

**REVISTA DA
CONSULTORIA-GERAL**

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RCGERS	Porto Alegre	v. 2	n. 4	p. 1 a 336	1972
--------	--------------	------	------	------------	------

EUCLIDES TRICHES — Governador do Estado

Orlando Giraldi Vanin — Consultor-Geral

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Voldocyr Santo Scomozzon — Coordenador

Ellen Gracie Northfleet — Assistente

Jasé Morio Raso Tesheiner

Jorge Arthur Morsch

Dilmo Mocedo Machado

S U M Á R I O

Apresentação do Sr. Consultor-Geral	15
Editorial	21
Portaria 81/71	23

DOCTRINA

Chaves, Ildeu de Resende	O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza e as Instituições Financeiras ..	27
Ferraz, Sérgio	Direito Ecológico: Perspectivas e sugestões	43
Filippi, Adaury Pinto & Lima, Cyl Paranhos de	Impeachment	53
Galbinski, Clarita	Direito Ecológico	61
Machado, Dilma Macedo & Souza, Benoni Silveira	O Processo Disciplinar em face da Reforma Administrativa . . .	65
Meirelles, Hely Lopes	Plano de Urbanização e Embargos de Obras	79
Moniz de Aragão, Francisco S.	O Cálculo do Valor das Indenizações nas Desapropriações Imobiliárias	95
Ramos, Romeo de Almeida	Revisão de Proventos	123

Silveira, José Néri da	Da Constitucionalidade da Taxa de Melhoramentos dos Portos	139
Tesheiner, José Maria Rosa	ICM, Crédito Fiscal e Cumulatividade ...	151
Vanin, Orlando Giraldi & Sá, Ney	Desapropriação, Legislação Vigente	161
Wald, Arnaldo	Da Livre Convenção da Correção Monetária nos Contratos não sujeitos às normas do Plano Nacional da Habitação ..	191

PARECERES

Cunha, Wenceslau Souza da	Estabilidade e Avanços	213
Ferreira, Nilo Damasceno	Bens Públicos	219
Filippi, Adaury Pinto	Subsídios do Prefeito	225
Hüllen, Renita Maria	Lagoa Mangueira ...	230
Leal, Caio Martins	Retrocessão	235
Rocha, Manoel André da	Receita e Despesa Públicas	241
Rodrigues, Emílio	Estabilidade	246
Sá, Ney	Pensão	249
Schuch, Dilma Sulamita	Inativo Convocado . .	253
Vanin, Orlando Giraldi	Declaração de vontade: necessidade, ou não de forma especial	259
Vanin, Orlando Giraldi	Autarquia	265
Zanini, Flávio José	Tempo de Serviço ...	283

TRABALHOS FORENSES

Lustosa, Caio	Contestação. Aposentadoria nos termos do art. 197 da Constituição Federal e art. 1.º, § 2.º, letra A, II, da Lei n.º 5315, de 12/9/67....	293
Tesheiner, José Maria Rosa & Morsch, Jorge Arthur	Razões em Recurso Extraordinário e Agravo. Da Apropriação do Crédito Fiscal pelos Torrefadores de Café	301

JURISPRUDÊNCIA

Imposto Sobre Circulação de Mercadorias	Recurso Extraordinário n.º 70.028 — E. S.	315
Imposto Sobre Circulação de Mercadorias	Apelação Cível N.º 14.332 — T. J. R. G. S.	318

O Sr. Consultor-Geral, na ocasião em que fazia entrega do primeiro número da RCGERS, a S. Exa. o Sr. Governador do Estado. →



APRESENTAÇÃO DO SR. CONSULTOR-GERAL DO ESTADO

Há um ano, com forte emoção e grande entusiasmo, à guisa de apresentação da Revista da Consultoria-Geral, prestava aos colegas — e a todos quantos estudiosos do direito ou não — um testemunho histórico. Registrava, para conhecimento de todos, uma preocupação presente em todas as Administrações da Consultoria-Geral, desde a primeira, na pessoa do emérito Professor JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, qual seja, a de divulgar os estudos e trabalhos da Casa. Registrei, por igual, os percalços, os propósitos iniciais, a inquietação e as pretensões.

2. Estou mais tranqüilo, hoje, e convencido de ter sido fiel, especialmente quando consignei que esse periódico se deveria tornar não só veículo de divulgação de tais estudos e trabalhos como o próprio instrumento de diálogo permanente entre os diversos setores da Administração Pública riograndense, colegas, órgãos co-irmãos e dos estudiosos do direito.

3. Composto e impresso o primeiro número, senti que a medida não poderia ficar à mercê de contingências pessoais, de tal sorte que, através da Portaria n.º 81/71, de 9 de dezembro

de 1971, tendo presentes as atribuições da Consultoria-Geral do Estado, marcadas, de um lado, no próprio ordenamento constitucional — unificação e uniformização da jurisprudência administrativa; patrocínio judiciário dos servidores e necessitados e da Defesa Judicial do Estado —, e de outro, pela REFORMA ADMINISTRATIVA, de órgão central do sistema de assistência jurídica e da Defesa Judicial, foi a REVISTA institucionalizada, criando-se a Comissão de Redação.

4. Neste momento, pois, quando se quer assinalar a passagem do 1.º aniversário da publicação oficial da Consultoria-Geral do Estado, penso poder afirmar — sem alardes e sem falsa modéstia — que, embora possa ter representado algum sacrifício, a meta foi atingida plenamente: os trabalhos da Casa, tanto na forma de pareceres e razões forenses, quanto na de estudos doutrinários, foram divulgados, dando-se conta do entusiasmo, brilho e cuidado com que são cultivadas as letras jurídicas, na defesa da causa pública, pelos agentes da Consultoria-Geral do Estado; em todos os números, a par disso, contamos com trabalhos de doutrina, que têm servido para enriquecê-la, da lavra de autores nunca suficientemente festejados, tais como: RUY CIRNE LIMA, HELY LOPES MEIRELLES, ARNOLDO WALD, CLÓVIS DO COUTO E SILVA, VICENTE SOBRINO PORTO, JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA e outros, os quais, enfocando temas de grande alcance e maior relevância, têm contribuído com trabalhos inéditos para serem divulgados.

5. Somem-se, a tudo isso, as desvanecedoras manifestações de estímulo constante que temos recebido de magistrados, professores, colegas, agentes da administração pública, condutores políticos, quer das esferas estaduais quer das municipais e, finalmente, o incondicionado encorajamento e apoio de Sua Excelência, o Senhor Governador do Estado, Coronel Engenheiro EUCLIDES TRICHES, que, juntamente, com os do Departamento de Imprensa Oficial, a quem os trabalhos de confecção têm sido confiados, são os credores de todos os nossos agradecimentos.

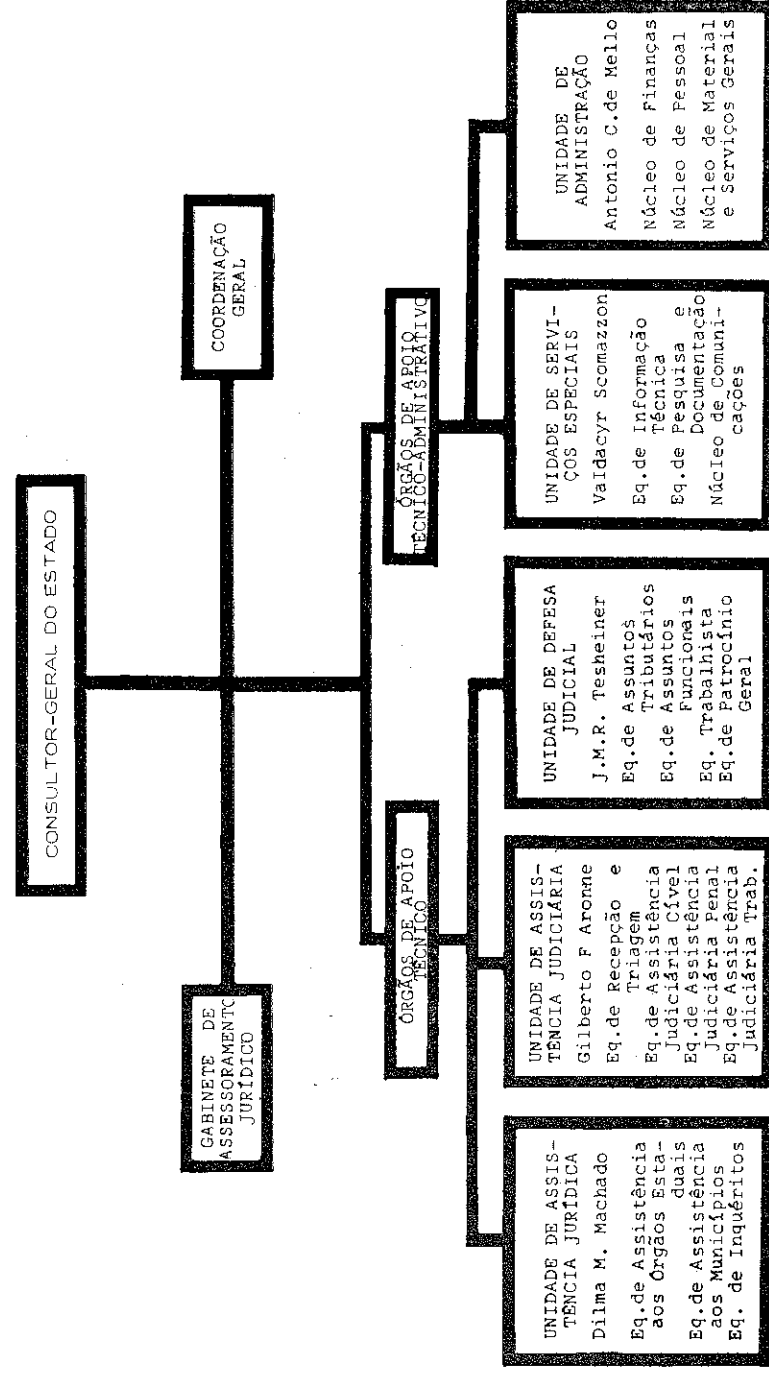
Por um dever de justiça, e reconhecimento, não poderia deixar de consagrar uma palavra de agradecimento muito especial à Comissão de Redação, sob a coordenação do Dr. Valdacyr Santo

Scomazzon e assistência técnica da dra. ELLEN GRACIE NORTH-FLEET, graças a quem os propósitos iniciais não só foram alcançados mas ultrapassados. Sem essa cooperação nada poderia ter sido feito.

6. Tem sido para mim um prazer enorme, ao final deste ano de trabalho e convívio fecundos, estar à frente de uma equipe da excelência da que me foi confiada e ao poder apresentar e introduzir o 4.º volume dessa série de publicações, faço-o com as palavras tiradas do Eclesiaste: "MEU CORAÇÃO ENCONTRA SUA ALEGRIA NO MEU TRABALHO; ESTE É O FRUTO QUE DELE TIREI" (2, 10).

Porto Alegre, novembro de 1972.

Orlando Giraldi Vanin
Consultor-Geral do Estado



EDITORIAL

Nada mais reconfortante, ao fazer o balanço de realizações no encerramento de um período, do que constatar, ao longo da estrada já percorrida, o resultado de um trabalho conscientemente realizado com o melhor de nossos esforços e, adiante, um horizonte promissor.

É exatamente o que se dá, quando, assinalamos o primeiro aniversário de publicação da Revista da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Publicação despretensiosa, desde seu início, a RCGERS tem, entretanto, recebido manifestações de aplauso e reconhecimento de inúmeras autoridades no campo do Direito. Muitos, mesmo, emprestaram seu apoio sob forma das colaborações que nos tornaram possível editar, no sul do país, partindo da nenhuma experiência anterior e das restrições materiais que encontramos, uma publicação especialmente dedicada aos temas de Direito Público.

Ainda, agora, temos oportunidade de divulgar neste volume grande número de trabalhos apresentados ao IV Congresso Nacional de Procuradores de Estado, realizado em Guarapari ES., entre os dias 9 e 12 de outubro último. São teses de grande valor, envolvendo matéria de alta indagação jurídica, examinadas e aprovadas pelo plenário daquele conclave.

Temos utilizado como norma, seletiva, além naturalmente, da qualidade formal dos trabalhos, o interesse que o tema abordado possa ter para os escalões administrativos estaduais e municipais, de tal forma que o homem público, mesmo leigo nos estudos do direito, encontre na RCGERS proveitosa leitura, que lhe aponte sugestões para o futuro, além de orientá-lo no dia-a-dia da administração.

A divisão da matéria por secções, adotada desde o início, provou-se racional, estando os membros do quadro de Advogados de Ofício e Consultores Jurídicos encarregados de preencher duas delas, a saber: Trabalhos Forenses e Pareceres.

A revista talvez pudesse ser mantida com apenas essas duas colunas, mas perderia, sem dúvida, a maior elasticidade e largueza de perspectivas proporcionadas pelas colaborações vindas de outros estados e de juristas de renome nacional alinhados na secção de Doutrina. Tão-pouco seria dispensável a palavra dos Tribunais, recolhida na secção de Jurisprudência.

A estrutura adotada até agora tem tido boa aceitação, mas é forçoso que se mantenha dúctil e permeável para possibilitar aperfeiçoamentos. Por isso, aceitamos de bom grado, sugestões e críticas que nos dêem notícia das falhas de que não nos apercebemos.

Quanto à apresentação gráfica, alvo de tantos elogios, seu mérito se deve todo à equipe do Departamento de Imprensa Oficial, composta de funcionários exemplares que, no anonimato de suas oficinas, nunca nos negaram esforço e dedicação, suplantando dificuldades e lutando contra o tempo para que nossa RCGERS pudesse circular nas datas pré-fixadas.

Na realidade, temos recebido muito estímulo e aprovação na realização de nossa tarefa, mas é inegável que ela não seria possível sem o entusiasmo decisivo do Sr. Consultor-Geral, seu primeiro colaborador e leitor. Foi o Dr. Orlando G. Vanin quem determinou, em regime prioritário, a realização dos estudos visando à edição de uma Revista da Consultoria-Geral projeto antigo, que datava da reinstalação do Órgão no Estado. Daquela época, também, é o parecer que publicamos à pág. 259, que leva o n.º 1/CGE e traz a assinatura do ora Consultor-Geral. A atualidade do tema e a homenagem que queremos prestar ao criador da RCGERS autorizam sua publicação, após tantos anos.

A continuarmos contando com o apreço e a compreensão que de todos recebemos durante este primeiro ano, poderemos prosseguir, tentando aprimorar sempre mais este periódico e, assim, alcançar o nosso verdadeiro desideratum.

Ellen Gracie Northfleet
Assistente da RCGERS

PORTARIA N.º 81/71

O CONSULTOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, no uso de suas atribuições legais, DESIGNA o Advogado de Ofício, classe D, VALDACYR SANTO SCOMAZZON e os Consultores Jurídicos, classe D, DILMA MACEDO MACHADO, JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER e JORGE ARTHUR MORSCH, para, sob a coordenação do primeiro e assistência técnica da Dra. ELLEN GRACIE NORTHFLEET, constituírem, em caráter permanente, a Comissão Especial encarregada da "REVISTA DA CONSULTORIA-GERAL DO ESTADO", que servirá de instrumento de divulgação dos trabalhos deste Órgão, tendo presente a uniformização e unificação da jurisprudência administrativa do Estado (art. 87 C. E.).

