

Nesta razão é que, antigamente, era tido no mesmo sentido de **tributo.**

Inda hoje, **foro** e **pensão** aplicam-se em sentido equivalente. Diz-se propriamente **pensão enfitêutica** para exprimir o **foro** devido nos emprazamentos ou aforamentos.

Pensão. Na linguagem jurídica correntia, entanto, é **o vocábulo aplicado,** sem fugir ao sentido literal de **pagamento, para designar a renda ou o abono periódico, que é devido a uma pessoa, para que atenda a suas necessidades ou a mantença.**

E, nesta acepção, é tomado em sentido **lato** e geral e em sentido estrito.

Em sentido amplo, corresponde a toda contribuição ou abono, devido à pessoa, sem qualquer contraprestação de serviço ou trabalho, seja a título de alimentos, de aposentadoria ou de invalidez.

E pode ser **vitalícia** ou **temporária,** segundo é estabelecida **enquanto viver a pessoa** (vitalícia) ou para ser paga ao **pensionado** ou **pensionista** durante um **prazo predeterminado** ou **limitado** (temporária).

Assim, a pensão não se confunde com o **ordenado** ou o **vencimento,** desde que se mostre encargo a ser cumprido, independentemente do trabalho ou serviço do favorecido, para atender às necessidades da pessoa. É uma **contribuição de assistência.**

No sentido restrito, é a **renda** ou o **abono periódico** que é atribuído aos herdeiros e cônjuge do funcionário, civil ou militar, ou do empregado, para que se **mantenham** ou supram suas necessidades.

Revela-se, desse modo, o **benefício** assegurado aos herdeiros de uma pessoa, em virtude de lei, ou porque o tenha **instituído** através de institutos de assistência apropriados.

E, em quaisquer dos sentidos, é a **renda** instituída em favor da pessoa, para que a receba de quem a ela está obrigada, seja como **vitalícia** ou como **temporária,** correspondendo para esta pessoa um **encargo** ou **obrigação,** de que não se pode furtar em benefício do pensionado ou pensionista, que também se diz **beneficiário.**

. . . . . .

PENSÃO CIVIL. Assim se diz da **renda** que procede de benefício assegurado aos empregados ou funcionários civis ou a seus herdeiros, seja devida pelo próprio Estado ou pelas instituições de assistência e beneficência, em que se seguraram.

PENSÃO MILITAR. É a que é atribuída ao **militar reformado** ou aos herdeiros dos militares." (**in** obra cit., pp. 1143 e 1144, verbete: **pensão,** grifei)

14. A Consultoria-Geral do Estado, mostrando a semelhança dos institutos, a igualdade da natureza, objetivos e razões que inspiraram o legislador, no Parecer n.º 2153, da lavra do Consultor Jurídico Professor NEY SÁ, depois de fazer a análise crítica do mandamento, arremata:

"Tal disposição está a demonstrar que a aposentadoria devida pelo Estado, ainda que com vencimentos integrais, é meramente **complementar** à percebida pelo aposentado da Instituição Previdenciária.

No que respeita ao pensionista, a quem se assegura, também, nos termos do art. 154 do Estatuto, pensão correspondente ao total das vantagens percebidas pelo servidor falecido, razão nenhuma existe, de fato ou de direito, que autorize o entendimento de que a prestação pega pelo erário seja cumulada com idêntica vantagem auferida da Instituição Previdenciária.

São ambos os institutos — aposentadoria e pensão — de igual natureza, perseguem o mesmo objetivo, pautam-se por razões de direito e justiça iguais, devendo, assim, ser regulados de modo idêntico, segundo o conceito básico da analogia em Roma: **Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio.**" (**apud** "Revista da Consultoria-Geral", vol. 2, n.º 4, p. 251)

15. A União, em recente diploma legal, e, por certo, com o propósito de evitar controvérsias acadêmicas, editou a Lei n.º 5.797, de 10/8/1972, onde clara e expressamente mostra o caráter complementar da pensão, garantida pelo Governo Federal aos familiares dos servidores mortos no exercício das respectivas funções, à percebida do Instituto de Previdência, evidenciando, a seu tempo, com essa medida a natureza jurídica e complementaridade dos institutos.

É, pois, induvidoso que a pensão constitui para a família, nos casos de acidente em serviço, substitutivo da aposentadoria, com vencimentos e vantagens integrais — independentemente do tempo de serviço —, para o funcionário. E, sabido é, repita-se que, nos termos das disposições consignadas, tanto no Estatuto dos Servidores Ferroviários quanto no do Funcionário Público Civil, na hipótese de invalidez por acidente, o Estado não defere ao servidor (ut art. 191, inciso III, combinado com o art. 189, § 1.º, da Lei n.º 2.061/53) senão a diferença entre o **provento** pago pela instituição de previdência social e o estipêndio que **percebia**, na atividade, no momento do evento. Nada autorizaria, pois, concluir que, na hipótese de pensão à família do servidor, o critério devesse ser diverso, ser mais amplo, de vez que não seria o substitutivo que, a todo tempo, insiste a lei em mostrar que é.

Vejam-se os textos referidos:

> "Art. 191 — A Viação Férrea providenciará junto à Instituição de Previdência sobre o competente processo de aposentadoria do servidor, se este não tomar tal iniciativa:
>
> .....
>
> III — quando inválido em conseqüência de acidente no exercício de suas atribuições ou de doença profissional;
>
> .....
>
> "Art. 189 — .....
>
> § 1.º — **A aposentadoria em conseqüência de invalidez prevista nos incisos III e IV do art. 191, dará direito à diferença entre o provento pago pela instituição de previdência social e o estipêndio da atividade, independentemente do tempo de serviço.**" (grifei)

Vale dizer, com efeito, **inexistindo disparidade** acentuada **entre** os **institutos** da **aposentadoria** e da **pensão vitalícia** de que se cogita; participando, como já demonstrado, da mesma natureza, já que ambos, aposentadoria e pensão, **não são a paga de contraprestação de trabalho,** mas de um trabalho prestado, e visando, um e outro, a garantir a **sobrevivência** para o **servidor impossibilitado de trabalhar ou da família de servidor falecido,** não há razão jurídica suficiente para deixar de estender o que se dispôs a respeito da situação de um instituto para resolver, no silêncio ou omissão da lei, situação enfrentada no outro.

Nada, pois, justificaria que se considerasse **complementar** a obrigação do Estado para efeitos da concessão da aposentadoria e, na mesma circunstância, essa obrigação do Estado ser **considerada cumulativa** para efeitos da pensão vitalícia.

16. Superado, de conseguinte, o obstáculo maior, qual seja o de situar a condição **supletiva** do benefício devido pelo Estado, face à prestação previdenciária, importa determinar o valor dessa complementação.

Dizer-se que o Estado nada deve porque, tomados os valores de forma absoluta, a importância paga à família do servidor pela instituição previdenciária é superior aos vencimentos do **de cujus** no Estado; ou, igualmente, dizer-se que o Estado deve o total das vantagens, sem embargo da pensão previdenciária, são soluções simplistas demais e, ambas, **incorretas.**

17. **In hac specie,** o funcionário, embora pertencendo ao Estado, era cedido à Rede Ferroviária Federal S. A., e percebia, à conta do Erário Estadual, Cr$ 2.100,00 e, à conta da Rede, Cr$ 2.280,00. A contribuição previdenciária, portanto, respeitado o teto legal, resultava da soma dessas duas parcelas. O benefício, hoje, pago pela instituição de previdência, na ordem de dois mil seiscentos e oitenta e oito cruzeiros (Cr$ 2.688,00), nos termos da informação de fls. 17, teve em conta os recolhimentos feitos, de acordo com os descontos em folha, sobre o total, sem distinguir parcela do Estado e parceda da Rede. Esse recolhimento, de feito, **limitado** pelo teto: fixado em dez (10) vezes o maior salário-mínimo vigente no país, era calculado com a inclusão dos estipêndios pagos, também, pela Rede Ferroviária S. A., impondo-se a conclusão de que o Estado e Rede Ferroviária S. A. participaram da formação do direito à pensão previdenciária, deixada pelo servidor junto ao Instituto Nacional de Previdência Social, que pode ser sintetizada, no seguinte quadro:

I)	**Vencimentos:**		
	a) do Estado	Cr$ 2.100,00	— 48%
	b) da Rede Ferroviária	Cr$ 2.280,00	— 52%
	Soma	Cr$ 4.380,00	100%

Da soma, como dito, dessas duas parcelas — vencimentos pagos pelo Estado e vencimentos pela Rede —, como segurado do Instituto Nacional de Previdência Social, deixara o **de cujus** a pensão correspondente aos benefícios prodigalizados pelo INPS, que podem ser sintetizados no seguinte mapa:

II)	**Benefícios percebidos do INPS:**		Cr$ 2.688,00
a)	Parcela correspondente aos vencimentos do Estado..... — 48% de	Cr$ 2.688,00	Cr$ 1.290,24
b)	Idem da Rede..— 52% de	Cr$ 2.688,00	Cr$ 1.397,76
			Cr$ 2.688,00

A pensão garantida pelo Estado, na forma da legislação vigente, à família do servidor falecido, em virtude de acidente, **substitui** o benefício de aposentadoria ao próprio funcionário, e esta não se configura senão pela **diferença** entre o **provento** recebido da instituição de previdência e o estipêndio percebido pelo beneficiário, quando em atividade, no momento do infortúnio. A fixação, pois, do valor a ser pago pelo Estado far-se-á, tomando-se por base o vencimento total percebido, no Estado, deduzida dele a quantia recebida do ente previdenciário.

18. O **de cujos**, a título de vantagens devidas pelo Estado, na condição de titular do cargo de engenheiro, percebia **Cr$ 2.100,00**, correspondendo esse **quantum**, na instituição de previdência, na forma demonstrada, a apenas quarenta e oito (48) por cento do total da pensão recebida pela família, ou seja, **Cr$ 1.290,24.**

Do confronto dessas parcelas resulta inequívoco que, para atingir o total de vantagens percebidas pelo servidor do Estado, no dia do falecimento, **falta a quantia de Cr$ 809,76,** que deverá ser paga pelo Erário Estadual, na forma prevista pelo art. 174 e §§ da Lei n.º 2.061/53, fazendo-se as revisões posteriores nos termos da Lei n.º 4.187/61, à base de 70% dos aumentos concedidos aos servidores em atividade.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 29 de dezembro de 1972.

Orlando Giraldi Vanin
Consultor-Geral do Estado

TRABALHOS FORENSES

EXMO. SR. MINISTRO PRESIDENTE DA EGRÉGIA 3ª TURMA DO COLENDO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu procurador abaixo firmado (doc. anexo), nos autos da reclamatória trabalhista que MARIA AMÉLIA CORREIA TINOCO move contra a Autarquia Estadual INSTITUTO SUL RIOGRANDENSE DE CARNES, não se conformando, **data vênia**, com o v. acórdão desta Turma que não conheceu do Recurso de Revista que interpôs, vem recorrer, por via de

E M B A R G O S

nos termos do art. 894, b), da Consolidação das Leis do Trabalho, para o Colendo Tribunal Superior, em composição plena, o que efetivamente faz pelas razões a seguir expostas.

Termos em que
P. deferimento

Brasília, DF, março de 1973.

Aldo Raulino Carneiro da Cunha Ferro

RAZÕES DO EMBARGANTE

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

O acórdão embargado, **data vênia** de seus eminentes prolatores, contrariou disposição expressa de Lei Federal (art. 4.º, § 1.º, da Lei n.º 1890, de 13 de junho de 1963, e os artigos 88 do Código de Processo Civil, 486 e 841 da Consolidação das Leis do Trabalho.

I — VIOLAÇÃO DE DISPOSIÇÃO LITERAL DO ART. 4.º, § 1.º DA LEI n.º 1890, de 13 de junho de 1953.

A despeito das novas disposições da Constituição Federal (Emenda n.º 1|69) que limitou seu campo de aplicação e da suspensão por inconstitucionalidade, pela Resolução n.º 81/65 do Senado Federal, do artigo 2.º, permanece vigente, na plenitude de sua eficácia, o § 1.º, do art. 4.º, da Lei n.º 1890 de 13 de junho de 1953, que "aplica dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho aos mensalistas da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios e das Entidades Autárquicas", e dispõe, **verbis:**

> "Será sempre citado o representante do Ministério Público, desde que a ação se intente contra a União, os Estados ou os Territórios, e respectivas Entidades Autárquicas".

O INSTITUTO SUL RIOGRANDENSE DE CARNES, contra quem foi proposta a presente reclamatória, é AUTARQUIA do Estado do Rio Grande do Sul, criada pelo Decreto n.º 5648 de 13 de julho de 1934 e regida atualmente pelo Decreto-Lei Estadual n.º 7.918 de 18 de agosto de 1939 (doc. fls. 102).

Por este motivo, e segundo disposição expressa do § 1.º, do art. 4.º, da Lei 1890, a reclamante ao propor a presente ação trabalhista deveria ter requerido, sob pena de nulidade, a par da citação da Autarquia reclamada, também, a do Estado, na pessoa do representante do Ministério Público Estadual; a omissão desse pedido na inicial deveria ser suprida, de ofício, pelo Mmo. Juiz da Junta de Conciliação e Julgamento, **o que não ocorreu.**

É evidente que este preceito de órdem pública decorre da **comunhão de interesses entre o Estado** e **suas Autarquias** e, por este motivo, é imperativa e inderrogável a citação de **ambos** para integrarem a lide.

As autarquias possuem atribuições estatais específicas conferidas pela Lei que as criou. Por isso estão sujeitas ao controle da entidade estatal a que pertencem.

No caso específico, tendo sido extintos os "**serviços de marchanteria**" do INSTITUTO SUL RIO GRANDENSE DE CARNES, **por ato do Governo do Estado** que determinou, inclusive, "a **venda dos bens e dispensa do pessoal contratado**" (doc. fls. 124), é evidente que o não cumprimento dessa resolução governamental ocasionará sérios prejuízos ao Instituto que deverá

manter empregados em **serviço extinto;** e caso não tenha recursos para fazê-lo — os serviços extintos por deficitários —, o Estado, responsável subsidiariamente por todas as obrigações assumidas pela Autarquia, deverá dar-lhe a receita necessária.

É este o ensinamento do Prof. HELY LOPES MEIRELES em sua obra "DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO", pág. 286/7:

> "Exaurindo-se os recursos autárquicos — que são também patrimônio público — não vemos como possa a Fazenda Pública eximir-se da responsabilidade subsidiária para o resgate dos débitos restantes".

Como vemos, a **admissão** da reclamante e, também a sua **demissão** do INSTITUTO SUL RIOGRANDENSE DE CARNES, ocorreu, inegavelmente, por ato de autoridade pública — o Governador do Estado do Rio Grande do Sul — que determinando a liquidação dos serviços de marchanteria da Autarquia, com a venda dos respectivos bens e dispensa do pessoal contratado, ocasionou a rescisão do contrato de trabalho da reclamante.

II — INFRAÇÃO LITERAL DO ART. 486 DA CLT.

Na contestação apresentada pelo INSTITUTO SUL RIO GRANDENSE DE CARNES esses fatos não só foram invocados, como efetivamente comprovados.

Demonstrou a Autarquia, em sua defesa de fls. 97, que a contratação da reclamada como empregada CLT somente foi possível em decorrência de ato do Governo do Estado que autorizou, nos termos da Portaria n.º 52, de 26 de janeiro de 1950 (doc. fls. 121), "**o INSTITUTO SUL RIOGRANDENSE DE CARNES a empreender o abate de gado e venda de carne à população" de Porto Alegre**. Diz, ainda, a reclamada na contestação de fls. 97: "Nestes serviços denominados "serviços de Marchantaria", **estranhos às finalidades institucionais** da Autarquia, mas a ela **expressamente cometidos por determinação da pessoa Matriz**, foi a reclamada admitida, em 23 de outubro de 1951, **nos termos da legislação do trabalho**". (grifei)

Ora, diz o art. 486 da CLT, **verbis:**

> "No caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do Governo responsável".

E, conclue o § 1.º, **verbis**:

> "sempre que o empregador invocar em sua defesa o preceito do presente artigo, o tribunal do trabalho competente notificará a pessoa de direito público apontada como responsável pela paralisação do trabalho, para que no prazo de 30 dias, alegue o que entender devido, passando a figurar no processo como chamado à autoria".

Conseqüentemente, **ex-vi** do disposto no citado artigo e parágrafo da CLT, o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL **deveria ser chamado à autoria** e **não o foi**, com evidente prejuízo para a defesa dos seus legítimos interesses, defesa essa que lhe foi totalmente cerceada.