Consultoria-Geral do Estado, em Porto Alegre, nove de dezembro de mil novecentos e setenta e um.

Orlando Giraldi Vanin
Consultor-Geral do Estado

Registre-se e publique-se

Antônio Carlos Ferreira de Melo
Coordenador da Unidade de Administração

DOCTRINA

O IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA E AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Ildeu de Resende Chaves (*)

SUMÁRIO:

1. Colocação do problema.
2. Omissões legais.
3. Do Conceito de serviço.
4. Da Lei Complementar.
5. Lista Taxativa.
6. Os serviços gratuitos.
7. Auto-Serviço.
8. O ISQM e as Instituições Financeiras.
9. Incidências Típicas.
10. Conclusões.

1. Colocação do problema

O imposto sobre serviços de qualquer natureza foi criado com essa denominação pela Emenda Constitucional n.º 18, de 1.º de dezembro de 1965, alcançando atividades antes atingidas pelos impostos de indústrias e profissões e diversões públicas, hoje extintos.

Os embaraços e dificuldades decorrentes de sua implantação e subsequente aplicação têm causado perplexidade aos estudiosos de Direito Tributário, a tal ponto que já comparam o novo tributo a um verdadeiro caos (cfr: acórdão do Tribunal de Alçada de São Paulo, "REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO",

(*) Professor da Faculdade Mineira de Direito da Universidade Católica de Minas Gerais.

Edição Fundação Getúlio Vargas, vol. 104, abril-junho/71, pág. 109). Inúmeros são os fatores que concorrem para o aparecimento desses problemas, como, *verbi gratia*, a amplitude da palavra "serviços", que, em última análise, se relaciona com quase todos os fatos geradores de outros impostos federais estaduais ou municipais; a competência, atribuída à União e estados-membros, para cobrar impostos vinculados a fatos econômicos conexos e até análogos; a novidade do tributo, quando se lembra que fiscalistas antigos assemelhavam o imposto ao vinho, cuja qualidade se aprimora com a marcha do tempo; a laconicidade do legislador num campo tão vasto como este, que abarca o trabalho humano e a atividade das pessoas jurídicas. Mas, em meio a essas causas, se as não sobreleva, com elas se põe em paralelo a instabilidade da legislação nacional. Em verdade, apesar de recente a entrada em vigor do Código Tributário Nacional, que disciplinou a reforma estruturada pela Emenda n.º 18, já inúmeros diplomas legais se editaram, para introduzir alterações de substância nas disposições daquele Código, alusivas ao imposto sobre serviços, a saber:

- a) Ato Complementar n.º 27, de 08/12/1966, art. 3.º;
- b) Decreto-Lei n.º 28, de 14/11/66, art. 4.º;
- c) Ato Complementar n.º 27, de 08/12/66, art. 1.º;
- d) Constituição Federal de 24/01/67, art. 25, item II;
- e) Ato Complementar n.º 34, de 30/01/67, art. 3.º e 9.º;
- f) Ato Complementar n.º 36, de 13/03/67, art. 6.º;
- g) Decreto-Lei n.º 406, de 31/12/68, art. 8.º;
- h) Decreto-Lei n.º 834, de 08/09/69, art. 3.º, item 12;
- i) Decreto-Lei n.º 932, de 10/10/69, art. 2.º;
- j) Emenda Constitucional n.º 1, de 17/10/1969.

2. Omissões Legais

Malgrado a abundante atividade normativa, já desenvolvida na área federal, muitos e relevantes são os pontos em que omissa se revela a legislação específica. Dentre os múltiplos aspectos que merecem acurada análise, — sobre os quais quase nada têm dito os que já escreveram a respeito, em livros, monografias ou artigos de revistas — alguns podem ser aqui desenvolvidos, pela sua estreita vinculação com o tema objeto deste estudo, tais como os seguintes:

- a) Qual é a definição de "SERVIÇOS" que mais se aproxima do espírito da lei?
- b) A expressão "Lei complementar", utilizada em vários

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 27-41, 1972

textos constitucionais, é restritiva da competência do legislador ordinário? O Código Tributário Nacional, bem assim os diplomas que o sucederam, têm força de "lei complementar"?

- c) É exaustiva ou exemplificativa a lista que acompanha o Decreto-Lei n.º 834, de 1969?
- d) A gratuidade torna intributáveis os serviços prestados?
- e) A incidência alcança os serviços executados em benefício próprio?
- f) As instituições financeiras estão sujeitas ao ISQN?
- g) Em caso afirmativo, a incidência abrange todos ou apenas alguns serviços?
- h) Ainda nesta hipótese, quais as atividades que figuram ou se excluem do campo de incidência do aludido tributo?

3. Do Conceito de Serviços

Para CONTREIRAS DE CARVALHO, "encerra o termo serviço um significado vulgar, que abrange várias formas de prestação de trabalho humano" ("Doutrina e Aplicação do Direito Tributário", Freitas Bastos, pág. 401). Esse entendimento colide com o ensinamento de GERALDO ATALIBA, que adverte:

"Não está claro, na doutrina, com exatidão, qual seja o conceito de serviço a ser levado em consideração, para o efeito de determinação da hipótese de incidência deste tributo. Encontrar o conceito doutrinário abstrato de serviço não seria a solução mais correta e tranqüila para o problema em estudo, já que — havendo dispositivo constitucional da matéria — mais importante do que a descoberta do conceito doutrinário é a precisa, rigorosa, exata e inquestionável determinação do conceito constitucional, que foi pressuposto para a incidência do tributo" (vr. parecer na "Revista de Direito Administrativo", F.G.V., vol. 104, abril-jun/71, pág. 382/383).

Dentro dessa linha de idéias, convém, desde logo, assinalar que, ao outorgar aos municípios competência privativa para decretar impostos sobre serviços de qualquer natureza, a Emenda Constitucional n.º 18 excluiu expressamente os serviços compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, além de impor a obrigatoriedade de sua definição ser, previamente, estabelecida em lei complementar.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 27-41, 1972

Do mesmo modo que a Constituição de 1967 (art. 25, item II), a Emenda n.º 1, de 17 de outubro de 1969, manteve a mesma limitação à competência municipal, como se vê do art. 24, item II, "in verbis".

"Compete aos Municípios instituir imposto sobre:

I ...

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

Pondera RUI BARBOSA NOGUEIRA que "constitucionalmente relevante é constatar, dentro dessas balizas constitucionais, quais os serviços que foram atribuídos aos Municípios, com a cláusula de exclusividade" (v. parecer na "REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO", F.G.V., vol. 95, pág. 291). "Comecemos por verificar" — quem fala é ainda o eminente cate-drático de Direito Financeiro da Universidade de São Paulo — "a primeira limitação. Quais os serviços que estão compreendidos na competência da União ou dos Estados e portanto intributáveis pelos Municípios? "CONTINUANDO A DISCRIMINAÇÃO expressa dos impostos que compõem o Sistema Tributário Nacional, a Constituição outorga à União, especificamente, o "imposto sobre os serviços de transporte e comunicações", mas, ainda, de um modo genérico, concede também à União a tributação sobre o "serviço" (mão-de-obra, fornecimento de trabalho) que se integra no processo de industrialização, ao dar-lhe competência para tributar os "produtos industrializados" (IPI). "Já na esfera estadual, não existe, especificamente, imposto sobre serviço. Os serviços compreendidos na esfera de competência estadual são somente aqueles que se integram no ciclo das comercializações das mercadorias e desta forma vão-se sujeitar ao I.C.M. Portanto, quaisquer serviços suscetíveis de serem tributados pela União e/ou pelos Estados, sejam em atividades de industrialização ou comercialização, estão excluídos da competência impositiva municipal." "Os bens materiais (produtos, mercadorias) só são produzidos ou comercializados com o concurso de bens imateriais (trabalho, serviço)." "Mas estes bens imateriais não são susceptíveis de serem tributados pelos Municípios, se não constituem a essência da atividade". "Associado à atividade de industrialização ou de comercialização de produtos e mercadorias, o seu valor passa a integrar a base de cálculo de impostos privativos da União ou dos Estados".

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 27-41, 1972

Não é certo, pois, que o imposto em tela incida sobre os serviços "de qualquer natureza", como alude, impropriamente, o seu **nomem juris**, já que, de imediato, se excluem os serviços incorporados ao processo de industrialização ou comercialização das mercadorias, assim como as atividades agregadas ao ciclo formativo do fato gerador atinente a qualquer outro tributo. É vedado, também, aos Municípios (Emenda n.º 1, de 1969, art. 21, item VII, Const. de 1967, art. 22, item VII; Emenda n.º 18, de 1965, art. 14, item II) tributar os serviços de transporte e comunicações que não sejam de natureza estritamente municipal, os quais foram deferidos à competência impositiva da União.

4. Da Lei Complementar

Igualmente por força de disposição constitucional (**Emenda n.º 1, de 1969, art. 24, item II, "in fine"**), não têm os Municípios competência legislativa plena sobre a matéria, pois apenas são tributáveis os serviços definidos em lei complementar.

Incidentemente em acórdão proferido em 1969, a 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais acentuou que "não se pode confundir a "lei complementar", de que fala o art. 25, item II, da Constituição do Brasil (refere-se ao texto de 1967) com a "lei complementar" de que trata o art. 53, da mesma Carta. Aquela, a lei complementar referida no item II, do art. 25, é lei ordinária; esta, a do art. 53, é lei constitucional, para cuja votação, conseqüentemente, se faz necessária a maioria absoluta das duas Casas do Congresso" (Agravado de petição n.º 10.976, relator Des. Jacomino Inacarato, in "Jurisprudência Mineira" vol. XLIV, pág. 43).

"Venia concedida", não me parece correto o entendimento esposado pelo aludido aresto, já que a expressão "lei complementar" é, em nosso sentir, utilizada no texto constitucional na acepção de lei não ordinária, hierarquicamente superior a esta, e cuja votação exige "quorum" qualificado, isto é, aprovação pela maioria absoluta dos membros de ambas as Casas do Congresso Nacional. A nova redação resultante da Emenda n.º 1, de 1969, deixa isso muito nítido, quando define (art. 50):

"As leis complementares somente serão aprovadas, se obtiverem maioria absoluta dos votos dos membros das duas Casas do Congresso Nacional, observados os demais termos da votação das leis ordinárias".

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 27-41, 1972

Nesse sentido, já se expressaram, recentemente, ALIOMAR BALEEIRO ("Direito Tributário Brasileiro", Forense, 1970, pág. 265), GERALDO ATALIBA (parecer na "Revista de Direito Administrativo", Edição F.G.V., vol. 104, pág. 382) e RUI BARBOSA NOGUEIRA (parecer citado, pág. 291).

Uma corrente extremada não só entende que o legislador ordinário está impedido de editar normas nessa área privativa da lei complementar, como proclama a impossibilidade da expedição de decretos-leis sobre a matéria, tachando, por essa razão, de inconstitucionais os decretos-leis n.ºs 406 e 834, de 1968 e 1969, respectivamente.

A arguição, contudo, a nosso ver, não tem pertinência, a uma, porque, ao outorgar poderes ao Presidente da República para expedir decretos-leis sobre finanças públicas, inclusive normas tributárias, a Constituição nenhuma restrição estabeleceu nesse sentido (Constituição de 1967, art. 58, item II; Emenda n.º 1, de 1969, art. 55, n.º II); às duas, por se tratar de atos normativos expressamente excluídos da apreciação judicial (Constituição de 1967, artigo 173, n.º III; Emenda n.º 1, de 1969, art. 181, n.º III e 182). De resto, é notório que o Supremo Tribunal Federal tem dado aplicação sistemática aos decretos-leis expedidos com amparo em atos institucionais, salvo quando desbordam para assunto estranho à segurança nacional, finanças ou criação de cargos públicos.

5. Lista Taxativa

Dentre, pois, as limitações constitucionais já enfocadas, figura a obrigatoriedade de serem os serviços tributados objeto de prévia definição em lei complementar.

A primeira definição de serviço que sobreveio à Emenda n.º 18, de 1965, em nível de lei complementar, foi ministrada pelo Código Tributário Nacional, cujo artigo 71 o conceituava como "o fornecimento de trabalho, com ou sem utilização de máquinas, ferramentas ou veículos, a usuários ou consumidores finais", além de determinadas espécies de locações. O Ato Complementar n.º 34, de 1967, na alteração 7.ª, manteve essa definição, aditando, porém, mais três hipóteses específicas ao campo de incidência do tributo em causa.

Com o advento do Decreto-Lei n.º 406, de 1969, foi abandonado o critério conceitual adotado nos diplomas anteriores, tendo o legislador optado pelo método casuístico, indicando, em lista minuciosa, os serviços tributáveis pelos municípios. A nova téc-

nica foi também consagrada pelo Decreto-Lei n.º 834, de 1969, que apenas editou outra lista em substituição à anterior.

Constitui questão do maior interesse prático saber se os respectivos códigos tributários municipais podem ou não estipular incidência sobre atividades não compreendidas na lei complementar. Vale dizer: a lista que acompanha o Decreto-Lei n.º 834 é exaustiva ou exemplificativa?

Para ALIOMAR BALEEIRO, a relação não é taxativa:

"A técnica legislativa do decreto-lei n.º 406 poderá levar o aplicador apressado à interpretação de que se reveste de caráter taxativo a lista anexa a este diploma, isto é, são passíveis do imposto de serviços só os ali arrolados. Não nos parece correta essa inteligência. A Constituição deu ao Município "os serviços de qualquer natureza". Todos, em princípio, exceto os da União, ou os reservados expressamente aos Estados por lei complementar. Todos os outros são tributáveis pelo Município. Tal como estava no inciso VI, do § 1.º, do art. 71, do C.T.N. Decreto-Lei não substitui lei complementar". (op. cit. pág. 265)

Sem embargo, porém, do respeito que nos merece o eminente tributarista, que, hoje, coloca sua notável cultura a serviço da toga mais alta deste País, não podemos abraçar seu entendimento. Primeiro, porque a razão invocada — impossibilidade de decreto-lei substituir lei complementar — não encontrou guarida no seio da Suprema Corte, pelos motivos já alinhados. Aliás, num desabafo que, "datíssima venia", debilita o argumento apresentado, o próprio autor não hesitou em deixar registrada esta observação:

"Na situação anormal decorrente do Ato Institucional número 5/68, parece ociosa a discussão sobre a possibilidade de matéria reservada à lei complementar ser regulada em simples decreto-lei. Do ponto de vista formal e da boa técnica legislativa, mesmo dentro da anormalidade jurídica, só um Ato Complementar seria o veículo idôneo para isso. Mas, afinal, a fonte legislativa era a mesma para o Ato Complementar ou para o decreto-lei" (op. cit., pág. 265).