O acórdão embargado por dispensar a citação, ou notificação, do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL **foi contrário à letra da Lei Federal**, consubstanciada no art. 486 da CLT, e respectivo parágrafo primeiro.

III — INFRAÇÃO DE DISPOSIÇÕES LITERAIS DOS ARTIGOS 88 DO CPC e 841 DA CLT.

Não dispõe a CLT, esfecificamente, do LITISCONSÓRCIO. Porém, o art. 769, no Título X, DO PROCESSO JUDICIÁRIO DO TRABALHO, preceitua, **verbis**:

> "Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título".

Conseqüentemente, aplica-se ao processo trabalhista o disposto no art. 88 do Código de Processo Civil que dispõe, **verbis**:

> "Admitir-se-á o litisconsórcio, ativo ou passivo, quando fundado na **comunhão de interesses**, na conexão de causas, ou na afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito". (grifei)
>
> **No primeiro caso não poderão as partes dispensá-lo**, no segundo, não poderão recusá-lo quando requerido por qualquer delas; no terceiro, poderão adotá-lo, quando de acordo". (grifei)

Evidentemente, pelas razões já expostas, configura-se, nesta lide, o LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO fundado na **comunhão de interesses** entre o ESTADO e sua AUTARQUIA, como um prolongamento que é do próprio ESTADO. Por isso confundem-se os interesses de ambos. Não se pode desvincular a Autarquia do ente de direito público que a criou. Essa vinculação que gera a **responsabilidade subsidiária** do Estado é fundada na **Comunhão de interesses públicos**.

A citação do Estado para integrar a lide era indispensável e deveria ter sido feita consoante o disposto no art. 841 da CLT sob pena de NULIDADE ABSOLUTA.

IV — NULIDADE ABSOLUTA DE TODOS OS ATOS PROCESSUAIS PELA FALTA DE CITAÇÃO, OU NOTIFICAÇÃO, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL argüiu a **nulidade absoluta**, cominada nos termos do art. 165 do Código de Processo Civil, que complementa, por disposição geral de processo, a regra do art. 841 da CLT, **à primeira vez em que teve de falar nos autos**, consoante o disposto no art. 795 da CLT, **quando tomou conhecimento da causa contra a sua autarquia, pela remessa que lhe foi feita do acórdão, por ofício do Sr. Subdiretor Geral do Tribunal da 4ª Região** (fls. 211), sem que o acórdão proferido por aquele Tribunal lhe fizesse qualquer referência, quando interpôs o Recurso de Revista.

O Estado, dest'arte, argüiu, no tempo oportuno, a nulidade absoluta do processo, cumprindo o preceito do art. 795 da CLT que dispõe, **verbis**:

> "As nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, **as quais deverão argüí-las à primeira vez em que tiverem de falar** em audiência ou nos **autos**". (grifei)

Ademais, salientou, então, e ratifica nesta oportunidade que a NULIDADE argüida, por ser ABSOLUTA, **pode ser alegada a qualquer tempo e mesmo decretada "ex ofício"**.

O prejuízo do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL por não ter sido citado, ou notificado, como determinam os artigos 4.º, § 1.º, da Lei 1890 de 13/6/53, 486 da CLT e 88 do CPC, conforme foi acima demonstrado, é irreparável pois teve sua defesa totalmente cerceada.

Nestas circunstâncias não poderá a decisão ser validamente proferida senão com a presença, na relação processual, de todos os que são partes necessárias — "ab initio" — dada a comunhão na relação de direito material.

A condenação da Autarquia afeta diretamente o Estado. Ora, no caso, não tendo o Estado sido citado, ou notificado, a sentença é **nula**, não sendo sequer necessária a ação rescisória para desfazê-la.

Ademais, conforme foi comprovado, no caso "sub judice", o fato que deu motivo ao litígio atribui-se mais ao próprio Estado, ora recorrente, do que à sua Autarquia (Docs. de fls. 121 e 124).

V — R E Q U E R I M E N T O

ANTE O EXPOSTO, requere o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL seja **conhecido** e **provido** o presente RECURSO DE EMBARGOS, para ser reconhecida e declarada:

a) a nulidade ABSOLUTA de todo o processo, inclusive a inicial, pois nela deveria ter sido pedida a citação do Estado, como litisconsórte necessário, o que foi omitido;

b) a prescrição desta ação e da pretensão invocada pela reclamante, pois ato nenhum contra o litisconsórte necessário ocorreu no biênio a que se refere o artigo 11 da CLT.

Assim decidindo este COLENDO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO fará

J U S T I Ç A !

Brasília, DF, março de 1973.

Aldo Raulino Carneiro da Cunha Ferro

CONTESTAÇÃO PELO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL NA AÇÃO ORDINÁRIA N.º 97.580 MOVIDA POR FRANCISCO SELHANE.

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 1.ª Vara da Fazenda Pública

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu representante legal infra-escrito, nos autos da ação ordinária que lhe move Francisco Selhane, vem oferecer contestação ao procedimento do autor, o que faz nos seguintes têrmos:

PRELIMINARMENTE

1. Alega o Estado do Rio Grande do Sul a ocorrência da prescrição em relação ao alegado direito do autor, eis que, da data de sua aposentadoria ao momento da propositura da ação, passaram-se mais de cinco anos. Nestas condições, a teor do que dispõe o Decreto-Lei n.º 20.910, de 6 de janeiro de 1962, inexiste possibilidade de Francisco Selhane buscar judicialmente o que pretende, requerendo o contestante que V. Exa. reconheça e declare a existência, digo, a existência do lapso prescricional.

2. Como segunda preliminar argüi o Estado do Rio Grande do Sul a ocorrência de DECADÊNCIA relativamente ao direito de reenquadramento pretendido pelo autor. Com efeito.

A Lei n.º 3.828, de 21 de setembro de 1959, invocada pelo autor como suporte de sua pretensão, estabelece em seu artigo 2.º:

> "artigo 2.º — O pedido de enquadramento deverá ser encaminhado **dentro do prazo de sessenta dias,** acompanhado de documentação hábil, ao órgão competente, ao qual competirá promover, de imediato, o enquadramento do servidor que tiver seu requerimento deferido e providenciar a criação dos cargos necessários."

Posteriormente foi editada a Lei n.º 4.345, de 21 de outubro de 1962, que dispôs "sobre a aplicação da Lei n.º 3.828 de 21/9/1959 para os servidores ferroviários" a qual, em seu **artigo 2.º** estabeleceu taxativamente o seguinte:

> "artigo 2.º — **Prevalecem,** para os **efeitos desta lei,** as disposições da Lei n.º 3.828, de 21 de setembro de 1959, contidas nos **artigos 2.º,** 3.º e 4.º" (os grifos são nossos)

Assim, tanto em um como em outro dos diplomas legais trazidos à colação pelo autor, são fixados prazos de preclusão, fatais, de **decadência,** para que as partes que estivessem enquadradas nas exigências legais requeressem o reconhecimento dessa situação pela autoridade administrativa e, a partir da ciência por parte desta, pudessem ser consideradas aptas a gozar de tais vantagens.

É da natureza de tais Leis estabelecer prazo certo de habilitação de funcionários, posto que, só depois de deferidos os requerimentos, tratará a autoridade administrativa de criar os cargos necessários para absorver os que foram considerados com

direito ao reenquadramento. Assim já havia sido disposto no Decreto n.º 4.858, de 8 de fevereiro de 1954 (artigo 3.º), que regulamentou a execução do artigo 25 da Lei n.º 2.020, interpretado pela Lei 2.343, de 28/1/1954, só que com prazo menor: 30 dias.

O autor, não tendo requerido o reenquadramento dentro de 60 dias, a contar de 21 de outubro de 1962, deixou de fazer jús ao benefício que se lhe ofereceu. Não pode ser reenquadrado, portanto, mesmo porque não existe o cargo que deveria ter sido criado "oportuno tempore". E porque, segundo a Lei, "Dormientibus non sucurrit jus".

Quanto à legalidade da fixação de tais prazos de decadência, pronunciou-se o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, através da Primeira Câmara Cível Especial, na decisão contida no acórdão que está nos autos da Apelação Cível n.º 2.724, de 16 de julho de 1968. Saliente-se que, havendo sido interposto recurso extraordinário, o Exmo. Sr. Presidente negou seguimento ao mesmo.

Pelo exposto, requer o Estado do Rio Grande do Sul que V. Exa., se não acolher a primeira preliminar julgue ter o autor decaido do direito ao reenquadramento que pretende e o julgue carecedor de ação

MÉRITO

O enquadramento, segundo se vê nos textos das Leis números 3.828 e 4.345, dar-se-ia para os funcionários ocupantes, mediante ato legal de nomeação ou designação, dos cargos nelas **taxativamente** enumerados. Têm os interessados, "data venia", e para contornar a restritividade da Lei, ansiosamente tentado criar uma urdidura de caráter pretensamente lógico, pela qual se pretende convencer a todos que a mencionada enumeração é meramente exemplificativa.

Se se trata, todavia, de uma Lei especial que busca alcançar determinados efeitos e determinadas categorias de servidores, enunciando-se minuciosamente, não se pode aceitar sem protesto que mil e um funcionários queiram alcançar o benefício restrito através de quadros comparativos de vencimentos e outros artifícios de imaginação. Já basta a imaginação de continuadas designações. Assim, considerando o fato de que o autor, ao tempo da Lei era Assistente de Procurador e este cargo não constava entre os que permitiam a seus titulares o reenquadramento, não pode prosperar o pedido. O enquadramento é restrito e não pode ser ampliado porque assim não o quis a Lei.

De outra parte, e finalmente, deve ser salientado que as disposições das Leis n.ºs 3.828 e 4.345 não mais podem ser aplicadas por constituirem forma indireta e velada de equiparação ou vinculação. Como é sabido, a Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, em seu artigo 98, parágrafo único, veda tanto uma como figura, digo, tanto uma como outra figura de antigas práticas da administração e da Lei.

Pelo exposto, e mais os doutos suprimentos de V. Exa., espera o Estado do Rio Grande do Sul seja julgada improcedente a presente ação, condenando-se o autor no pagamento de custas e honorários advocatícios. Protesta-se pela produção de provas.

Porto Alegre, 23 de dezembro de 1971.

Nilo Vargas
Defesa Judicial do Estado

JURISPRUDÊNCIA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 76.345 — RIO GRANDE DO SUL

EMENTA: — Proventos de aposentadoria. Os impetrantes não sofreram violação de direito subjetivo.
Vulneração do § 2.º do art. 102 da Lei Magna. Recurso provido.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Brasília, 19 de junho de 1973.

Luiz Galotti
Presidente

Djaci Falcão
Relator

R E L A T Ó R I O

O SR. MINISTRO DJACI FALCÃO: — Traz o seguinte teor a decisão objeto do presente recurso extraordinário:

"Servidor Público Inativo.
Regime especial de trabalho de trinta e três horas, vigorante em tempo suficiente para incorporar aos proventos da aposentadoria, quando esta se verificou. A Lei n.º 6.193, de 11 de janeiro de 1971, embora estabeleça novas bases do regime especial de trabalho, não prejudica o direito dos inativos, que continuam percebendo a vantagem com que se aposentaram.
Deram provimento ao recurso, vencido, quanto à condenação em honorários de advogado, o Presidente da Câmara.

AGRAVO DE PETIÇÃO 4ª CÂMARA CÍVEL
N.º 18.561 PORTO ALEGRE
CARLINDA SCHÜLER LIEBLING,
MARIA DE OLIVEIRA GUGLIELMI, MARINA
MARTINS DE SOUZA E SYLVIA
VIANNA, AGRAVANTES;
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, AGRAVADO.

Acordam, em 4ª Câmara Cível, por unanimidade de votos, dar provimento ao agravo de petição, interposto por Carlinda Schüler Liebling e outras, da decisão do meritíssimo Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre, que lhes denegou mandado de segurança; votou vencido, no tocante à verba honorária, o Exmo. Sr. Des. Presidente da Câmara, de conformidade com seus reiterados pronunciamentos. Custas na forma da lei.

1. Aposentaram-se, as impertantes, no serviço público estadual, sendo as três primeiras no cargo de assessor administrativo, e a última no de técnico de administração; todas eram classificadas no Nível Superior do Quadro Geral dos Funcionários Públicos do Estado. Foram inativadas com a vantagem correspondente ao regime especial de trabalho, previsto na letra A do art. 5.º da Lei Estadual n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965; a sobredita vantagem lhes foi incorporada, ao se inativarem. O Tesouro do Estado, após o advento da Lei Estadual n.º 6.193, de 11 de janeiro de 1971, resolveu cortar-lhes a vantagem. Daí a presente im-

petração. O Sr. Diretor-Geral do Tesouro do Estado, nas suas informações, explica que, por força da referida Lei n.º 6.193, o regime normal de trabalho ficou sendo de trinta e três horas, tendo sido extinto o de vinte e duas horas. O regime **A**, hoje, é de quarenta e quatro horas, e corresponde a uma gratificação de 50% sobre o básico, como o regime normal, agora é de trinta e três horas, aquela parcela de 50% passou a incorporar-se ao vencimento básico, como consequência do aumento de horas de trabalho semanal. Em última análise, aquela gratificação, anteriormente paga aos servidores que estavam no regime especial de trinta e três horas, ficou absorvida pelo básico. O magistrado de primeiro grau acolheu o ponto de vista da autoridade coatora, e isso rendeu ensejo a que as impetrantes agravassem de petição. Aqui na Corte, o Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça emitiu parecer, favorável à reforma do julgado.

2. Dá-se provimento ao recurso, nos termos do parecer, recém referido. A gratificação do regime **A**, prevista na n.º 4.937, constitui vantagem autônoma, definitivamente incorporada aos proventos dos inativos, no momento em que se aposentaram. Jamais poderia ter sido cortada, através de simples ato da autoridade administrativa. A inovação, introduzida pela Lei n.º 6.193, foi o aumento do mínimo de horas semanais para a jornada normal de trabalho dos servidores do Estado: de vinte e duas horas semanais, passou para trinta e três. Mas o **regime especial** é o mesmo, mesmíssimo. Continua a existir o sistema de convocação, como se vê do texto dos §§ 3.º e 4.º do art. 1.º da Lei n.º 6.193. Claro que este diploma, só por exigir mais carga horária de trabalho, jamais poderia vir atingir o inativo, nem para o efeito de levá-lo a trabalhar mais (impossibilidade de fato), nem para modificar-lhe a soma dos proventos, tranquilamente obtida sob a égide da lei anterior (impossibilidade de direito). Demais, cuidou, a mencionada Lei n.º 6.193, de resguardar o direito dos servidores em atividade (art. 1.º, § 3.º, **in fine**). Se assim procedeu, o legislador, como se há de negar, igual direito, aos inativos, cuja situação se fez consolidada, pelo próprio ato da aposentadoria? A egr. 3.ª Câmara Cível, ao

julgar espécie idêntica (agr. pet. n.º 18.445), decidiu no mesmo sentido.

3. Fica, assim, provido o recurso. A maioria condena o Estado a pagar quinhentos cruzeiros de verba honorária.

Participou do julgamento, além dos signatários, o Exmo. Sr. Des. Jorge Ribas Santos.

Porto Alegre, 23 de agosto de 1972

(as.) **Des. Niro Teixeira de Souza,**
Presidente vencido
(as.) **Des. José Dutra,**
Relator."
(fls. 64 a 66).

O recurso esteia-se nas letras a e d do inc. III do art. 119 da Lei Magna, sob alegação de afronta ao art. 102, § 2.º, do citado diploma e de discrepância com a Súmula 512 (f. 68 a 71). Foi admitido pelo despacho de f. 88 a 90, tramitando regularmente (f. 03 a 95, 107 a 108, e 110 a 114).

Perante esta Corte a Procuradoria-Geral da República emitiu o seguinte parecer:

"1. O Estado do Rio Grande do Sul, invocando as letras a e d do permissivo, recorre de acórdão do Tribunal de Justiça em mandado de segurança, assim ementado:

"Servidor público inativo.
Regime especial de trabalho de trinta e três horas, vigorante em tempo suficiente para incorporar aos proventos da aposentadoria, quando esta se verificou. A Lei n.º 6.193, de 11 de janeiro de 1971, embora estabeleça novas bases do regime especial de trabalho, não prejudica o direito dos inativos, que continuam percebendo a vantagem com que se aposentaram.
Deram provimento ao recurso, vencido, quanto à condenação em honorários de advogado, o Presidente da Câmara." (fls. 64).

2. Liminarmente se constata a procedência do recurso no que diz respeito à condenação em honorários, repudiada pela Súmula 512.