Em segundo lugar, não podemos perfilar o referido entendimento, pois conceder ao Município competência plena para legislar sobre a matéria importaria em tornar ociosa a própria disposição constitucional, que condiciona o exercício do poder tributário à prévia definição, em lei complementar, do fato gerador. Demais disso, a própria sucessão dos diplomas legais que disciplinaram o assunto evidencia o caráter taxativo da lista. Na realidade, constata-se que o legislador complementar, inicialmente, delegou, de forma indireta, poderes aos Municípios para criar hipóteses específicas de incidência, através da fórmula contida na ampla expressão "demais formas de fornecimento de trabalho", a que se refere a alteração 7.^a do Ato Complementar n.º 34. Entretanto, isso não mais ocorreu a partir da vigência do Decreto-Lei n.º 406, quando o legislador reassumiu a faculdade constitucional de estabelecer as hipóteses exclusivas de incidência do tributo, exercendo-a plenamente na minuciosa lista que acompanhou aquele diploma legal, hoje substituída pela relação anexa ao Decreto-Lei 834, de 1969.

É nesse sentido o ensinamento de DAGOBERTO LIBERATO CANTIZANO:

"A legislação municipal referente ao imposto sobre serviços de qualquer natureza sofreu alteração quase integral com o advento do Decreto-Lei n.º 406, de ... 31/12/68, porquanto não mais assiste aos Municípios a faculdade de, através de critérios lógicos, e de acordo com as normas constitucionais e legais vigentes, especificar os serviços que, em seu entender, estão sujeitos à tributação desse imposto de sua competência exclusiva.

A simples enumeração dos serviços sujeitos a esse imposto, incluídos na "Lista de Serviços" anexa ao decreto-lei 406 (logo após o seu art. 12) e a declaração constante do art. 8.º da mesma norma legal, afirmando que o fato gerador desse imposto é "a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa", não deixa qualquer dúvida a respeito dessa nossa interpretação.

A referida enumeração é exaustiva e não exemplificativa. O Município somente pode exercer a sua competência tributária privativa cobrando impostos sobre os serviços que figuram naquela lista e nada mais.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 27-41, 1972

É evidente que houve um cerceamento da atividade do Município na "exploração" do campo tributário que lhe fora delimitado pela Constituição de 1967.

Cremos que essa catalogação dos serviços que podem ser tributados pelo imposto ora examinado, tem como única explicação o fato de que, nos primeiros tempos de sua aplicação, os Municípios procuraram ampliar desmedidamente a área de sua incidência, a ponto de tentarem tributar os depósitos bancários e, até, os descontos procedidos pelos Bancos, sendo que estas últimas operações já eram oneradas pelo imposto federal sobre operações financeiras. ("O NOVO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO", Forense, 1969, pág. 180/181)

Da mesma forma pensa GERALDO ATALIBA (conferir parecer publicado na "Revista de Direito Administrativo", F.G.V., vol. 164, pág. 381/392).

No mesmo sentido é o ensinamento de ARNOLDO WALD (parecer in "Revista Forense", abril-junho/70, vol. 230, pág. 57/70).

Dessarte, temos para nós que, nos termos do art. 8.º, do Decreto-Lei n.º 406, de 1968, o ISQN só pode ter por fato gerador a prestação de serviço constante da lista que lhe é anexa, sendo vedado aos Municípios criar qualquer outra espécie de incidência.

6. Gratuidade dos Serviços

Para o Direito Tributário é irrelevante a prestação de serviço gratuito, tanto assim que a base de cálculo do tributo é "o preço do serviço", nos termos do art. 9.º, do Decreto-Lei n.º 406.

Segundo refere ALIOMAR BALEEIRO, na vigência do antigo imposto sobre diversões de São Paulo, o Pretório Excelso decidiu que não era exigível o tributo de firma comercial que, no interior da loja, difundia GRATUITAMENTE (o grifo é do original) música de ambiente para conforto dos clientes e empregados (M.S. n.º 18.856, S.P., unânime, julgado em 05/11/68 op. cit., pág. 262. Em Acórdão publicado na "Revista Trimestral de Jurisprudência" de março de 1971, vol. 55, pág. 729), de que foi relator o Ministro Barros Monteiro, embora incidentemente, decidiu o Supremo Tribunal pela inexigibilidade do tributo em se tratando de atividade desenvolvida sem remuneração.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 27-41, 1972

CONTREIRAS DE CARVALHO ressalta, com segurança, que o serviço deve ser oneroso e, portanto, "ter uma consequência econômica para o prestador. É irrelevante para as leis tributárias a prestação de serviço gratuito" (Doutrina e Aplicação do Direito Tributário, Freitas Bastos, 1969, pág. 401).

Idêntica é a conclusão do trabalho divulgado em "Finanças e Mercado de Capitais no Brasil", Editora Forum, Condensação de Geraldo Hess, pág. 44, "verbis":

"Toda pessoa jurídica ou profissional autônomo é obrigado a pagar impostos sobre serviços de qualquer natureza, desde que seja remunerado".

Constitui ementa do autorizado parecer de GERALDO ATALIBA aqui já citado a regra de que "o imposto sobre serviços não incide sobre convites gratuitos que não se confundem com ingressos pagos" (R. D. A. vol 104, pág. 381).

7. Auto-Serviços

Constitui, igualmente, a nosso ver, condições "sine qua non" para a ocorrência do fato gerador a circunstância de ser o serviço executado em favor de terceiros, inocorrendo a incidência em se tratando de atividade desenvolvida em benefício da própria pessoa física ou jurídica.

A redação original do § 1.º, inciso I, do art. 71 do Código Tributário autoriza inequivocamente essa ilação, ao considerar serviço o "fornecimento" de trabalho. Também o texto da alteração 7.ª, do Ato Complementar 34, alude, como já ressaltáramos, às "demais formas de fornecimento de trabalho". A leitura atenta da lista anexa ao Decreto 834 evidencia, outrossim, que o legislador não cogita da execução de serviços em benefício próprio.

Há poucos meses, julgando o agravo n.º 10.976, interposto em processo de mandado de segurança, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado anulou lançamento efetuado pelo município de Belo Horizonte, pela consideração de que o impetrante não desenvolvia atividade em benefício de terceiros (AC. publicado in "R. D. A.", edição F. G. V., vol. 99, pág. 77/78, "Jurisprudência Mineira", vol. 44, pág. 44).

8. O ISQN e as Instituições Financeiras

Quanta polêmica tem sido desenvolvida em derredor da questão relativa à existência ou não de incidência do tributo sobre as atividades das instituições financeiras:

Acentua, *verbi gratia*, DAGOBERTO LIBERATO CANTIZANO, de modo categórico:

"como entre os serviços enumerados no decreto-lei 406 não constam os atinentes à atividade bancária, parecem-nos que, agora, NÃO MAIS SE PODERÁ COGITAR DE SUA COBRANÇA COM REFERÊNCIA AOS SERVIÇOS PRESTADOS POR ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS" ("O novo Sistema Tributário Brasileiro", pág. 185).

Já MANOEL LOURENÇO DOS SANTOS, em sua conhecida obra ("Direito Tributário — Aspectos do Sistema Tributário Nacional", edição de 1968), após abordar com largueza o assunto, concluiu pela legitimidade da tributação sobre vários serviços bancários que alinha pormenorizadamente, como cobrança por conta de terceiros, administração de bens ou execução de contratos, transferência de dinheiro, aluguéis etc. Contudo, na última edição da aludida obra, que veio a lume sob o patrocínio da "Fundação Getúlio Vargas" (1970, pág. 271/272), depois de registrar as alterações produzidas pelo Decreto-Lei n.º 834, de 1969, manifesta hesitação sobre o assunto, deixando de apontar os serviços que estariam compreendidos na área da incidência do imposto, como procedera na edição anterior...

Afigura-se-nos correta a posição dos que admitem legítima a ocorrência da tributação, relativamente a parte dos serviços executados pelas instituições financeiras. Convencer-nos-emos do acerto dessa ilação se considerarmos que, a contar da vigência do Código Tributário Nacional, — cuja redação primitiva só condicionava a ocorrência do fato gerador ao "fornecimento de trabalho", com ou sem utilização de máquinas, — verificava-se a incidência sobre todos os serviços realizados pelas instituições financeiras, salvo os que, por si só, configurassem "fato gerador de imposto de competência da União ou dos Estados" (CTN, art. 71 e § 1.º).

Com o advento, porém, do Dec.-Lei n.º 406, de 31/12/68, que abandonou o critério conceitual para a caracterização do fato gerador, optando pelo casuismo, ocorreu exclusão expressa da incidência sobre a prestação de determinados serviços: — os mencionados no item XII da lista anexa àquele diploma legal —, o que autorizava a conclusão de que era exigível o tributo sobre as demais atividades enumeradas no rol legal, ressalvados os casos especiais de bitributação.

A técnica casuística foi mantida pelo Decreto-Lei n.º 834, de 08/setembro/1969, cuja lista também retirou expressamente do campo da incidência várias espécies de serviços, quando prestados pelas mencionadas instituições, deixando de fazê-lo, contudo, em relação a outras atividades a que as mesmas, notoriamente, costumam dedicar-se.

Aliás, recentemente, ao julgar o agravo de instrumento n.º 47.731, do Estado de São Paulo, entre partes Prefeitura Municipal de Osasco e Banco Noroeste do Estado de São Paulo S/A, o Colendo Supremo Tribunal Federal se manifestou a respeito, decidindo que "os bancos podem ser tributados em relação a diversos serviços prestados, que não se confundem com depósitos que recebem" muito embora o venerando aresto tenha deixado de mencionar quais seriam os serviços bancários objetos de tributação (A. C. "Revista do Direito Administrativo" — FGV, vol. 103, pág. 60).

Aos nossos olhos, pois, apresenta-se legítima a tributação parcial. Quais seriam, porém, especificamente, os serviços sujeitos à incidência?

É mais fácil e seguro iniciarmos, primeiramente, o exame das hipóteses de não-incidência. Segundo a lista atualmente em vigor, estão excluídos taxativamente os seguintes serviços, quando executados por instituições financeiras:

- a) administração de bens ou negócios, inclusive consórcios ou fundos mútuos para aquisição de bens (item XIV);
- b) depósitos de qualquer natureza (item XXXVII);
- c) agenciamento, corretagem ou intermediação, de quaisquer títulos (item LVIII).

Não estão também sujeitos à imposição fiscal todos os serviços que não estiverem expressamente referidos na lista anexa ao Decreto-Lei n.º 834, assim como aqueles que, conquanto ali arrolados, já hajam sofrido incidência de outro imposto, por estarem compreendidos nos elementos fáticos que configurem fato gerador de tributo devido à União ou aos Estados (Constituição em vigor, art. 24, item II). Por isso mesmo, já decidiu a Suprema Corte que o ISQN não incide sobre depósitos bancários ("Revista Trimestral de Jurisprudência", vol. 55, março/1971, pág. 727), nem tampouco sobre títulos descontados "Legislação Mineira" n.º 47, outubro/1971, pág. 2461), eis que tais operações configuram o fato gerador do imposto sobre operações financeiras.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 27-41, 1972

Pela mesma razão, em brilhante parecer, RUBENS GOMES DE SOUZA concluiu pela não incidência do ISQN sobre aceites de letras de câmbio vinculados a contratos de abertura de crédito (Revista Forense).

9. Incidências Típicas

Em contrapartida, a lista que acompanha o texto legal inclui os seguintes serviços, comumente prestado por bancos, sem estabelecer qualquer distinção quanto à natureza das pessoas jurídicas que os executam:

- a) intermediação, inclusive corretagem de bens móveis ou imóveis, salvo as relativas a títulos de qualquer natureza (item 31);
- b) agenciamento e representação de qualquer natureza, salvo os referentes a quaisquer espécies de títulos (item 32);
- c) cópia de documentos e outros papéis, por qualquer processo, inclusive, pois, cópias xerográficas (item 51);
- d) locação de bens móveis (item 52);
- e) agenciamento, corretagem ou intermediação de câmbio e de seguros (item 58);
- f) cobranças, quando efetuadas por conta de terceiros (item 62).

Merece consideração especial o contrato de locação de espaço em bens imóveis (aluguel de cofre), usualmente celebrado pelos estabelecimentos bancários. Essa modalidade de prestação de serviços esteve, desde a criação do ISQN, a ele sujeita, tanto assim que foi mencionada, com destaque, na sucinta lista constante do § 1.º, do art. 71, do Código Tributário Nacional, em sua redação primitiva. Inexiste, porém, qualquer menção a essa atividade tanto na lista que acompanhou o Decreto-Lei n.º 406, quanto na anexa ao Decreto-Lei 834, atualmente em vigor.

Forçoso é inferir, por conseguinte, que a referida locação foi subtraída à imposição fiscal. Isso também foi notado por GERALDO ATALIBA, que já se pronunciou pela inoccorrência de tributação na espécie (CFR. Parecer in "Revista do Direito Administrativo", volume 104, pág. 391).

10. Conclusões

À vista do que foi exposto, acreditamos ter ficado demonstrada a impossibilidade da fixação de um critério abstrato, sus-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 27-41, 1972

cetível de capitular, "a priori", todo serviço prestado pelas instituições financeiras, assim como os que, de futuro, passem, eventualmente, a ser executados por essas sociedades, cujas atividades, aliás, nos últimos tempos, tem experimentado considerável expansão. Essa circunstância talvez esclareça porque, até aqui, a doutrina e a jurisprudência não tenham logrado construir o conceito de "serviço tributável", restringindo juizes e doutores seus pronunciamentos à dimensão encolhida dos casos isolados que lhes são submetidos.

Por conseguinte, deve o intérprete analisar, uma a uma, cada modalidade de serviços que lhe for apresentada, quando lhe poderiam servir de subsídio as seguintes normas:

- I — As instituições financeiras estão sujeitas, parcialmente, ao imposto sobre serviços;
- II — A lista anexa ao Decreto-Lei n.º 834 é taxativa, não sendo, assim, tributável qualquer serviço ali não referido;
- III — A gratuidade exclui a tributação;
- IV — São intributáveis os "auto-serviços", pois só ocorre a incidência sobre atividades realizadas **em benefício de terceiros**;
- V — Não são contribuintes os que prestem serviços em relação de emprego, os trabalhadores avulsos, diretores e membros de Conselhos consultivo ou fiscal de sociedades nos termos do artigo 10, do Decreto-Lei n.º 406, de 1968;
- VI — Também se excluem os serviços incorporados ao processo de industrialização ou comercialização de bens, bem como os agregados ou compreendidos nos elementos fácticos geradores de tributo devido à União ou aos Estados;
- VII — Estão expressamente excluídos da incidência as atividades seguintes, quando realizadas por instituições financeiras:
 - a) administração de bens ou negócios, inclusive consórcios ou fundos mútuos para aquisição de bens (item 15 da lista);
 - b) depósitos de qualquer natureza (item 37);
 - c) agenciamento, corretagem ou intermediação de quaisquer títulos (item 59);
 - d) locação de espaço em bens imóveis;

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 27-41, 1972

VIII — Ocorre a tributação sobre os seguintes serviços:

- a) intermediação, inclusive corretagem de bens móveis ou imóveis, salvo as relativas a títulos de qualquer natureza (item 31);
- b) agenciamento e representação de qualquer natureza, salvo as referentes a quaisquer espécies de títulos (item 32);
- c) cópia de documentos e outros papéis, por qualquer processo, inclusive, pois, cópias xerográficas (item 51);
- d) locação de bens móveis (item 52);
- e) agenciamento, corretagem ou intermediação de câmbio e de seguros (item 58);
- f) cobranças, quando efetuadas por conta de terceiros (item 62).