3. Na análise do mérito intrínseco, a decisão recorrida negou vigência ao art. 102, § 2.º, da Constituição da República, quando conferiu ao direito local uma interpretação prenhe de efeitos incompatíveis com a restrição contida naquela norma de maior hierarquia. É, a propósito, impecável a demonstração dessa realidade pelo despacho de fls. 89/90, que assim conclui:

"Essa remuneração que se pagava com vencimentos e sobrevencimentos, em duas parcelas, essa remuneração passou a ser paga tão-só com vencimentos, em uma parcela. Os sobrevencimentos, denominados gratificação especial, por regime especial, esses se incluiram nos novos vencimentos. Pelo novo sistema se conservou a gratificação para as 44 horas.
Destarte, se os aposentados perceberem vencimentos correspondentes a 33 horas, hoje regime normal, mais a "gratificação das 33 horas, o "bis in idem" resultará na superioridade dos proventos relativamente a vencimentos do pessoal ativo, trabalhando as mesmas 33 horas".
(fls. 89/90).

4. Pelo conhecimento e provimento do extraordinário, para o duplo efeito de preservar, quanto à questão dos honorários, a eficácia da Súmula 512 e quanto à matéria de fundo, a vigência da norma constitucional que limita os proventos da aposentadoria.

Brasília, 31 de maio de 1973

(as.) **José Francisco Rezek**
Procurador da República.

Aprovo:

(as.) **Oscar Corrêa Pina**, Procurador Geral da República, Substituto." (fls. 119 e 120)

VOTO

O SR. MINISTRO DJACI FALCÃO (RELATOR): — Tenho como irrefutáveis as considerações expostas no parecer da douta Procuradoria-Geral da República. Não há dúvida de que há diversidade de situações de fato e de direito gozado pelos recorridos, ao tempo da sua aposentadoria, e aquela em que se encontram hoje certos funcionários, em regime especial de trabalho.

Aliás, a sentença esclarece bem que as impetrantes do **writ** não tiveram subtraída a gratificação, pois passaram a recebê-la já somada ao vencimento básico (f. 47 e 48). Além de não haver ofensa a direito adquirido, a adoção do entendimento do aresto recorrido importa em violação do § 2.º do art. 102 da Lei Magna.

Ante o exposto dou provimento, para cassar a segurança, restabelecendo a sentença de f. 45 a 48.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 75.918 — RIO GRANDE DO SUL

EMENTA: — DESAPROPRIAÇÃO — RETROCESSÃO.
Não nega vigência a dispositivo federal o Ac. que repele retrocessão, porque o bem desapropriado, se não foi utilizado na obra específica do decreto de expropriação continua a ser utilizado pelo desapropriante em finalidade pública dele para objetivos análogos, além de que tal retrocessão, após 14 anos, operaria locupletamento ilícito de quem a pretende.

Recorrentes: J. F. de A. e outros (espólio de)
Recorrido: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na con-

formidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso.

Brasília, DF, 17 de maio de 1973.

Luiz Gallotti
Presidente

Aliomar Baleeiro
Relator

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ALIOMAR BALEEIRO: 1. O MM. Juiz, a f. 190/196, julgou improcedente ação ordinária de retrocessão de bem desapropriado por utilidade pública, proposta pelos Recorrentes contra o Estado desapropriante. Essa decisão foi mantida, por maioria, pelo v. Ac. de f. 229.

2. O 2.º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pelo v. Ac. de f. 263, rejeitando os embargos infringentes dos A.A., confirmou, por maioria, as decisões denegatórias, com a seguinte ementa:

> "Gleba declarada de utilidade pública para construção de usina hidrelétrica e sistema de irrigação. Efetivada a desapropriação através de escritura pública de compra e venda. Pedido de retrocessão fundado na circunstância de haver decorrido quatorze anos da desapropriação sem que o expropriante tenha dado à gleba a destinação declarada.
> Ação julgada improcedente. O Estado não abandonou o propósito de dar ao imóvel uma destinação de utilidade pública, inclusive contruindo o projetado sistema irrigatório.
> Ademais a pretensão dos ex-proprietários de reivindicar o imóvel mediante a devolução do preço recebido importa em enriquecimento indevido. Receberam dinheiro bom e o devolveriam aviltado pela inflação. O art. 1.150 do Código Civil não pode ser aplicado sem considerar-se essa realidade.
> Votos vencidos que davam pela procedência da ação."

3. Os ex-proprietários, então, recorrem extraordinariamente pelas letras "a" e "d", (f. 300/303) alegando negativa de vigên-

cia ao art. 1.150 do Código Civil, e insistindo em que, não utilizado o bem desapropriado, para a construção da obra específica a que se destinou, cabe a retrocessão. Trazem a colação julgados do Supremo Tribunal Federal, in RDA 48/231; 73/154, RTJ 3/784, 53/43; RF 213/87; e do Tribunal de Justiça e Tribunal de Alçada de São Paulo, in RT 193/237, 229/121, 278/435, 288/282, 232/108, RDA 58/250 e do Tribunal de Justiça do Paraná, in Rev. Jurid. 61/336; que pretendem favoráveis a sua tese.

4. O Recurso Extraordinário subiu pelo deferimento do Ag. 54.536, pelo em. Min. Eloy da Rocha, que reformou o r. despacho (f. 310/314) do em. Des. Júlio Costamilan Rosa, nestes termos:

> "Indefere-se, portanto, seguimento à irresignação, visto que, de conformidade com o probatório, exato foi o entendimento do art. 1.150 do Código Civil, em harmonia com a Suprema Corte. E conquanto se reconheça direito real na retrocessão, somente vingaria a postulação do imóvel, caso comprovada a falta de destinação pública, requisito de fato não acolhido no venerando Aresto.
>
> Descaberia ainda o extraordinário, porquanto a inconformidade não alcançou, não discutiu, nem abrangeu o outro fundamento de que a "pretensão dos expropriétários de reivindicarem o imóvel, mediante a devolução do preço recebido, importa em enriquecimento indevido." É que "receberam dinheiro bom", esclarece o venerando Acórdão, "e o devolveriam aviltado pela inflação (Súmula 283)."

5. A douta Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Fernando Dantas, citando os RE 73.459, rel. em. Min. Luiz Gallotti e 74.717, rel. em. Min. Thompson Flores, manifesta-se contrariamente.

É o relatório.

V O T O

O SR. MINISTRO ALIOMAR BALEEIRO (RELATOR):

I. O Recorrente limitou-se a citar pelos ns. e repertórios alguns julgados sem a menor atenção ao que exige a Súmula n. 291. Não houve, por outro lado, denegação de vigência, mas interpre-

tação razoável, a que se refere a Súmula 400. O v. Ac. entendeu que o Estado deu destinação pública ao bem desapropriado e em Recurso Extraordinário, não poderá ser reexaminada a prova. (Súmula 279).

II. Não reconheço do recurso, reportando-me aos precedentes já citados pela Procuradoria-Geral da República.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 75.878 — RIO GRANDE DO SUL

EMENTA — Imposto sobre Circulação de Mercadorias. Incide na comercialização da cal virgem ou hidratada. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Brasília, DF, 23 de março de 1973.

Luiz Gallotti
Presidente
Oswaldo Trigueiro
Relator

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OSWALDO TRIGUEIRO — O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul denegou segurança impetrada por Honório José Machado, contra a Fazenda Estadual, ut acórdão de f. 78, assim ementado:

> "Mandado de segurança sustentando não incidência do I.C.M. sobre a cal hidratada. Denegação. Tal

produto não é mera resultante de tratamento mecânico do minério, senão que implica em modificação essencial, física e química, da matéria prima, segundo parecer de órgão técnico oficial. Jurisprudência nesse sentido, inclusive do egrégio Supremo Tribunal Federal. Sentença confirmada."

Não se conformando, o impetrante interpôs o recurso extraordinário de f. 85, admitido pelo despacho de f. 95 e regularmente processado.

V O T O

O SR. MINISTRO OSWALDO TRIGUEIRO (Relator) — No RE 74.537, julgado em 12.10.72, decidiu o Tribunal Pleno que o Imposto Único incide apenas sobre os produtos enumerados na legislação federal (E. C. n.º 1, art. 21, IX; Dec.-lei n.º 1.038/69, art. 1.º). De sorte que, por não prevista na discriminação legal, a cal virgem ou hidratada está sujeita ao ICM.

Acresce que o Dec.-lei 1.038 (art. 1.º, § 5.º) dispõe que a incidência do Imposto Único é restrita à fase anterior à industrialização, e não exclui a dos impostos sobre a produção e a circulação dos produtos industrializados, inclusive serrados, polidos ou lapidados, obtidos de substâncias minerais.

Isto posto, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

Extrato da Ata

RE 75.878 — RS — Rel., Min. Oswaldo Trigueiro. Recte. Honório José Machado (Advs. Maurício dos Reis e Flávio Alcaraz Gomes). Recdo. Estado do Rio Grande do Sul (Adv. Jorge Arthur Morsch).

Decisão: Conhecido mas não provido. Unânime. 1.ª T. em 23-3-73.

Presidência do Sr. Ministro Luiz Gallotti. Presentes à sessão os Srs. Ministros Oswaldo Trigueiro, Djaci Falcão e o Dr. Oscar Corrêa Pina, Procurador-Geral da República, substituto. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Aliomar Baleeiro e Rodrigues Alckmin.

Alberto Veronese Aguiar
Secretário

APELAÇÃO CÍVEL - N.º 19.059 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

Substituição tributária — Instituto típico — A substituição só é lícita quando há lei, a qual, nos termos dos arts. 97, item III e 128 do Código Tributário Nacional, deve ser expressa — Lei Estadual n.º 5.573, de 1967 — Não satisfaz, evidentemente, as exigências dos preceitos federais — Simples regulamento (Decreto Estadual n.º 20.148, de 1970) é inválido para o fim querido pelo fisco — Panificadoras — Ausente lei expressa, não podem ser responsabilizadas pelo recolhimento do I.C.M. devido pelos revendedores.
Sentença confirmada.

DR. JUIZ DE DIREITO DA 2.ª VARA DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA, 1.º APELANTE;
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2.º APELANTE;
O 2.º APELANTE e IRMÃOS CRUZ LTDA., APELADOS.

A C ÓR D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, em 3.ª Câmara Cível, à unanimidade, negar provimento a ambos os recursos de conformidade com as notas taquigráficas inclusas e que integram o presente acórdão. Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o Exmo. Sr. Des. PAULO BOECKEL VELLOSO.

Porto Alegre, 10 de maio de 1973.

Des. Niro Teixeira de Souza
Presidente
Des. Antônio V. Amaral Braga
Relator

R E L A T Ó R I O

O DES. ANTÔNIO V. AMARAL BRAGA — Adotei o relatório de fls. 40 que passarei a ler.

A firma Irmãos Cruz Ltda., dedicada ao comércio e indústria de panificação, promove contra o Estado do Rio Grande do

Sul ação ordinária declaratória para o fim específico de obter do Judiciário uma declaração de que a autora, a partir de 11 de agosto de 1971, não está obrigada ao recolhimento do imposto sobre circulação de mercadorias devido por terceiros (varejistas) na revenda de pão por ela comerciado. Fundamenta seu pedido no entendimento de que o art. 11, item II, do Decreto Estadual n.º 20.148, de 4 de fevereiro de 1970, é ilegal, porquanto a substituição da responsabilidade tributária prevista nos arts. 121, parágrafo único, item II e 128 do Código Tributário Nacional, somente pode ocorrer mediante lei (ato legislativo), não mediante simples medida do Executivo estadual, como atualmente ocorre. Esclarece que foi notificada por agentes fiscais por não estar recolhendo o I.C.M. correspondente a vendas feitas, mas que recorreu na esfera administrativa contra dita notificação, pleiteando em juízo tão-somente a declaração de seus direitos a partir do dia seguinte àquela notificação. Aduz argumentos doutrinários em prol da sua tese.

O Estado do Rio Grande do Sul contestou, dizendo que o impugnado art. 11, item II, do Decreto 20.148 está realmente apoiado em disposição de lei federal, art. 128 da Lei n.º 5.172, Código Tributário Nacional, e Lei Estadual n.º 5.373, de 1966.

A seguir, o defensor do Estado, em longa exposição, menciona todos os atos praticados no processo, e faz referência a um respeitável acórdão do Pretório Excelso que foi trazido à colação.

Sem outras provas, debatida a causa, sentenciou o magistrado, julgando a ação procedente para declarar que a firma autora, a partir de 11 de agosto de 1971, não estava obrigada ao recolhimento do ICM devido por terceiro na revenda de pão. Condenou o Estado do Rio Grande do Sul ao pagamento das custas e honorários de advogado da autora, estes fixados em 20% sobre o valor da causa. Recorreu de ofício.

O Estado também recorreu, pedindo a reforma da decisão, usando os mesmos argumentos já ventilados na contestação. Esteia-se no acórdão do egrégio Supremo Tribunal Federal.

Foi oferecida contraminuta, pedindo a manutenção do julgado.

Nesta instância manifestou-se o Dr. Procurador da Justiça, propugnando pela reforma do veredito **a quo**.

É o relatório.

VOTO

O DES. ANTÔNIO V. AMARAL BRAGA — RELATOR — Sr. Presidente. A matéria debatida neste processo é, realmente, interessante, pois é de ser examinado um típico instituto de direito tributário, qual seja, o da substituição tributária (A. A. Gianini, Instituzioni di Diritto Tributario, ed. de 1960, pág. 110). A doutrina e a jurisprudência são acordes em que a substituição só se opera em virtude de lei, ou no dizer do mestre italiano," la sostituzione dev'assere espresamente autorizzata dalla legge, trattandosi d'un instituto che forma eccezione ai principi generali del diritto tributario". Ela deve ser expressa na lei, porque forma uma exceção de direito comum,, eis que terceiro deve pagar um imposto que na realidade foi devido por outro.

O Código Tributário Nacional é taxativo, consoante se pode verificar nos seus arts. 97, item III, e 128. Só a lei pode cogitar da substituição tributária, exigindo-se ademais, seja ela expressa a respeito, eis que forma exceção à regra geral da responsabilidade pelos tributos, como fez notar Giannini, antes citado. Na espécie ora examinada, não há lei, seja no sentido material, seja na sua conceituação formal, autorizadora da pretensão fiscal e hostilizada por esta ação ordinária. Realmente, a exigência está contida no Decreto Estadual n.º 20.148, de 1970, que responsabilizou as panificadoras pelo imposto devido pelos revendedores e incidente sobre o preço final da venda aos consumidores.

Tenho como despida de relevo a argumentação desenvolvida pelo ilustre Consultor Jurídico do Estado na defesa, de fls. 34 a 58. Por certo é um belo trabalho de doutrina, mas sem respaldo na lei. Diz-se, na contestação, que a responsabilidade do industrial pelo tributo devido pelo varejista decorre do artigo 16 da Lei n.º 5.373, de 27 de dezembro de 1967. Está assim redigida a norma: "Será considerado responsável pelo recolhimento do imposto, nos casos previstos em regulamento, o industrial ou o comerciante atacadista, quanto ao imposto devido por comerciante varejista, mediante acréscimo, ao preço da mercadoria a ele remetida, de percentagem não excedente de 30%, salvo se o valor adicionado é conhecido e de percentagem menor". E foi acostado ao dispositivo legal que o Decreto n.º 20.148, de 4 de fevereiro de 1970, criou mais uma hipótese de substituição tributária. Não é possível, com a devida vênia, aceitar-se a tese do fisco, eis que a lei contém, de modo categórico, intergiversante, a indispensabilidade do modo expresso, para que se possa admitir a substituição tributária. Na substituição tribu-

tária é de mister, sempre que a terceira pessoa, o agente passivo excepcional, seja de forma clara e incontroversa, de modo expresso, no dizer da lei, referida e mencionada, sendo, para tal efeito, invalioso o simples regulamento, que se destina, segundo a melhor doutrina, a preencher minúcias que se tornem necessárias à boa execução da lei. Por outro lado, o conteúdo do art. 16 da Lei n.º 5.373 é incompleto, uma vez que deixou de prefixar a responsabilidade do contribuinte originário.

Tenho, Sr. Presidente, que a sentença de primeiro grau está correta e merece amplo apoiamento da instância recursal, fazendo ressaltar, finalmente, que o venerando acórdão da Alta Corte, embora aparentemente tenha cuidado de caso semelhante a este, na realidade não se ateve ao exame da matéria aqui discutida, como bem lembrou o eminente juiz.

Sr. Presidente, já tinha feito estas anotações, pois lancei o relatório nos autos no dia 12 de março deste ano, quando tomei conhecimento de que a 4.ª Câmara Cível, em sessão do dia 18 de abril de 1973, apreciando hipóteses exatamente idêntica a esta, inclusive com as mesmas partes, eis que a firma autora também era Irmãos Cruz Ltda., adotou o mesmo ponto de vista da sentença pretendida reformar e destas ligeiras considerações, em decisão unânime, sendo relator o eminente Des. Júlio Costamilan Rosa (Apelação Cível n.º 19.508).