(*) Tese apresentada no IV Congresso Nacional de Procuradores de Estado, levado a efeito em Guarapari-ES, nos dias 9, 10, 11 e 12 de outubro de 1972.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 27-41, 1972

DIREITO ECOLÓGICO: PERSPECTIVAS E SUGESTÕES

Sérgio Ferraz (*)

No curso do tempo, a missão suprema do jurista tem sido integrar no padrão normativo societário as grandes conquistas do pensamento humano. O incrível desenvolvimento tecnológico do presente século apenas aparentemente representa desmentido à necessidade, à **essencialidade** mesmo, do fenômeno jurídico. Neste século, e nos futuros, muito mais que no passado, o progresso técnico, para realmente servir o Homem, para não aniquilá-lo, terá de ser absorvido pelo legislador e jurista, transformado em regra, despido de sua perigosa impessoalidade, disciplinado, tratado e coartado como conquista do Homem para o Homem, e não contra ele. O grande desafio ao jurista de nossos dias é exatamente esse: ele não pode ser simples espectador atônito do desenvolvimento científico, mas seu copartícipe, ou mesmo antecipador, integrando-o, *pari passu*, ou abrindo caminho para sua integração, nas categorias regedoras do comportamento individual e social.

No quadro da última década uma determinada consequência do progresso tem preocupado sobremaneira os cientistas interessados na preservação da espécie humana. A ciência, a partir de recentes anos, constatou que o preço do desenvolvimento, além de dinheiro e vidas, tem sido também representado pela alteração do equilíbrio ecológico, bem como pelo depósito dos despejos industriais e substâncias poluentes inservíveis após os processos técnicos de transformação, no meio-ambiente do Homem. A princípio discretamente, já agora maciçamente — criticamente mesmo em certas áreas, o cientista detectou a presença de alterações ambientais ou de resíduos e restos químicos, cuja eliminação até aqui não fora objeto de cogitação ou de solução, em graus tais de

(*) Procurador do Estado da Guanabara.

constância que sujeitos a desequilibrar os fatores naturais enseguradores da vida humana. A esse desafio científico cabe, por certo, uma resposta científica. Com seu empenho, terá o Homem, em face de mais esse repto histórico, de elaborar idéias e conceber conseqüentes meios ou de eliminação dos agentes agressivos, ou de criação artificial de ambiente são ou até mesmo (a hipótese não é fantasiosa demais) a conformação de um novo Homem, apto a sobreviver nas novas condições que se forem formulando.

Todavia, como em todos os tempos, ao desafio não pode ficar indiferente o jurista, o legislador, o julgador, o administrador. Enquanto a técnica não afasta ou elimina a ameaça, cabe ao Homem do Direito enquadrá-la no contexto das relações sociais, disciplinando suas condições de surgimento, criando métodos repressivos ou preventivos, regrado, em suma, os comportamentos que se desenvolvem nesse terreno, com fins específicos e altamente importantes: proteger o meio ecológico, compor equibradamente as necessidades do progresso com as da sobrevivência, ministrar ao Homem instrumentos sociais que, defendendo-o dos subprodutos de sua ciência, lhe assegurem a permanência da espécie. Assim, enquanto a tecnologia não cria a panacéia — ou seja, enquanto não cria o estudo de fato ideal, puro — para o mal, mais uma vez releva a importância do Direito, categoria à qual competirá disciplinar os fenômenos físicos conducentes à situação concreta atual, para integrá-lo na dinâmica da vida social. Ao conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos organicamente estruturados, para assegurar um comportamento que não atente contra a sanidade mínima do meio-ambiente, denominamos **Direito Ecológico**.

É evidente que a denominação não corresponde a um **ramo novo** do jurismo, a uma disciplina jurídica autônoma. Realmente, o direito ecológico não tem métodos próprios de pesquisa, estudo ou sistematização; nem tampouco, existem princípios que lhe sejam peculiares. Trata-se, bem antes, de uma setorização determinada *utilitatis causa*, com propósitos didáticos de sistematização de pesquisa. O âmbito de incidência de suas regras está empolgado precipuamente no campo do Direito Administrativo. Ademais, contribuem também para sua conformação, principalmente, o Direito Constitucional, o Direito Civil, o Direito Penal e o Direito Tributário. Assim, por exemplo, no Direito Constitucional vai buscar os mecanismos de relações e coordenação entre os entes públicos interessados na problemática; no Direito Civil, apropria-se, e extrapola-as, de partes das regras de composição dos chamados **conflitos de vizinhança**. Do Penal vai haurir a sis-

temática de definição de delito, e sua repressão aplicada à preservação ambiental. Do Direito Tributário aspira, ainda por exemplo, à técnica dos incentivos, para incitar o particular a aliar-se ao Poder Público, na obra de salvaguarda do **habitat** humano.

Tem sido habitual relacionar-se o direito ecológico com o urbanístico, sob uma referência de conteúdo a continente. Nesse panorama, o direito ecológico aparece como um dos feixes componentes da disciplina jurídica da urbe, globalmente denominada direito urbanístico. Dissentimos, todavia, dessa óptica, a nosso ver representativa de estágio ainda incipiente dos estudos sobre o assunto. Em nosso entender, o continente é exatamente o direito ecológico que, *comoditatis causa*, poderia ser subdividido em direito ecológico urbanístico e direito ecológico rural. A manutenção da visão ora criticada talvez mais se explique em países como o nosso, em que existem amplos espaços vazios, afora o fato de se ressentir nossa vida rural das conquistas da tecnologia. Mas nos países de menor extensão ou de intensa tecnização rural, a preservação, ambiental não constitui problema exclusivo da cidade. Mais agudo é aí sem dúvida, mas já se apresenta importante também no campo, com influência direta, por exemplo, no relevante tópico da indústria da alimentação meramente extrativa. A transmutação irreversível, que as décadas imediatamente próximas presenciaram, das **polis** em megápoles, mais contribuirá para repor os dados do problema em sua verdadeira posição, apresentando claramente o direito urbanístico como parte do direito ecológico. Mais especificamente, como a parte do direito ecológico que, disciplinando os diversos aspectos do comportamento humano na cidade, contribuirá para o esforço global, em que integrado o direito ecológico, visando à preservação da sanidade ambiental. Aos dois ramos corresponderão preocupações básicas comuns: a utilização da propriedade, a manutenção da higiene do **habitat**, o combate e prevenção aos fatores poluentes — ao direito urbanístico (em suas várias e possíveis repartições: normas edilícias florestais, de proteção à fauna etc.) e ao direito rural (com idênticas e correlativas setorizações) segundo suas esferas territoriais de incidência. Dessa relação de continente-conteúdo só escapará o direito urbanístico se lhe atribuímos o conceito que moderna doutrina italiana vem elaborando, nele divisando o conjunto de regras e sistemas destinados à disciplina dos conglomerados humanos, concentrados ou esparsos (**MAZZAROLLI, I piani regolatori urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione**, Padova, 1962). Mas o resultado, mesmo então, não será o da subordinação do direito ecológico, mas o da identificação entre os dois ramos.

A estruturação sistemática, e talvez mesmo a autonomização do direito ecológico, constituirão, pois, nos próximos anos, um dos mais atraentes focos de interesse para o jurista, que, em seu campo específico, estará aliado ao cientista, na elaboração já agora não apenas de uma sociedade justa (missão principal para ele, até aqui), mas de uma comunidade habitável. Para tanto, terá de adaptar suas estruturas mentais aos novos e críticos tempos. Terá mesmo de abandonar certas concepções até aqui basilares de seu entendimento do mundo jurídico. Retomando a formulação duguitiana do Estado, como agência prestadora de serviços públicos, imprescindível será, como passo primeiro, redimensionar a própria conceituação de **serviço público**. Como tal deverão ser entendidas não apenas aquelas atividades desempenhadas pelo Poder Público (e suas ramificações) ou por ele delegadas a particulares mas também todas as atividades econômicas (ou de relevância econômica) desenvolvidas por/para particulares que devam ficar sujeitas, em face do interesse público que envolvem, a controle e/ou programação oficial. A amplitude desse conceito de serviço público, que terá de ser sufragada em texto legal, deverá ter um consectário inafastável, para ser eficaz: todo e qualquer um será legitimado a promover a atuação estatal nos desvios da prestação do serviço público. O problema não mais será confinado aos estreitos limites até aqui vigentes (não só em nosso direito positivo), de mero litígio entre particulares e vizinhos. Terá de ser estatuído, pois, um verdadeiro e efetivo **direito público subjetivo à tutela ambiental**. Somente levada a luta pela preservação ambiental a tais extremos poderá ela render frutos. Somente assim nosso jurista transcenderá da incipiente, diríamos mesmo subdesenvolvida, visão, privativista que até aqui tem presidido tais estudos. É por isso que julgamos francamente frustrativas as conclusões do simpósio que, sobre o tema, foi promovido entre nós, em 1971, pela União Internacional dos Magistrados. Manifestar, como se fez então, satisfação pelas nossas regras de direito de vizinhança, ou pelas constantes do nosso Anteprojeto de Código Civil representa dar passos sobre as próprias pegadas, nem um metro para frente. O único sentido compatível com as novas necessidades, e com a magnitude da tarefa confiada ao jurista, reside, portanto, em equacionar a atividade do Estado, de manutenção do "habitat", como um momento de evolução legislativa que assinala a passagem do Estado, do estágio de ente com fins ilimitados, para a etapa de **Estado-responsável**, perante o qual qualquer um está legitimado a pleitear um ambiente higienicamente são.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 43-52, 1972

Obviamente compreendidas num quadro de tais proporções, as medidas de prevenção ou combate aos fatores de degradação ambiental não deverão restringir-se à disciplina legal de particulares e restritos setores de atividade. Deverão, antes, inserir-se no contexto global da economia nacional, posto que inegáveis as repercussões entre os dados de cada uma dessas esferas; para exemplificar, a localização, a programação e o funcionamento dos empreendimentos industriais dizem respeito não apenas à sanidade ambiental, mas igualmente à economia. De toda sorte, porém, o desafio está lançado e só comporta uma resposta. A conservação do fator ambiente salubre assume, em nossos dias, extraordinária preeminência. Requer, para total equacionamento, uma completa e delicada congregação de instrumentos administrativos, recursos financeiros e aparatos tecnológicos. Mas para coordenar tudo isso, e tornar o complexo operacional, será imprescindível a formulação dos correspondentes instrumentos legais. Essa a resposta do jurista ao desafio.

É claro que, tal como o problema, sua resposta jurídica também é prolifacética. Assim, os instrumentos legais podem incidir sobre qualquer dos campos do direito urbanístico. Poderão dizer respeito à disciplina da utilização da terra; à proteção dos mananciais, da flora, da fauna, da atmosfera; à emissão de gases nocivos ou maléficos; à eliminação de lixo e detritos; ao regramento do funcionamento das indústrias, quanto à localização e funcionamento; à adoção compulsória de filtros e outros aparelhamentos de atenuação, controle ou saneamento; ao estabelecimento de incentivos financeiros ou fiscais para as empresas que se proponham a manter a sanidade ambiental; à instituição e cobrança da contribuição de melhoria para financiamento das obras públicas que protejam o **habitat**; ao combate às devastações e predações da fauna e da flora; à proteção dos mananciais e de sua higidez; à eliminação do cansaço das terras aráveis; ao regramento da estilização dos defensivos; à fixação de diretrizes conducentes à salvaguarda do equilíbrio das espécies; à criação de parques naturais e reservas biológicas; à prevenção do excesso de população. A simples enunciação desse elenco de preocupações torna evidente a necessidade de redimensionar certos institutos jurídicos, que serão da maior significação no regramento da preservação ambiental. Como simples exemplificação, citemos as autorizações, concessões, permissões e licenças, cuja disciplina será o cerne de todo o arcabouço jurídico atinente à utilização da propriedade, segundo padrões de preservação ambiental.

De qualquer sorte, o diploma legal, há de ser dotado de suficiente plasticidade e amplitude, em suma, uma lei de aspecto

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 43-52, 1972

e caráter geral. Isso porque as particularidades locais, ou das diversas atividades, assim como o constante desenvolvimento tecnológico, tornam imprescindível reservar às vias regulamentares a concretização dos preceitos legais. Paralelamente, os órgãos encarregados da proteção ambiental também terão de ser dotados de suficiente plasticidade institucional. A experiência internacional tem ditado uma orientação que, seguramente, é inteiramente válida para nós: de regra, há um órgão de competência nacional e vários de alçada provincial. Estes conformam sua atividade segundo as peculiaridades locais; aquele prescreve diretrizes de validade global e coordena as experiências setoriais. Transposta para um âmbito maior, sob a égide de organismos internacionais, com o tempo, para os grandes problemas ecológicos, serão criados entes com competência supranacional.

Na Itália, por exemplo, encontramos um órgão global e uma lei geral. O órgão global é o Instituto Nacional Italiano de Estudo do Microclima, com diversas agências territoriais. A lei existente, primeiro passo para o almejado Código Italiano do Microclima, apenas fixa princípios fundamentais, prevê os grandes traços da subdivisão territorial. As normas procedimentais, os poderes inspecionadores e repressivos e as sanções. Tudo o mais é matéria de regulamento. Correlatamente, disseminam-se pelo país os órgãos regionais, atentos a peculiaridades zonais. A experiência italiana, de resto já adotada em vários países, merece cumprida atenção do legislador nacional.

Temos, é verdade, uma lei geral sobre o assunto. E em curso no Congresso Nacional se encontra um projeto de nova disciplina, seguramente aperfeiçoadora da vigente. Esta, o Decreto-lei 303, de 28 de fevereiro de 1967, apresenta, dentre outras, as seguintes importantes peculiaridades:

- 1 — Define poluição com amplitude, como qualquer alteração, de qualquer natureza ou origem, na sanidade do meio ambiental.
- 2 — Cria um órgão nacional, de âmbito federal, para controlar a poluição ambiental, devendo para tanto relacionar-se, mediante convênios ou consórcios, com entidades estaduais ou municipais.
- 3 — Admite a concessão de estímulos fiscais, a serem disciplinados em lei, para as empresas que adotarem equipamentos de controle da poluição ambiental.
- 4 — Prevê, como penalidades aos agentes que causarem poluição, penas pecuniárias ou de interdição de atividades.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 43-52, 1972

A insuficiência desses instrumentos, mesmo como normas gerais e amplas, para um problema cuja magnitude se apresenta diariamente acrescida, é patente. Preliminarmente, cabe observar que só se preocupa ela com um limitado aspecto da preservação ambiental — o da poluição. Mesmo aqui, contudo, falta à lei federal não só a amplitude que lhe permita abarcar não só o conjunto de dados referentes à poluição, já existentes, como também o que a pesquisa científica vier progressivamente a revelar. De outra parte, carece da imprescindível generalidade, que ensejasse à livre concreção regulamentar acompanhar as particularidades setoriais, territoriais e os novos reclamos da técnica. Ademais, ressentem-se nossa lei de mais eficazes instrumentos repressivos dos fatores hostis ao ambiente, bem como de mecanismos que economicamente, **no interesse da coletividade**, facilitassem à Administração atuações prontas, enérgicas e eficazes. Nada temos, por exemplo, semelhante aos meios radicais, como previstos na lei japonesa, alemã e na de alguns estados norte-americanos, que admitem à Administração a declaração de zonas **smog-alert**: localidades em que, por força do alto grau de poluição atmosférica, pode ser drasticamente reduzida, ou mesmo **proibida**, a circulação de veículos a gasolina (a declaração já se registrou, em concreto, pelo menos uma vez em Tóquio, em Los Angeles e na Renânia-Westfália).