Nego provimento.

O SR. PRESIDENTE — DES. NIRO TEIXEIRA DE SOUZA — Tive dúvida a respeito deste caso porque me parecera que o art. 16 da Lei Estadual 5.373 satisfazia a exigência contida no art. 128 do Código Tributário Nacional. O art. 16 da citada Lei Estadual atribui, de modo expresso, ao comerciante atacadista a responsabilidade pelo recolhimento do I.C.M. mediante acréscimo, ao preço, da percentagem de 30%. Mas ocorre que, como salientou o eminente Relator e conforme os fundamentos aduzidos no venerando acórdão da 4.ª Câmara Cível, o Código Tributário exige que haja substituição tributária feita de modo expresso, o que no caso não se verifica, de vez que o art. 16 da Lei 5.373 se refere a comerciante atacadista, e o Decreto Estadual 20.148, no art. 2.º arrolou, entre os casos de substituição, o da saída de pão promovida por panificadoras. E há ainda o aspecto focalizado nos votos do eminente Des. Jorge Ribas Santos, relativo ao valor da alíquota cobrada. Diz ele, referindo-se ao art. 11, II, do Decreto 20.148: "Por força deste último dispositivo quer o Estado cobrar da autora não só o imposto do valor da operação que deu causa à saída do pão, como sobre o

acréscimo de 20% desse valor. Assim, se o valor da operação de saída de pão for 100, o fisco cobra da panificadora o imposto segundo a alíquota legal, mas não sobre 100 e sim sobre 120, pois àquele valor acresce 20%, que seria a majoração imposta pelo repartidor ou varejista na revenda. Duas profundas modificações, portanto, da situação da empresa autora: tornou-se por força do decreto sujeito passivo de imposto que antes incidia sobre outrem, e em conseqüência teve, ao menos por via oblíqua, aumentado, e por quantia expressiva, o imposto de circulação sobre mercadorias já que, ao imposto que recolhia como contribuinte, juntou-se o imposto que o fisco passou a exigir-lhe na qualidade de responsável." Entendeu, assim, S. Exa. vulnerado não só o inciso 4.º do art. 97 do Código Tributário Nacional, mas ainda o art. 96, III, desse mesmo Código, que reza: "Somente a lei pode estabelecer a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto do inciso I, § 3.º, do art. 52, do seu sujeito passivo."

De maneira que, com os argumentos trazidos agora pelo eminente Relator e os constantes dos votos proferidos no citado acórdão, também chego à mesma conclusão no sentido de que seria ilegal essa cobrança de I.C.M., uma porque não houve a substituição tributária feita de modo expresso, e outra porque houve alteração do I.C.M. cobrado do contribuinte em razão do aumento da alíquota.

Acompanho, por esses fundamentos que já referi, o voto do eminente Relator, para negar provimento ao recurso.

O DES. PAULO BOECKEL VELLOSO — Tive certa dúvida ao ouvir o relatório no tocante à correção das conclusões da sentença. Mas, face à fundamentação apresentada pelo eminente Relator e por S. Exa., e considerando mais que se trata do problema vulgarmente conhecido como "reparte do pão", para o qual a padaria ou estabelecimento panificador não pode ser considerado, a rigor, "atacadista" e, sim, estabelecimento industrial que vende a sua produção e com isso exaure a sua participação no mercado, e que o assim chamado "repartidor" não é, a rigor, um comerciante e, sim, um trabalhador autônomo, e que até dificilmente se poderia conceber incidência do I.C.M. sobre a mercadoria por ele entregue ao consumidor final nessa cadeia entre produção, circulação e consumo; então, mais se robustece, parece, a tese da inexigibilidade de qualquer acréscimo, independente até de se considerar o problema da existência ou não, da legalidade ou não, de uma substituição tributária,

porque acho que nesse elemento final da circulação material do pão não há atividade econômica, sujeita à incidência do I.C.M. Daí por que também nego provimento ao recurso.

O SR. PRESIDENTE — DES. NIRO TEIXEIRA DE SOUZA — A decisão é a seguinte: "Negaram provimento a ambos os recursos."

SENTENÇA DO SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1.ª VARA PRIVATIVA DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA

Vistos, etc. . . .

I. — TURRA S/A. — IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO, — por procurador habilitado, em conformidade com a Lei 1.533/51, impreta Mandado de Segurança contra o Coordenador-Geral do ICM., objetivando o cancelamento do débito fiscal, apontado na notificação de fls. 9, porquanto ilegal o ato da autoridade fiscal ao pretender a incidência de alíquota majorada em operações para outros Estados por tratar-se o destinatário, ou de consumidor ou de contribuinte que adquiriu a mercadoria para uso próprio; sustenta ainda, a inconstitucionalidade da Resolução n.º 65/70 do Senado Federal que definiu as operações internas e interestaduais, dando origem ao Decreto Estadual n.º 20.635/70 em que se fundamentou a notificação fiscal e contra o qual se insurge a impetrante.

Foi concedida a liminar, requerida na inicial (fls. 17); por solicitadas, foram prestadas as informações, oportunidade em que o Sr. Coordenador-Geral do ICM refuta os fundamentos do pedido, tecendo considerações sobre os aspectos político-econômicos da Resolução 65/70, entendendo correta e legal a posição do Fisco Estadual.

O Dr. Promotor Público manifesta-se pela denegação da ordem, observando que o S.T.F., embora as decisões pela inconstitucionalidade das disposições legislativas estaduais que estabelecem distinção entre operações interestaduais, não enfrentou, em seus julgados, a Resolução 65/70.

II. — A firma impetrante no período de 1972 a 1973 efetuou diversas vendas de madeira a consumidores ou firmas de outros Estados que as adquiriram para uso próprio, especialmente para fins de construção conforme rol no verso da notificação constante a fls. 9; recolheu ICM sobre as vendas, com base nas alíquotas reduzidas de 14% em 1972 e de 13,5% no corrente ano;

entretanto, o Fisco exige mais 2%, pretendendo que a alíquota seja a mesma fixada para as operações internas.

Esta exigência fiscal que deu origem ao débito reclamado pelo Estado é que a impetrante entende ilegal, ensejando-lhe a propositura do presente "mandamus" com a finalidade de ver protegido direito líquido e certo com a anulação do débito, abusivamente cobrado, resguardando-a em futuras operações de idêntico lançamento indevido do ICM.

A requerente traz valiosos subsídios à sua tese, invocando pronunciamentos do STF e do Tribunal de Justiça do Estado, com a transcrição de ementas, tornando dispensável repetir tais decisórios; a estes acrescentar-se-ia outro, publicado mais recentemente (R. E. n.º 72.285 — R.T.J., vol. 60/820). O fundamento destas decisões é a não autorização legal para a distinção que o Fisco faz entre contribuintes de direito e de fato (consumidores); é, no dizer do referido acórdão (RE. 72.285) "ao destino da mercadoria que a Constituição manda atender para ter como configurada a operação interestadual, e, não à circunstância de ser também contribuinte a pessoa, física ou jurídica, a quem foi feita a venda, de um para outro Estado".

Vale-se a A. da decisão proferida pela 3a. Câm. Cível do Tribunal de Justiça do Estado no agravo de petição n.º 12.935 (Rev. Jur., vol. 24/105), de cuja ementa destaca-se o seguinte tópico: "Inexiste razão lógica ou jurídica para distinguir entre contribuintes de direito e de fato (consumidores) quando se trata de imposto devido pela saída de mercadoria para outro Estado. Existindo alíquota mais baixa, para tais operações, deverá ser a aplicada".

Com o mesmo fundamento foi concedida a ordem e confirmada em o agravo de petição n.º 13.913 (Jurisprudência T.J., 1.972, vol. 1, tomo 15, pág. 210/213).

Assim, fixando-se nos julgados já mencionados e com base no texto constitucional assistiria razão à requerente.

III. — O art. 23, § 5.º, da Constituição Federal dispõe:

> "A alíquota do imposto a que se refere o item II será uniforme para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais; o Senado Federal, mediante resolução tomada por iniciativa do Presidente da República fixará as alíquotas máximas para as operações internas, as interestaduais e as de exportação.

Delegando a Carta Magna ao Senado Federal a atribuição, por provocação presidencial, de fixar, através de Resolução, as

alíquotas máximas para operações internas e interestaduais, é decorrência lógica que tal disposição constitucional obedece a uma finalidade, tem causa determinante e segue uma sistemática de política tributária, visando não só a uniformização dos tributos, mas a uma redistribuição da renda com o favorecimento de regiões consideradas, em especial, como consumidores.