Outra diretriz imperiosa, como acima ressaltamos, é reverter-se a lei de tal plasticidade que possa abarcar todo o complexo envolvido no tema, inclusive outros fatores de poluição ainda não avaliados ou conhecidos. Presentemente só se fala, na quase totalidade dos casos, em poluição causada por diversos tipos de lixos, gases, líquidos ou substâncias tóxicas, calor, ruído, etc. Mas a intensidade do intercâmbio de ondas hertzianas, de transmissões de televisão (mormente quando nos encaminhamos, por força dos satélites de comunicação, a passos largos para a **aldeia global**), as emissões crescentes de raios X, os raios **laser**, a própria saturação de ondas elétricas, tudo isso e muitas outras irradiações, que por ora não examinamos, poderão vir a ter fixado, pelo progresso tecnológico, níveis de poluição atualmente insuspeitos. A lei deverá, a exemplo do anteprojeto do Código Italiano do Microclima, revelar-se dúctil, e não ser engolida ou ultrapassada pelo desenvolvimento científico.

Assim, os meios repressivos e/ou punitivos deverão ser os mais amplos, talvez mesmo radicais, imagináveis.

Todos os dados e pensamentos ora expostos constituem apanhado do panorama atual do direito ecológico, e de suas perspec-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 43-52, 1972

tivas no direito nacional. No momento em que, seguramente com argúcia e minúcia, o Congresso Nacional se dedica à elaboração de nova Lei Geral a respeito, tais considerações e cuidados deverão estar sendo levados em conta. Mas mesmo no quadro do direito vigente algumas introduções poderão ser operadas, e outras até terão de ser ditadas, antes da adoção de regulação específica da matéria. Já citamos, anteriormente, o redimensionamento do conceito e da disciplina de institutos como a concessão, permissão, licença e autorização. Todavia muito mais pode ir sendo elaborado desde já. Veja-se, por exemplo, o dado extremo em que determinada indústria não mais deva, para a sanidade ambiental, continuar a funcionar. Com o progresso da ciência, tal circunstância deverá ser cada vez mais comum, pois ou será possível anular os fatores deletérios, ou eles serão, pela própria natureza da atividade, irremovíveis e incompatíveis com a vida humana. O agravamento desse quadro será suscetível de tornar, sob o ponto-de-vista econômico-financeiro, implausível a atividade de restrição administrativa extrema (talvez inevitável nos casos concretos de males extremos) — a desapropriação — dentro das coordenadas atualmente vigentes em nosso direito positivo. Cremos, em consequência, que dever do jurista é o de antecipar-se ao breve eclodir do problema, já armando o administrador dos meios instrumentais que o habilitem a agir. Concretamente, sugerimos que seja acrescido um parágrafo ao art. 161 da Constituição Federal, estendendo a todas as pessoas jurídicas de direito público (não apenas à União, pois o problema é de ordem geral) a possibilidade de desapropriar bens imóveis mediante pagamento de justa indenização em títulos da dívida pública, quando fundada a iniciativa em motivo de preservação ou prevenção da sanidade ecológica. No texto constitucional ficaria apenas aberta a via, com expressa delegação à lei ordinária para a definição dos casos em que possível a concretização da medida, bem como das condições econômico-financeiras balisadoras da justa indenização. Tais critérios seriam, por fim, objeto de regulação na lei geral em estágio de elaboração. A sanidade econômica, meta última do referido artigo 161, identificada neste passo à racional distribuição da propriedade rural, com a consequente racionalização da economia e da produção rurais, (agrícola e pecuária), seguramente não há de significar ou representar mais que a sanidade ecológica. Óbice teleológico, filosófico ou conteudístico não existiria, pois, para a adoção da emenda ora proposta.

Como se vê, um amplo campo de indagação e trabalho, para o cientista e para o jurista, é oferecido pelo palpitante tema da

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 43-52, 1972

preservação do meio-ambiente. Existem, sob o enfoque jurídico, em nosso ordenamento positivo (aliás não apenas no nosso), terrenos virgens, onde ingente o aparecimento do cultor do direito, interessado e imaginoso. É absolutamente irreal e reveladora de limitações, a visão daqueles que, contemplando o monumento jurídico, o consideram exaurido, explorado de ponta a ponta. Novas e palpitantes relações surgem a cada dia, tornando gradativamente mais imprescindível o fenômeno sócio-cultural do Direito. Não apenas na regulação dos eventuais direitos e deveres, que as viagens espaciais suscitam, encontrará o jurista possibilidade de pioneirismo. Aqui mesmo, em nossa velha mas sempre palpitante Terra, o fenômeno jurídico permanece estuante de novidades, repleto de novos continentes desconhecidos a exigirem outros tantos Colombos além dos que a História registra.

Como sumário de todo o exposto, submetemos à aprovação plenária as seguintes conclusões:

- A — A permissão deverá ser consagrada como o ato administrativo ensejador da instalação e funcionamento de qualquer complexo de atividades, suscetível de alterar o equilíbrio ecológico. Como permissão deverá ser entendido o ato administrativo, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público faculta a execução de serviços de interesse coletivo, segundo as condições estabelecidas pela Administração. A escolha dessa figura negocial decorre do seu inerente caráter precário, habilitando, pois, a Administração à cassação de sua manifestação de concordância ao desempenho da atividade, tão logo se caracterize qualquer consequência envolvendo ponderável risco à integridade ambiental;
- B — deverá ser legalmente assegurado, a qualquer pessoa, direito público subjetivo à tutela ambiental, em limites amplos, habilitando-o a fundadamente postular desde a adoção de mecanismos preventivos e atenuadores até a cessação de atividade agressiva ao meio;
- C — a estruturação sistemática e a autonomia didática do direito ecológico (em nível de especialização) deverão constituir objeto de estudos e recomendações, por parte dos juristas, aos órgãos encarregados do ensino jurídico e da elaboração legislativa;
- D — a nova lei (ou novas leis) sobre proteção ecológica não deverá ater-se, apenas, ao setorial problema da poluição, mas em abarcar todo o contexto de questões de prote-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 43-52, 1972

ção ambiental. Deverá, outrossim, revestir-se de plasticidade tal que lhe permita absorver novas dificuldades que o desenvolvimento tecnológico acarretará;

E — a ser criado algum órgão nacional dedicado ao problema, sua atuação deverá exercer-se no nível de coordenação, normatividade e assistência. Aos Estados-membros e municípios caberá, prioritariamente, a adoção de medidas executórias;

F — deverá ser acrescentado ao artigo 161 da Constituição Federal um parágrafo admitindo a extensão da modalidade expropriatória, ali prevista, às hipóteses motivadas pela necessidade ou interesse de preservação, ou prevenção (que seriam definidas em lei), da sanidade ecológica, legitimadas, para tanto, todas as pessoas jurídicas de direito público.

(*) Tese apresentada no IV Congresso Nacional de Procuradores de Estado, levado a efeito em Guarapari-ES, nos dias 9 a 12 de outubro de 1972.

IMPEACHMENT

Adaury Pinto Filippi *
Cyl Paranhos de Lima *

O instituto do "Impeachment" constitui uma das matérias mais tormentosas em nosso Estado. Sua aplicação, assim como sua exata compreensão, está a merecer exame detalhado e, por essa razão, nos propusemos a abordá-lo desde o nascedouro até os dias que correm, apontando as alterações, face aos sucessivos provimentos legislativos, nas diferentes esferas.

A Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, ao tratar "Da Responsabilidade do Presidente da República", no parágrafo único do artigo 82, prescreve, "in verbis":

"Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento". (grifamos)

A regra é programática e carece de urgente regulamentação. O que ora se tem como crime de responsabilidade do Presidente e de seus auxiliares — os Ministros de Estado — está contido no corpo do citado artigo 82 e, destacadamente, de forma enumerativa, nas situações definidas em seus itens, de I a VII.

Para evitar o vazio jurídico, e embasado no princípio da continuidade da legislação anterior não conflitante com a nova ordem constitucional, está em vigor, até hoje, o regramento da Lei

* Consultores Jurídicos do Quadro da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

n.º 1.079, de 10 de abril de 1950, que, nascida sob a égide da Constituição Federal de 1946, regulamentou o instituto do "Impeachment".

Não se discute, à verdade, a vigência de tal legislação; o que nos parece oportuno é que, agora, se providencie na edição de um diploma legal que melhor se afeição à nova ordem constitucional, normatizando, substantiva e adjetivamente, o "Impeachment", com o escopo de delinear nitidamente a matéria, que não só atinge ao Chefe da nação e Ministros de Estado, como também ao titular e seus auxiliares do Poder Executivo dos Estados-membros. Impende observar que é na esfera estadual que o problema mais se enseja.

O estudo, que a seguir se desenvolve, é parte integrante da Moção que se propõe, para o fim de ser elaborado anteprojeto de lei, nos moldes preconizados pelo preceito constitucional transcrito, de forma a atualizar o processamento do "Impeachment", bem como a clara e precisa definição dos chamados crimes de responsabilidade.

I — O Vocábulo

1. É um anglicismo incrustado solidamente na terminologia jurídica de nosso país, pois sua usança, entre nós, data da Constituição do Império.

Tem esta expressão inglesa, segundo Hely, significado de "impedir de continuar", ou "afastar do cargo". Conforme os Dicionários, se traduz em: impedimento, obstáculo, acusação pública.

II — Origem do Instituto

2. É um instituto jurídico que teve seu nascedouro na Inglaterra; incorporado, ao depois, à legislação dos Estados Unidos da América, e, finalmente, surgido no Brasil com o advento da Constituição de 25 de março de 1824.

Na Grã-Bretanha, o "impeachment" apareceu como medida que atingia a autoridade e também a pessoa, isto é, acarretando a deposição do cargo quanto à autoridade em si e, indo mais longe, infligindo penas à pessoa que encarnava essa autoridade. Tais penas podiam ser: prisão, exílio, desonra, confisco de bens, etc.

Nos Estados Unidos, sofreu esta figura jurídica a restrição quanto ao alcance da pessoa, vale dizer, não atingindo o indivíduo, mas cingindo-se ao círculo onde se verificam os reflexos dos

RCGERS, Porto Alegre 2(4): 53-60, 1972

atos da autoridade "stricto sensu". A forma que então tomou, lá naquele país, é a mesma que conserva até hoje: apenas é aplicado, gize-se, relativamente à autoridade, nunca abrangendo a pessoa, o homem.

No Brasil, teve predominantemente o "impeachment" esta exata compreensão: aceito como processo político, perfeitamente dissociado da instância criminal e, por isso, exaurindo-se no âmbito do Parlamento. Aqui, como nos Estados Unidos, firmou tradição de não ir além de ter como consequência a perda do cargo, sendo que, se localizados, concomitantemente, crime de responsabilidade e ilícito penal, à autoridade Judiciária caberia o julgamento na segunda parte.

III — Conceito

3. Dá-nos Hely Lopes Meirelles este: "Medida administrativa, ou mais propriamente político-administrativa, pela qual se responsabiliza o Chefe do Executivo, por atos irregulares de sua administração." O conceito, assim expresso, "data venia", não é compreensivo de toda a extensão do instituto, porque também é aplicável aos auxiliares diretos do Chefe do Executivo, tais como Ministros de Estado, Secretários de Estado, etc.

Diz-nos Pontes de Miranda: "Medida que tem por fito obstar, impedir que a pessoa investida de funções públicas continue a exercê-las."

Assim, é um processo político visando a afastar do cargo, por terem praticado atos contrários à administração, atos esses definidos legalmente, aquelas autoridades necessariamente nomeadas na lei.

IV — Natureza Jurídica

4. Tem sido entendido, de modo farto na doutrina, como instituto jurídico sem caráter penal, reduzindo-se à forma de simples medida político-administrativa. E assim visualizado, ele se extingue nesse campo, sendo que, se houver crime comum a julgar, passará para a órbita do Judiciário. Desse modo, se determinado ato da autoridade constitui, a um tempo só, ilícito político-administrativo e ilícito penal, deverá haver processo no âmbito parlamentar e processo no âmbito judicial. A sanção de caráter político ficará com o Parlamento, a sanção de conteúdo criminal restará ao Judiciário.

Comenta, a respeito, Paulo Brossard de Souza Pinto (in O Impeachment — pág. 68): "Destarte, ao processo político pode

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 53-60, 1972

sucedem, ou não, o processo criminal. Sucedendo, à condenação no juízo parlamentar não se segue, necessariamente, a condenação no juízo ordinário. No juízo político os fatos podem parecer bastantes para justificar o afastamento da autoridade a ele submetida. No juízo criminal, sob o império de critérios, que não são em tudo iguais aos que vigoram no juízo parlamentar, os mesmos fatos podem ser insuficientes para a condenação e a ação penal ser julgada improcedente."

O "impeachment", se continuasse seguindo sua trilha de tradição, aqui na pátria, deveria ser apenas instrumento visado exclusivamente à apuração dos chamados "crimes de responsabilidade" e, portanto, tendo em mira somente sanção de ordem política. A partir do Decreto-Lei n.º 201, porém, tomou ele sentido também criminal, pois que aquele diploma legal contempla penas tradicionalmente impostas aos crimes comuns.

Sempre foi medida aplicável enquanto durasse a gestão da autoridade administrativa, não podendo atingir crimes cometidos depois do mandato ou comissão, pelo simples motivo de que a sanção era somente a perda do cargo. E aí bem aparece a natureza político-administrativa do instituto; e tanto assim é, que, se iniciado o "impeachment", no âmbito do Parlamento, e a autoridade visada, por qualquer razão, deixar definitivamente o cargo, o processo estanca, paralisa e se extingue, não havendo mais sentido para sua terminação.

No Brasil, sempre foi processo com feições nitidamente político-administrativas, tendo seu suscitamento por causas eminentemente político-administrativas e visando, por isso, a resultados somente político-administrativos. Na esfera federal, a Constituição de 1967 —, e de igual modo a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, resguardou íntegro esse conteúdo do "impeachment", pois que entrega todo o trâmite do processo à competência do Parlamento e, apenas, prevê a sanção política, quanto aos crimes de responsabilidade. Já no Rio Grande do Sul, "v.g.", a Constituição Estadual tornou-o espécie de processo híbrido para o julgamento do Governador e dos Secretários de Estado, pois comete à Assembléia Legislativa apenas a deliberação quanto à procedência da denúncia e, a partir daí, defere ao Tribunal de Justiça a competência para o julgamento do mérito. Bem assim, para os municípios, o Decreto-Lei n.º 201, de 24 de fevereiro de 1967, criou processamento diverso do tradicional para o "impeachment", definindo duas ordens de crimes de responsabilidade, ali rotulados, sucessivamente, de "crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais" e de "infrações político-admini-

RCGERS, Porto Alegre 2(4): 53-60, 1972

nistrativas dos Prefeitos Municipais" e, respectivamente, atribuindo ao Judiciário o total julgamento dos primeiros e às Câmaras de Vereadores o total julgamento dos segundos.

De outro lado, também aí no citado Decreto, a abrangência do instituto se alargou, modelando-se, "*mutatis mutandis*", à forma inglesa, pois que são ali previstas penas de reclusão e detenção, consequência que indubitavelmente colhe a **pessoa**, o **indivíduo**, o **homem**, extravasando, assim, da sua típica natureza político-administrativa.

A colocação legal, abrangendo o condutor político como pessoa, indivíduo, homem, é de total acerto e deriva, por sem dúvida, da noção de responsabilidade que é inerente ao homem, e que merece destaque especial quando se trata de determinados homens a quem são cometidas tarefas do mais alto relevo social e político.

Com relação a essas pessoas, distinguidas para o desempenho de encargos de maior significação no panorama político, o crivo para apuração de responsabilidade há de ser tão severo, quão austeros devem-se conduzir no desempenho de seus mandatos.

V — Competência para legislar

5. Se óbvio é que à União compete legislar sobre "impeachment" aplicável ao Presidente da República, Ministros de Estado e outras autoridades federais, pacífico não tem sido na doutrina, e menos na prática, no que se refere aos Governadores dos Estados e Prefeitos Municipais. Entendem predominantemente os autores que quanto aos Governadores e Prefeitos compete aos Estados-membros legislar. Assim, as leis estaduais devem definir os crimes de responsabilidade dos Governadores e, por igual, dos Prefeitos, bem como regular o processamento do "impeachment" para ditas autoridades.

Sobre o assunto, diz Paulo Brossard (in "opus" cit. pág. 109): "Dado que os impropriamente chamados crimes de responsabilidade, enquanto infrações políticas, não são crimes, mas ilícitos de natureza política, como política é a pena a eles cominada, cujos efeitos não extravasam da esfera provincial, nada mais condizente com a lógica das instituições federativas que, no círculo dos Estados, o direito local regulasse o "impeachment". Do mesmo modo quanto aos Municípios." E continua o mesmo autor (idem pág. 120): "O "impeachment" no âmbito dos Estados e Municípios há de ser regulado pelo Estado, nunca pela União.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 53-60, 1972

Pode ocorrer, no entanto, que o Estado alargue a área de atribuições comunais, assegurada pela Constituição. No Rio Grande do Sul, por exemplo, tradicionalmente é outorgada aos municípios a prerrogativa de elaborar suas leis orgânicas.

Na medida em que o Estado deferir ao município poderes de auto-organização, ao município caberá regular a responsabilidade política de seu governante."

Hely Lopes Meirelles também doutrina no mesmo sentido (in *Direito Municipal Brasileiro* — pág. 661): "Por aí se vê que o Estado-membro pode e deve legislar sobre a perda do cargo de Prefeito, por falta funcional, impedimentos e incompatibilidade, deferindo à Câmara Municipal a atribuição de aplicar a sanção político-administrativa do "impeachment". A Câmara, entretanto, não pode legislar no tocante a esse instituto, mesmo na omissão da legislação estadual, cabendo-lhe, tão-somente, estabelecer, no Regimento Interno, os trâmites da acusação, defesa do acusado, "quorum" e demais condições para a validade da deliberação do Plenário..." E, mais adiante: "As leis orgânicas, em geral, estabelecem as atribuições do Prefeito e os impedimentos ou incompatibilidades, e cominam sanções para suas faltas, inclusive a da perda do cargo. Instituem, assim, o "impeachment" para o Prefeito, isto é, o processo de responsabilidade pelas faltas político-administrativas que cometer como Chefe do Executivo local. Aplicando-lhe o "impeachment", nos termos em que estiver regulado na lei estadual, a Câmara cassa-lhe o mandato e o destitui do cargo de Prefeito, por resolução do Plenário, na forma regimental."

Já Pontes de Miranda assume posição contrária (in "Comentários à Constituição de 1967" — págs. 350 e 351): "As leis estaduais e municipais não podem, de modo nenhum, definir os crimes de responsabilidade, porque a competência é exclusivamente do Congresso Nacional."

No sistema jurídico brasileiro, em que a palavra "impeachment" se evidencia inadequada, os crimes de responsabilidade, no Império e na República, são crimes, são figuras delituais penais."

VI — Legislação vigente

6. Em que pese às opiniões acima transcritas, a União tem avocado a si legislar para as três esferas, notadamente no que concerne à parte processual, sendo que os Estados-membros também contemplam em suas Constituições regras sobre a espécie, para si e para os municípios. A realidade, por isso, sobre a legis-

lação que disciplina o "impeachment" em todo o território nacional, pode assim ser esquematizada:

- a) na União, a matéria é regulada através dos artigos 82 e 83 da Constituição, devendo ser editada lei especial, consoante determina o parágrafo único do art. 82. Segundo Themístocles Cavalcanti, ainda se acha em vigor a Lei n.º 1079, de 10 de abril de 1950 ("Estudos sobre a Constituição" — pág. 84), que trata de todo o trâmite do processo e define os crimes de responsabilidade;
- b) nos Estados-membros, vigorará também a citada Lei n.º 1079, quanto à definição dos crimes de responsabilidade e ao rito do processo, até a edição de nova lei especial prevista na Carta Magna Federal. Bem entendido, porém, que em caráter supletivo, de vez que a União deixou ao constituinte estadual relativa competência para legislar sobre a matéria. No Rio Grande do Sul, a Constituição Estadual, de 27 de janeiro de 1970, através de seus artigos 67 e 68, quanto ao Governador, e artigo 74, relativamente aos Secretários de Estado, contempla e regulamenta o "impeachment", em parte.

Os artigos enumerados contém o seguinte texto, *verbis*:

"Art. 67 — São crimes de responsabilidade do Governador do Estado os previstos no artigo 82 da Constituição Federal e os definidos em lei."

Art. 68 — O Governador, depois de a Assembléia Legislativa declarar procedente a acusação, pelo voto de dois terços de seus membros, será submetido a julgamento perante o Tribunal de Justiça do Estado, nos crimes de responsabilidade ou nos crimes comuns, ressalvada, quanto a estes, a competência prevista no artigo 129, parágrafo 2.º, da Constituição Federal.

§ 1.º — Declarada procedente a acusação, o Governador ficará suspenso de suas funções.

§ 2.º — Decorrido o prazo de sessenta dias, se o julgamento não estiver concluído, o processo será arquivado, salvo se para a demora tiver concorrido o acusado.

Art. 74 — São crimes de responsabilidade do Secretário de Estado, além do não comparecimento à Assembléia, quando regularmente convocado, os de que trata o artigo 82 da Constituição Federal."

Por igual, também no Estado, deverá ser aplicada a Lei n.º 1079, até o surgimento da lei especial aludida na Constituição Federal;

- c) nos municípios, vige o Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967, que ab-rogou a Lei n.º 3.528, de 3 de janeiro de 1959, e, mais, o disposto nas leis estaduais.

Nos municípios rio-grandenses, além da aplicação do Decreto-Lei n.º 201, há de ser considerado o prescrito no art. 158 da Constituição Estadual, que proíbe os Prefeitos e Subprefeitos de qualquer atividade política e de favorecimento partidário.

VII — Apresentação da denúncia

- 7. a) no âmbito federal, será apresentada a denúncia à Câmara dos Deputados, sendo que se esta concluir pela sua procedência a remeterá ao Senado para o julgamento final;
- b) no âmbito estadual, proceder-se-á segundo determinam as Constituições Estaduais. No nosso Estado, a denúncia é feita perante a Assembléia Legislativa que, se a julgar procedente, a fará ao Tribunal de Justiça que é o Órgão competente para o julgamento do mérito, consoante prescreve a Constituição Estadual;
- c) nos municípios, far-se-á conforme o determinado nas Constituições dos Estados respectivos e, obviamente, respeitado o Decreto-Lei n.º 201. Nos municípios rio-grandenses, além da aplicação do art. 158 da Constituição Estadual, quando a denúncia será apresentada à Câmara Municipal e, ali, esgotando toda sua análise até o julgamento definitivo, dever-se-á assim proceder:
 - 1.º — se o crime imputado à autoridade for um daqueles constantes do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 201, a acusação será iniciada diretamente no juízo singular, como determina o art. 2.º do mesmo Decreto;
 - 2.º — se, entretanto, o crime apontado for um dos contemplados pelo art. 4.º do mesmo diploma legal, a denúncia será formulada perante a Câmara e o julgamento no seu todo por ela feito.

Porto Alegre, 25 de setembro de 1972.

(*) Tese apresentada no IV Congresso de Procuradores de Estado, realizado em Guarapari-ES., entre os dias 9 e 12 de outubro de 1972.

DIREITO ECOLÓGICO

PROPOSIÇÃO DE UM SISTEMA NACIONAL DE CONTROLE DA POLUIÇÃO AMBIENTAL

Clarita Galbinski (*)

Ocorre presentemente, no Brasil, o desencadeamento de um processo de modernização da Administração pública, para a implantação de planos intensivos e extensivos, com vistas à aceleração do desenvolvimento econômico e bem-estar de sua população.

A modernização da Administração Pública, para a promoção do desenvolvimento, para criar o fortalecimento das atividades produtivas e zelar pelo bem-estar da população, deve ser entendida sob um enfoque inovador.

Esses esforços compreendem a modernização das condições de vida em todos seus aspectos, físicos e sócio-econômicos, com o objetivo específico da promoção do nível de vida das populações.

Não obstante, as recentes preocupações com os efeitos laterais de nossa transição para uma sociedade de alto consumo não impressionaram, para falar modestamente, os programas oficiais visando à preservação do meio-ambiente.

A organização setorializada e a distribuição de competências do sistema político-administrativo brasileiro nos levam a considerar a necessidade de mecanismos institucionais adequados a uma maior coordenação e integração de políticas e programas, tanto entre os setores quanto entre os distintos níveis administrativos.

(*) Consultor-Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul.

Salientamos a necessidade de compatibilizar políticas e programas de ação sobre uma base geográfica.

Essa atuação deve exprimir-se em plano que se traduza em uma efetiva organização do espaço regional, adequando-o à população e às atividades dentro de uma perspectiva dinâmica mas que contemple a racional utilização dos recursos naturais renováveis e não-renováveis.

Evidencia-se, pois, a necessidade de estruturar a administração em Sistema que, efetivamente implantado, significará a programação das ações de uma política de desenvolvimento regional e preservação do meio-ambiente.

Não pode um país em vias de desenvolvimento, como o Brasil, entrar em conflito entre meio-ambiente e desenvolvimento, como ocorre com as sociedades ricas, nos moldes das últimas décadas.

Uma eficiente Administração Pública deve responder positivamente àqueles negativistas que veem como real e inevitável o conflito entre as teorias protecionistas do meio-ambiente e as teorias expansionistas de desenvolvimento econômico. Cabe formular objetivos justos e concretizá-los.

A compatibilização de objetivos conservacionistas e desenvolvimentistas decorrem do conhecimento profundo dos condicionamentos do desenvolvimento e do progresso de sua definição. Eles se realizarão na medida em que forem corretamente instrumentados e tiverem o apoio da comunidade.

Outro aspecto dessa realidade é que, nos projetos que envolvam créditos dos Bancos de Desenvolvimento oficiais, nacionais e internacionais, a análise ambiental deve entrar no processo das negociações, juntamente com a análise econômica, a análise técnica e a análise financeira.

Deve-se, através da institucionalização do Sistema Nacional, desenvolver uma teoria de avaliação de benefícios e custos entre impactos econômicos e ambientais, abrangendo, inclusive, aspectos de transferência de tecnologia.

Cabe salientar, ainda,

- que dessa forma teríamos melhores condições de promover o aumento de produtividade, do rendimento do trabalho e do capital empregado, possibilitando, também, uma ampla reestruturação de nosso sistema de uso de energia e recursos naturais;
- que vamos assistir ao advento, na década de 70, não só de um intenso processo de urbanização no país, como

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 61-64, 1972.

também à gradativa transformação dessas populações de meras comunidades em sociedades organizadas e humanizadas;

- que, contando com a difusão rápida e ampla, através dos meios modernos de comunicação de massas, haverá mudanças radicais no comportamento, mesmo dos mais arraigados, na tradição cultural, social e religiosa;
- que haverá um gradativo aumento de renda nas diversas regiões do país e sua melhor redistribuição.

Face ao exposto e considerando:

1 — que a nível de unidade territorial existem metas não integradas em função dos diversos níveis administrativos: federal, estadual e municipal;

2 — que a realidade brasileira mostra diversidade de padrões sócio-econômicos, não somente entre as diversas regiões como dentro das mesmas;

3 — que a diversificada distribuição da população e a existência de recursos naturais define uma estrutura sócio-econômica territorial, que por sua vez requer a adoção de uma política econômica para cada região levando em conta suas peculiaridades e preservação dos seus recursos naturais;

4 — que ainda inexistem no país programas financeiros adequados, ou fundos capazes de promover o apoio a programas de preservação do meio-ambiente e controle de poluição;

5 — que a administração dos referidos programas é uma função diferente da rotina administrativa, paralelamente a uma política conservacionista e de promoção de mudanças sócio-econômicas e que, portanto, deve a estrutura administrativa adaptar-se a essas mudanças e que, inclusive, deve obter o apoio político e público para poder institucionalizar-se, através de um adequado processo de comunicação;

6 — que de acordo com o espírito da Reforma Administrativa, em implantação pelo Governo Federal, consta como princípio fundamental e indispensável ao seu êxito a mais ampla descentralização através de instrumentos adequados que obtenham a participação local nos investimentos e na capacitação técnica instalada com objetivo de evitar paralelismos de ações que importam na dispersão de recursos;

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 61-64, 1972.

7 — que o Sistema é o instrumento preconizado pelo Decreto-Lei n.º 200, art. 30, para articular convenientemente as esferas do Poder Público e privado em programas governamentais;

8 — que por poluição denomina-se qualquer alteração das propriedades físicas, químicas ou biológicas do meio-ambiente (solo, água e ar) causada por qualquer substância sólida, líquida, gasosa ou em qualquer estado de matéria, que, direta ou indiretamente, seja nociva ou ofensiva à saúde, à segurança e ao bem-estar das populações, que crie condições inadequadas para fins domésticos, agro-pecuários, industriais e outros ou ocasione danos à flora e fauna;

Solicitamos pelo presente a aprovação do IV Congresso Nacional de Procuradores de Estado para:

1 — que seja implantado no país um Sistema de Controle de Poluição Ambiental como instrumento de uma efetiva política de preservação do meio-ambiente;

2 — que tal política deve ser concebida e montada de forma a integrar-se nas metas prioritárias dos governos federal, estadual e municipal;

3 — que sejam criados subsistemas em cada uma das Regiões do país dando especial atenção aos seus mecanismos de coordenação;

4 — que seja promulgada lei visando à execução da política de controle da poluição ambiental;

5 — que, como instrumento de apoio financeiro da implantação da política de controle da poluição ambiental através do Sistema, seja buscada a participação efetiva dos Municípios, Estados e União, através de dotações específicas nos respectivos orçamentos;

6 — que o Sistema seja constituído, sempre que possível, com a participação da União, Estados, Municípios, Associações e entidades privadas;

7 — que a Central do Sistema de Controle à Poluição Ambiental esteja situada no Ministério do Interior;

8 — que o presente documento-base seja enviado ao Presidente da República, como sugestão deste IV Congresso Nacional de Procuradores de Estado.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 61-64, 1972

O PROCESSO DISCIPLINAR EM FACE DA REFORMA ADMINISTRATIVA

Dilma Macedo Machado *
Benoni Silveira Souza **

Os serviços públicos reclamam especial vigilância e providências das autoridades administrativas, não só no que respeita à melhor adequação dos meios para consecução dos fins, como, e principalmente, quanto à regularidade com que se processem.