Cumprindo o preceito magno, o Senado Federal baixou a Resolução n.º 65/70, através da qual distingue o que sejam operações, definindo, também, como internas aquelas em que o destinatário, embora situado noutro Estado, não seja contribuinte do ICM ou, o sendo, tenha adquirido a mercadoria para consumo próprio.

Não resta dúvida que a Resolução do Senado tem força de lei, eis que originada de um imperativo constitucional; cabe indagar-se, apenas, se a competência do Senado se limitaria tão-só à fixação de percentuais ou poderá se estender em outras disposições que melhor atendam os objetivos do preceito constitucional; dentro de sua competência, cumpre ao Senado fixar alíquitas diversas nas operações internas, interestaduais e de exportações, presentes os princípios de uniformidade e de eqüidade e, assim, dentro de um propósito bem determinado fixou para as operações interestaduais alíquota inferior, restringindo, porém, tal minoração aos contribuintes que revendam a mercadoria adquirida de outros Estados, mantendo-se em relação a todos os consumidores a mesma e uniforme alíquota.

Em nenhum dos julgados acima apontados, como ressaltou o Dr. Promotor, se trouxe ao exame a Resolução 65/70 do Senado Federal.

Aliomar Baleeiro, na última edição de sua obra (Direito Administrativo Brasileiro, Forense,, 5a. ed., 1973, pág. 224 e segs.), após acentuar que a Resolução do Senado importa em lei ordinária, dependente de iniciatinva do Presidente da República que poderá propor a alíquota, segundo padrões e critérios discricionários, não ficando a Câmara Alta adstrita ao texto apresentado, podendo aceitá lo, alterá-lo ou rejeitá-lo, conclui seu comentário ao art. 57 do C.T.N. observando não ser lícito ao Estado distinguir entre operações com compradores de outros Estados, só reputando interestaduais as operações com os contribuintes deste último. Cita a propósito decisões do S.T.F., entre as quais o já referido R.E. n.º 72.285 (RTJ. 68/820).

Zola Florenzano, renomado autor de obras de Direito Tributário em sua obra "ICM da Guanabara Comentado" (Inst. de Cult. Jur., 2a. ed., 1973, pág. 91/93) faz referência à Resolução 65/70, sem argüir a suscitada inconstitucionalidade.

Também, o Professor do Curso de Planejamento Tributário e Financeiro da Escola de Administração de Empresas de S. Paulo, da Fundação Getúlio Vargas, Nilton Latorraca, em sua obra "Legislação Tributária" (Ed. Atlas, 2a. ed., abril 73, pág. 136) faz menção aos critérios diferenciais de operações internas, abrangendo pessoas ou contribuintes de outros Estados, não levantando qualquer dúvida contra a sistemática da Re. 65/70.

O Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, por sua 6a. Câmara (Rev. dos Trib., vol. 448, pág. 173), ambora sem enfrentar, também, a mesma Resolução 65/70, decidiu pela competência do Estado em estabelecer a alíquota do ICM em todas as operações internas ou interestaduais, considerando como internas as feitas com consumidores de outros Estados. Cabe menção aqui à fundamentação do respectivo acórdão que invoca aspectos de valia para o exame da espécie:

> ""A Câmara que adota o relatório da sentença, dá provimento ao recurso, por entender que a exigência do Fisco estadual não é inconstitucional, ou sequer ilegal".
>
> "Se a lei dá competência aos Estados para estabelecer a alíquota do imposto, ela deve ser observada em todas as operações quer sejam internas ou interestaduais.
>
> " Nem se compreenderia que o consumidor de um Estado — que é no final de contas, — quem suporta o peso do imposto — esteja sujeito a desembolsar menos que outro. Tal seria uma discriminação intolerável, que a Constituição repudia no seu princípio de igualdade tributária. É verdade que a mesma Constituição estabelece a competência do Senado para a fixação das alíquotas nas operações interestaduais, mas a "ratio legis" não pode ser outra que aquela entrevista no acórdão inserido na RT/404/243, que se afina, aliás, com o entendimento legal esposado pela Primeira Câmara Cível, "verbis": resulta daí o seguinte: o Estado-membro poderá estabelecer os limites das alíquotas, nas operações internas, que compreendem, também, as que não se destinam à circulação noutro Estado-membro ou no Distrito Federal (RT 403/250). É de acentuar que o próprio Rubens Gomes de Souza, no parecer de fls., admite que a operação interestadual é aquela que se desenvolve entre contribuintes de Estados diferentes, cor-

roborando de certa forma o ponto de vista de que é necessário ter como implícito no texto legal a distinção entre contribuintes e não contribuintes, sob pena daquele tratamento desigual que viria destruir a política fiscal pelo novo regime adotada, garantidora do equilíbrio federativo."

IV. — Dispõe o já mencionado § 5.º do art. 23 da Constituição Federal que o imposto (ICM) será uniforme para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais, não podendo, conforme art. 20, inc. III, os Estados estabelecerem diferenças tributárias entre bens de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

Como conciliar tais disposições com a pretensão da impetrante, ao reclamar um maior favorecimento em privilégio de consumidores de outros Estados, contrariando os princípios de igualdade e de eqüidade, firmados na Lei Magna.

A exigência do Fisco diz com o consumidor, contribuinte ou não — considerado em igualdade de condições com os do próprio Estado; a minoração da alíquota nas operações consideradas interestaduais, na definição do Senado, não repercute, quanto ao tributo, no consumidor que irá pagar na aquisição da mercadoria idêntico imposto ao exigido do consumidor do Estado-origem, tendo, porém, salutar reflexo na economia do Estado, receptor da mercadoria, beneficiando-o na retribuição final do tributo.

Conforme o inc. II do art. 23 da Constituição os impostos não são cumulativos, abatendo-se o montante cobrado nas operações anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

Certo de que quem paga o imposto é o comprador, embora recolhido pelo vendedor, o contribuinte de outro Estado que adquiriu a mercadoria irá fazer jus, ao vendê-la, a um crédito fiscal, abatendo do imposto a recolher o já pago na anterior operação; assim, recolhendo, referentemente a 1972, 16% sobre o valor da venda, irá abater os 14% incidentes sobre o preço da aquisição, carreando maior tributo ao Estado consumidor, posto que, no mesmo Estado o montante abatido representaria 16% sobre o valor da compra. Dentro desta sistemática, os Estados, considerados vendedores de mercadorias recolherão menos em tributo nas operações interestaduais, favorecendo, com uma menor alíquota, os Estados compradores.

Ora, na venda direta ao consumidor ou a contribuinte que adquire a mercadoria para uso próprio não há benefício para o

Estado destinatário mas privilégio para o adquirente, favorecendo o vendedor em sua concorrência com o deste Estado, pois que poderá colocar a mercadoria com um preço 2% inferior.

Assim, o propósito do Presidente da República e do Senado Federal ao cumprirem o preceito constitucional, fiel aos seus princípios de uniformidade e de não discriminação de tributos, estaria fraudado pois que parte do benefício decorrente da menor alíquota favoreceria a alguns consumidores em detrimento do Estado de origem da mercadoria e sem reflexo para a receita do Estado destinatário.

No caso, a pretendida identidade da alíquota representa um tratamento biforme em relação ao consumidor, ferindo-se a regra igualitária da Constituição, enquanto os critérios de diferenciação, fixados na Res. 65/70 e adotados pelo Estado, levam à uniformidade final do tributo, observando-se o princípio Constitucional.

V. — Daí, endossar as bem fundamentadas razões do impetrado e o objetivo parecer do Dr. Promotor, no sentido de, com base na Resolução n.º 65/70 do Senado Federal, de 19 de outubro de 1970 e Decreto Estadual n.º 20.635 de 30 de Outubro de 1970, entender legal a exigência do Fisco Estadual, em consonância com as disposições constitucionais que regula o nosso sistema tributário.

Isto posto, presentes as considerações acima, DENEGO O MANDADO DE SEGURANÇA, impetrado por TURRA S/A — IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO contra o Coordenador-Geral do ICM., cassando-lhe a liminar concedida a condenando-a ao pagamento das custas processuais.

Registre-se, comunique-se e intimem-se.

Porto Alegre, 10 de agosto de 1973.

Celso Luiz F. Gaiger
Juiz de Direito

ÍNDICE