As finalidades do Estado desenvolvem-se executadas ou fiscalizadas por agentes da administração pública, os quais, mesmo prestando mínima parcela de contribuição, nela devem representar o Poder Público com a dignidade a este inerente.

A reforma administrativa que está sendo implantada no país tem por escopo fundamental exatamente a perseguição de critérios perfectibilizadores dos serviços públicos, ora racionalizando seus métodos de ação ou imprimindo um conteúdo técnico na execução de suas tarefas, ora almejando melhores critérios de justiça nos atos administrativos.

A Constituição Federal vigente, por outro lado, consagra preceitos endereçados aos funcionários públicos, prenhes de cuidados quanto à moralidade administrativa. Isto retratam as disposições da seção VIII do Capítulo VII, "dos funcionários públicos", encerrado com a permissão de ser criado contencioso administrativo competente para julgar litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União.

Essas considerações, entendemos, impelem ao reexame de alguns aspetos do processo disciplinar, especialmente no que tan-

* Coordenadora da Unidade de Assistência Jurídica da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

** Dirigente da Equipe de Inquéritos da Consultoria-Geral do Estado.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 65-78, 1972

ge aos critérios de constituição, funcionamento e competência das comissões de inquéritos administrativos, como meio mais adequado para o resguardo dos interesses da administração, sem prejuízo da busca da verdade e da correta aplicação das normas constitutivas do direito disciplinar harmonizando o interesse público com direitos individuais.

2. O processo administrativo disciplinar brasileiro

Hely Lopes Meirelles nos oferece o seguinte conceito: "O processo administrativo disciplinar, ou, na linguagem comum, o inquérito administrativo, é o meio regular de apuração e punição de faltas funcionais, no âmbito interno da Administração. Expressa-se no conjunto coordenado de atos investigatórios, e provas coligidas para demonstrar a acusação inicial. Não tem rito especial mas deve seguir a tramitação estabelecida em lei ou regulamento, com oportunidade de defesa ao acusado. É comumente realizado por uma comissão processante, cujas conclusões não vinculam a autoridade superior que irá julgar, mas se constituem em elemento informativo para os fins disciplinares a que se destina."

.....

Permitido é ao Poder Judiciário examinar o inquérito administrativo para verificar se a pena aplicada ao funcionário tem causa legítima e se a apuração da falta atendeu às exigências legais."

A França conheceu um sistema de justiça especializada, de natureza administrativa, na órbita do Executivo, que inspirou muitas legislações. Pelo contencioso administrativo que adotou, as decisões da Administração, em matéria de sua competência, têm o caráter de definitividade, próprio das sentenças judiciais.

O nosso sistema tem sido de jurisdição una, em que a revisão dos atos administrativos é da alçada dos tribunais ordinários. A decisão, em última análise, quanto à legalidade de uma punição administrativa é do Poder Judiciário. Durante o império, no entanto, vigiu, entre nós, um contencioso administrativo que mereceu iguais críticas dos doutrinadores às infligidas aos sistemas jurisdicionais inspirados na organização administrativa francesa.

A generalidade dos tratadistas de Direito Administrativo, com efeito, insurge-se contra a coexistência dos dois sistemas de

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 65-78, 1972

jurisdição — administrativa e comum. Sustenta-se que a administração e o indivíduo são igualmente titulares de direitos subjetivos, garantidos num Estado de Direito; que não deve conceder-se privilégio de uma jurisdição especializada, exercida pelos próprios funcionários da administração, destituídos daquelas garantias que ornaram o exercício da magistratura — vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos — garantias essas que dão a certeza de decisões isentas de qualquer espécie de pressões funcionais.

A propósito observa Menegale ("in" Direito Administrativo e Ciência da Administração, Rio, 1939, pág. 13):

"A Constituição de 1891 aboliu de vez o contencioso administrativo e assim correspondeu à aspiração de jurisconsultos e estadistas de larga influência no país, entre os quais o VISCONDE DE OURO PRETO, para quem "a existência de um tribunal de contencioso administrativo é atentado contra a Constituição onde quer que a inamovibilidade dos magistrados é preceito da lei fundamental."

Proscrito do nosso sistema de jurisdição o contencioso administrativo, imprimiu-se no processo disciplinar critérios de apuração e punição de faltas bastante singelos. Permitindo-se ao Judiciário o reexame do inquérito administrativo, restou aos legisladores a tranqüilidade do resguardo das garantias conferidas aos servidores públicos. Concomitantemente, preceitos constitucionais foram sendo editados e a Lei Maior vigente assegura aos funcionários públicos o direito de não serem demitidos de seus cargos, salvo em decorrência de sentença judicial ou de inquérito administrativo, em que lhes seja assegurada ampla defesa.

É imperioso que se tenha presente que os atos da Administração pública devem revestir-se de formalidades legais e que a garantia de ampla defesa tem como corolário o contraditório processual; a acusação deve ser clara, precisa, para que a defesa possa ser segura. A amplitude de defesa deve ser concreta, traduzindo-se não só em seu exercício por intermédio de pessoa tecnicamente habilitada — e o estatuto dos advogados torna privativa da classe a prática de atos dessa natureza — mas, também, na viabilidade de serem exauridos os meios de defesa.

Entre os argumentos invocados em prol do contencioso administrativo, — além da independência da Administração e do privilégio de que deveria gozar por representar o interesse pú-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 65-78, 1972

blico, em relação ao particular, — destacam-se a especialidade de critérios e de conhecimentos de natureza legislativa e regulamentar, próprias dos serviços públicos e a necessidade de pronta solução dos processos.

Cabe, pois, indagar se o processo administrativo disciplinar, nos moldes em que se desenvolve entre nós, atinge as metas preconizadas por doutrinadores, por uma torrente jurisprudencial, pela reforma administrativa em implantação e pelos vigorosos preceitos constitucionais vigentes de respeito aos direitos individuais dos servidores públicos.

Pretenderá o Legislador substituir os atuais critérios de processo administrativo, por uma verdadeira Justiça funcionando na órbita do Executivo, ao inscrever a norma constante do art. 111 da Constituição Federal, que diz:

“A lei poderá criar contencioso administrativo e atribuir-lhe competência para julgamento das causas mencionadas no artigo anterior”?

Pontes de Miranda entende que com esta regra não nasce a dualidade de justiça, pois “tal permissão de modo nenhum afasta o julgamento conforme o art. 110. Trata-se de processo administrativo subordinado aos princípios que regem sem possível ofensa a pretensão à tutela jurídica.”

O entendimento não nos parece que possa ser diverso, sob pena de incidirmos em conflito de normas constitucionais, pois o art. 153, parágrafo 4.º, prescreve:

“A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”

Em face da regra consagrada no art. 105 da Lei Maior resta, então, intato o princípio de tutela jurídica do Poder Judiciário:

“A demissão somente será aplicada ao funcionário:

I — vitalício, em virtude de sentença judiciária;

II — estável, na hipótese do número anterior ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

Parágrafo único. Invalidada por sentença a demissão, o funcionário será reintegrado,

A competência do Judiciário, pois, não está afetada pela permissão do art. 111, que não visa, de consequência, a excepcionar o princípio de independência e harmonia dos Poderes, pelo qual quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 65-78, 1972

Tais posicionamentos forjam, em realidade, o entendimento de um inquérito administrativo com feição de processo jurisdicional isento de atos discricionários, repleto de legalidade em todos os seus passos, invocada a técnica haurida pelos processos judiciais, como meio idôneo do pronunciamento administrativo, sem temer a revisão de suas decisões pelo poder competente.

Para que o ato administrativo exsurja do procedimento disciplinar estreme de dúvidas e calcado em rigorosos fundamentos de legalidade, retratando, assim a salvaguarda dos altos interesses do Estado, quer no que concerne à Administração Pública, quer no que respeita aos direitos individuais de seus servidores, é necessário que uma legislação própria seja editada, com as características supra-aludidas, permitidas e sugeridas pela Lei Fundamental, ao dispor sobre o contencioso administrativo.

3. Sistemática do Inquérito Administrativo

A sistemática adotada em nossa legislação, para instauração e processamento do inquérito administrativo, determina tenha ele nascedouro em portaria de autoridade competente, noticiando a falta em que tenha incorrido seu servidor e constituindo uma comissão de três funcionários efetivos, da mesma ou de superior categoria do indiciado, os quais, por isso, teriam as condições necessárias para colher os elementos de convicção, tais como a prova e a defesa; esta podendo ser exercitada por funcionário despedido da condição de advogado. Assim instruído o processo, a comissão elabora um relatório a ser apreciado pela autoridade competente para julgar e punir, se for o caso.

A irregular constituição de comissões tem dado margem a que muitos inquéritos tenham sido anulados, por decisão judiciária. Embora formalmente bem constituídas, essas comissões de leigos, tratando de matéria jurídica, têm dado margem a increpações dos Tribunais pela inobservância de regras deduzidas do princípio de ampla defesa. A autoridade competente para punir, via de regra, é um condutor político que, embora culto e imbuído, dos melhores propósitos, por não ser um técnico, se louva no parecer de comissão que deveria fundamentar, juridicamente, a infração da norma legal, fixando a responsabilidade e o remédio adequado para a violação estatutária.

Ocorre que essas comissões não são constituídas de servidores com conhecimentos jurídicos e, portanto, despidos das condições imprescindíveis para tratar da matéria que lhes é estranha.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 65-78, 1972

Outros aspectos do processo disciplinar revelam a precariedade do sistema vigente; é de notar-se, entre tais, a competência atribuída às comissões de inquérito para coletar provas. Primeiro, não têm elas poder de coerção para fazer comparecer perante si pessoa estranha ao serviço público, que se recuse a tal, embora de seu depoimento possa depender o esclarecimento da verdade, que é meta principal entre as de suas atribuições. Segue que esse tipo de comissões, constituídas para cada caso, necessitando praticar ato processual em localidade diversa da de sua instalação, não têm um órgão congênere a quem solicitar o cumprimento de uma precatória.

Maior relevância adquire o problema se atentarmos para o critério de atribuição de competência para julgar os processos disciplinares. Como dissemos, uma comissão, em princípio, de leigos em matéria jurídica, processa, relata e emite parecer e outra pessoa, com especialidade diversa, alheia à instrução processual, louvando-se no que precariamente lhe é apresentado, prola a sentença!

E a secular experiência dos procedimentos judiciais que nos ensina?

— que a imediatidade do julgador é princípio que informa seu convencimento, o qual, embora livre, deve ser jurídico, atendendo aos fatos e circunstâncias dos autos. Na esfera cível, este princípio dilata-se a ponto de exigir a permanência subjetiva e objetiva do juiz, ou a identidade da pessoa do julgador com a prova.

É que o juízo decisório deve ser, necessariamente, resultado do convencimento natural, haurido diretamente da coleta, análise e valoração da prova.

É compreensível que a administração, em outras épocas, ressentida de servidores com habilitação técnica, tenha recorrido a critérios improvisados de justiça administrativa, pela impraticabilidade de medidas do porte das adiante preconizadas. As profundas modificações na infra estrutura brasileira, com reflexos tão positivos nos serviços públicos, recomenda uma tomada de posição em face dessa matéria, condizente com a realidade dos nossos dias.

4. O Processo Administrativo Disciplinar e a Reforma Administrativa

I — Princípios da Reforma

O Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que “dispõe sobre a organização da administração federal, estabelece di-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 65-78, 1972

retrizes para a reforma administrativa e dá outras providências”, em seu art. 6.º, determina que as atividades da administração federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais:

- I — planejamento;
- II — coordenação;
- III — descentralização;
- IV — delegação de competência;
- V — controle.

Tais princípios, em decorrência das disposições do Ato Institucional n.º 8, de 2 de abril de 1969, tornaram-se imperativos aos Estados, Distrito Federal e Municípios de população superior a duzentos mil habitantes, quando da realização, por estes, das respectivas reformas administrativas.

Visam tais princípios, segundo entendimento consagrado no Decreto n.º 19.801, de 8 de agosto de 1969, do Estado do Rio Grande do Sul:

- o planejamento: o desenvolvimento global e integrado tendo em vista uma estratégia que assegure a colimação dos objetivos previstos no Plano Geral do Governo;
- a coordenação: amplo entrosamento entre órgãos e serviços na execução de planos e programas governamentais, com vistas a soluções integradas, obtidas mediante contatos entre todos os setores nela interessados, evitada a dispersão de tarefas e de recursos;
- a descentralização: liberar escalões superiores da Administração, segundo normas previamente traçadas, da execução de tarefas formais que possam ser deferidas a outros níveis; promover a desburocratização, reprimindo a hipertrofia das atividades-meio, suprimindo controles meramente formais, eliminando trâmites desnecessários de processos, estabelecendo direta comunicação horizontal entre os órgãos da Administração;
- a delegação de competência: assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas aos mesmos relacionados;
- o controle: a fidelidade às leis, a execução dos programas e a observância das normas gerais de ação e de prestação de contas de cada órgão, pelas chefias competentes e órgãos próprios de cada sistema.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 65-78, 1972

O processo administrativo disciplinar, inobstante a preponderância de elementos comuns, reveste-se nas diferentes jurisdições administrativas de algumas peculiaridades. Em que pese a sua característica de processo autônomo, com métodos, normas, características, princípios e objetos próprios, têm faltado, entretanto, ao processo disciplinar, como já dissemos, estudos novos, com definição de diretrizes seguras, no sentido de adaptá-lo à crescente evolução porque passa a Administração Pública.

Com o advento da Reforma Administrativa, cujos princípios levam à mais ampla operação de desemperramento da máquina governamental, destinada a restituir vitalidade e dinamismo ao enorme contexto burocrático nacional, impõe-se uma revisão dessa atividade administrativa com vistas a sua processualística.

Inobstante todos os princípios informadores da reforma administrativa se apliquem a uma dinamização do processo disciplinar, em especial, a coordenação, a descentralização — por seu instrumento, a delegação de competência — e o controle tem incidência direta e imediata sobre a tão desejada e esperada celeridade de instrução e decisão dos feitos administrativos.

A reforma da organização administrativa em nosso país, já é uma realidade, a tal ponto que nos permitimos uma concepção mais flexível e dinâmica até mesmo do processo administrativo disciplinar, na atual estrutura organizacional da Administração Pública.

Dispõe o art. 94 do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que “o Poder Executivo promoverá a **revisão da legislação e das normas regulamentares** relativas ao Pessoal do Serviço Público Civil” com o objetivo, dentre outros, de ajustá-las à “concessão de maior autonomia aos dirigentes e chefes da administração do pessoal, visando fortalecer a autoridade do comando, em seus diferentes graus e dar-lhes efetiva responsabilidade pela supervisão e rendimento do serviço sob sua jurisdição”. (princípio da descentralização)

Ora, a Administração Pública mantém órgão — Consultorias ou Procuradorias — constituído na sua quase totalidade, predominantemente, por bacharéis que executam, com sensíveis diversificações, assistência jurídica aos seus órgãos com vistas a unificação da jurisprudência administrativa, defesa dos interesses em juízo, patrocínio judicial dos necessitados e dos servidores processados em virtude de ato praticado no exercício das respectivas funções.

É preciso simplificar, isto é, tornar menos complicados e mais expeditos os processos pelos quais se executa a administração, dizem os doutrinadores da Reforma Administrativa.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 65-78, 1972

A máquina administrativa deverá ser atualizada em todas as suas entrosagens insuficientes e inadequadas. Esse empreendimento teve como termo inicial a lei de reforma e tem de ser continuada por uma legislação complementar, elaborada simultânea e posteriormente.

Sabe-se que, por mais bem dotado de qualidades administrativas que seja, nenhum homem pode dirigir bem e simultaneamente, senão limitado número de subordinados diretos.

Tendo por objetivo essencial, portanto, assegurar uma distribuição mais harmoniosa das atividades do Estado, uma maior conformidade dos órgãos existentes com os objetivos da administração que lhes são afins, uma correção das insuficiências naturais de qualquer organização de estrutura, a simplificação dos processos essenciais à racionalização dos serviços públicos, se há de convir, certamente, pela conveniência de que os processos administrativos sejam efetuados, sempre, pelos integrantes de tais Consultorias ou Procuradorias, que organizarão serviços destinados à sua execução.

Planejamento, a curto e longo prazo, das atividades e dos meios necessários, com base no conhecimento objetivo da problemática; coordenação de atividade pública própria, especializada, evitados paralelismo de ação e de fins; desburocratização, pela eliminação da cadeia de despachos interlocutórios a retardar os efeitos práticos das decisões e dos atos administrativos; controle da unidade e harmonia da ação governamental na aplicação da lei, serão princípios básicos seguramente alcançáveis pela Concentração desse serviço nos órgãos antes referidos.

Experiência realizada nesse sentido vem processando o Estado do Rio Grande do Sul, através do Decreto n.º 21.237/71, que dispõe sobre os processos administrativos, e que veremos a seguir.

II — O Processo Disciplinar na Dinâmica Administrativa

Dissemos, anteriormente, que o processo administrativo, inobstante a preponderância de elementos comuns, reveste-se nas diferentes jurisdições administrativas de algumas peculiaridades.

Cada Estado brasileiro tem o seu próprio Estatuto, sendo que, em São Paulo, tantas foram as leis, em certa época, sobre o processo administrativo, que entendeu o Senhor Governador de disciplinar, mediante Decreto, de n.º 23.240/54, a parte adjetiva referente ao “status” do funcionário, consolidando as disposições vigentes.

Hoje está em vigor o novo Estatuto, Lei n.º 10.261, de 28 de

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 65-78, 1972

outubro de 1968, que regula o processo administrativo, distinguindo-o da sindicância, e fixando-lhe minuciosamente o rito.

Na União, (art. 217 e seguintes da Lei n.º 1711, de 28 de outubro de 1952) por outro lado, a lei não consagrou o instituto da sindicância administrativa, muito embora abram-se, a todo momento, sindicâncias na esfera federal.

Mais no regramento do processo disciplinar do que na dinâmica administrativa para sua execução, é que se constata, entretanto, as diversificações mencionadas.

Na quase totalidade dos estatutos locais, eis que não conhecemos todos, o processo é desenvolvido, como dissemos no título anterior, por comissões designadas caso a caso, funcionando nas respectivas unidades administrativas.

O Rio Grande do Sul, pelo Decreto n.º 21.237, de 5 de agosto de 1971, deu nova dimensão ao processo administrativo disciplinar, implantando na Consultoria-Geral do Estado, órgão de consulta e de unificação da jurisprudência administrativa do Estado, um serviço de realização de inquéritos administrativos, serviço esse que, a cada dia, mais se afirma e aprimora e cuja experiência trazemos como colaboração a este conclave.

Invocados o Ato Institucional n.º 8, de 2 de abril de 1969, que atribui competência ao Poder Executivo dos Estados para realizar, por decreto, a respectiva reforma administrativa, observados os princípios fundamentais adotados para a Administração Federal, e a Constituição Estadual de 1970, que estabelece a competência privativa do Governador para dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração estadual, disciplinou o Governo Estadual Rio Grandense, de maneira dinâmica, flexível, objetiva e racional, a execução dos inquéritos administrativos.

Segundo as normas consubstanciadas no referido Decreto, abrogador, no que conflita, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, considerada a força de Decreto-lei de que se reveste esse ato do Poder Executivo, o processo administrativo passou a ser realizado por comissões que funcionam, permanentemente, na Consultoria-Geral do Estado.

O Secretário de Estado ou Dirigente de órgão diretamente vinculado ao chefe do Poder Executivo determina a abertura do processo administrativo, através de Portaria registrada no Órgão Central do Sistema de Pessoal, e remete o expediente à Consultoria-Geral para a sua execução.

Nessa, são mantidas Comissões Permanentes de inquérito, entre os quais são distribuídos, mediante simples despacho, os expedientes recebidos. Tais Comissões, presididas por Consultor

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 65-78, 1972

Jurídico, são integradas por mais dois funcionários também em caráter permanente, designados livremente pelo Consultor-Geral do Estado, qualquer que seja o Órgão ou Secretaria em que se encontrem lotados ou em exercício.

A par das Comissões Permanentes previamente constituídas, encontra-se prevista, ainda, a possibilidade de serem constituídas Comissões Especiais, a juízo do Consultor-Geral do Estado, ou mediante solicitação da autoridade instauradora do processo, para os casos em que figure como indiciado pessoa cujo nível ou especialização funcional o exija ou recomende, bem como naqueles em que a figura delituosa, por sua singularidade ou complexidade, o aconselhe, e, ainda, quando houver, eventualmente, excesso de trabalho ou dificuldade de deslocamento para as Comissões Permanentes.

Como infra-estrutura a essas Comissões temos, também, uma Secretaria-Geral, integrada por um corpo de secretários, a serviço das mesmas.

Complementando o serviço, possui o Órgão, um quadro de defensores dativos, destinado ao atendimento dos revéis, dentro dos foros da mais ampla defesa.

Inúmeros são os benefícios já colhidos nessa dinâmica administrativa: **Celeridade** — em seis meses, com um terço do pessoal anteriormente vinculado à atividade, alcançou-se a produção correspondente a um ano, nos moldes da dinâmica anterior; **economia processual** — aproveitamento da capacidade ociosa de pessoal e espaço físico; **qualidade** — aprimoramento funcional e intelectual, através do debate e do estudo em grupo; **controle** — maior fidelidade às leis e normas administrativas e levantamentos periódicos de custos.

A execução do processo administrativo no Estado do Rio Grande do Sul, a partir da nova orientação adotada, representa a cada dia que passa uma segurança maior para a administração.

6. A Sentença Administrativa

I — Conceito

Na decisão dos processos administrativos será declarada a procedência ou não das acusações constantes dos autos, decidindo o julgador, justificadamente, sobre a punição ou absolvição do indiciado, tendo em conta os elementos de convicção pessoal, o material probante existente no processo e os dispositivos legais autorizadores das medidas adotadas.

Polemizam os autores se se pode denominar sentença administrativa a essa decisão.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 65-78, 1972

Não vemos motivo algum para não aceitar no âmbito do direito administrativo do Brasil a denominação de sentença administrativa, que nada mais é do que a decisão final do processo administrativo, o ato administrativo que condena ou absolve o funcionário público, envolvido em processo disciplinar ou penal, na esfera administrativa.

OTTO MAYER distingue duas espécies de atos administrativos: "os atos administrativos simples e a sentença administrativa que corresponde à administração de justiça administrativa."

JOSÉ CRETELLA JUNIOR, in "Tratado de Direito Administrativo", vol. VI, pág. 216, define sentença administrativa como "todo pronunciamento jurídico da Administração, concretizado num ato administrativo, quer quando encerra o processo administrativo, absolvendo ou condenando, quer quando, entrando aquela em litígio com o administrado, decide a controvérsia, individualizando o Direito, num caso concreto, em matéria administrativa."

II — Efeitos

A centralização da execução dos inquéritos administrativos nas Consultorias ou Procuradorias conduz, necessariamente, a uma maior preocupação com os efeitos da sentença administrativa que encerra o processo disciplinar.

A função jurisdicional tem por finalidade definir o direito que corresponde à contenda. Nessa atividade, o órgão jurisdicional nunca pode criar normas de direito; sua função específica é constatar e declarar o direito.

A função jurídica da jurisdição, porém, não terá nenhum valor se a sentença que declare o verdadeiro direito não for executada dentro do complexo em que ela se apresenta e da ordem jurídica que a circunda.

O Órgão jurisdicional deve fixar a forma e o modo de realizar-se essa obrigação de acatamento.

Ainda que o essencial da função jurisdicional, como trabalho material, seja a sentença, esta, como ato estatal, adquire força executiva e obrigatória, e a decisão, no que diz com sua aplicação, deve ser uma consequência lógica.

De conformidade com o procedimento processual vigente, o julgamento do processo administrativo disciplinar é procedido pela mesma autoridade que determina a sua abertura. A ela caberá decidir sobre a absolvição ou a condenação do indiciado, devendo, nesse caso, indicá-la justificadamente.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 65-78, 1972

Paradoxal nos parece, aqui, a possibilidade que tem o julgador de proferir sua decisão, independentemente do julgamento da comissão processante.

Se pode a autoridade instauradora, desprezando, em parte ou totalmente, o relatório e a conclusão dos autos, decidir a controvérsia, melhor dizendo, declarar o direito, "contrario sensu", há de se convir que a sentença administrativa emitida no processo disciplinar não resultou de uma elaboração lógica, eis que esta, como processo mental, é sempre idêntica. É difícil entender que se reserve tal poder discricionário à autoridade instauradora, na maioria das vezes leiga, em detrimento do juízo especializado de uma comissão processante, presidida, como preconizamos, por Bacharel em Direito.

Se antes, quando das comissões constituídas, caso a caso, já essa prevalência do julgamento da autoridade instauradora nos parecia ilógica, agora, com a estruturação de um serviço permanente, em que as comissões, pelo exercício reiterado do procedimento processual, a cada dia, mais se especializam, semelhante competência está a carecer de revisão.

Impõe-se a vinculação da autoridade à sentença administrativa. Ressalve-se àquela a aplicação das penas disciplinares de sua competência, mantenha-se esta, resultante da constatação e da declaração do direito, correspondente, no dizer de Otto Mayer, à administração da justiça administrativa.

III — Recursos

Conferida competência às Comissões Permanentes de Inquéritos para julgar a matéria concernente ao processo disciplinar, devem ser consideradas as seguintes hipóteses decorrentes do ato decisório:

- a) resolução concluindo pela absolvição do indiciado;
- b) resolução concluindo pela aplicação de penalidade não compreendida na competência privativa do Chefe do Executivo;
- c) resolução concluindo pela aplicação de pena da competência privativa do Chefe do Executivo.

Nas duas primeiras hipóteses, e em todas no caso de revelia do indiciado, o recurso de ofício deve ser estabelecido como obrigatório, restando ao indiciado, sempre, o recurso voluntário.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 65-78, 1972

O julgamento dos recursos, procedido de parecer de comissões de revisão das próprias Consultorias ou Procuradorias, será da competência do Chefe do Poder Executivo.

Tornada definitiva a sentença, pelo trânsito em julgado, será ela executada pela autoridade competente, que aplicará a pena devida.

A autoridade que determinar a instauração do inquérito administrativo deve ser reservado o direito de interpor recurso, ou sobre ele manifestar-se, no prazo que a lei estabelecer.

É o entendimento dos signatários e a pretensão, s.m.j., do presente trabalho.

Porto Alegre, 9 de outubro de 1972.

* (Tese apresentada no IV Congresso Nacional de Procuradores de Estado, realizado em Guarapari-ES, nos dias 9, 10, 11 e 12 de outubro de 1972).

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 65-78, 1972

PLANO DE URBANIZAÇÃO E EMBARGOS DE OBRAS

Hely Lopes Meirelles *

- A competência do Município em termos de urbanização.
- A destinação natural dos terrenos urbanos e os embargos de obras pela Prefeitura.
- A obrigação de indenizar, quando os embargos decorrem de lei ou fato posterior ao início das obras.

P A R E C E R

A CONSULTA

Os senhores J. E. F. de C., B. K. e P. de C. L., por seu advogado, expõem que, como proprietários de terrenos urbanos situados no distrito de Santana, nesta Capital, à rua Voluntários da Pátria e rua Mateus Leme, projetaram e iniciaram a construção do "Parque Residencial Santana", em 1964, como permite o artigo 67 do Código de Obras, e, em 1968, a Prefeitura de São Paulo embargou as obras, com base na Lei municipal n.º 7.136/68, que aprovou o plano de urbanização do 8.º sub-distrito de Santana, uma vez que a projetada via de ligação à Avenida Cruzeiro do Sul atingiria os terrenos e construções em andamento.

Explicam, ainda, que ajuizaram ação ordinária contra a Prefeitura, para se indenizarem de todos os prejuízos suportados com a interdição das obras, e o MM. Juiz, ao invés de conceder a indenização total pedida, deu-a em parte e autorizou o prosseguimento das construções "erroneamente embargadas".

* Professor na Universidade de São Paulo.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 79-94, 1972

Anexando fotocópias da documentação pertinente ao caso e de peças da ação, inclusive a respeitável sentença, os Consulentes indagam-nos:

- 1.º — Sem indenização, pode a Prefeitura embargar obras em andamento regular, porque lei posterior aprovou plano de urbanização que atinge o local das construções?
- 2.º — Podem os Consulentes prosseguir nas construções, enquanto subsistentes os embargos das obras fundados na lei que aprovou o plano de urbanização do local?
- 3.º — Podia a sentença invalidar os embargos das obras, não pedido na inicial, para autorizar o prosseguimento das construções?
- 4.º — Qual é o direito dos Consulentes, em face dos embargos da Prefeitura, em razão da Lei 7.136/68, que aprovou o plano de urbanização que atinge o local das construções?

As respostas a esses quesitos exigem apreciação de ordem jurídica e urbanística, que passamos a aduzir nos tópicos que se seguem.

* * *

I — A COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO EM TERMOS DE URBANISMO

1. Não se nega ao Município o direito de estabelecer e executar planos de urbanização. A competência municipal, nesse setor, é ampla e decorre do preceito constitucional que lhe assegura autonomia político-administrativa em tudo que concerne ao seu peculiar interesse (Constituição da República, art. 15, II).
2. “Visando o urbanismo — já escrevemos em estudo anterior — precipuamente à ordenação espacial e à regulamentação das atividades humanas que entendem com as quatro funções sociais — **habitação, trabalho, recreação e circulação** — é óbvio que cabe ao Município editar normas de atuação urbanística para o seu território e prover concretamente os assuntos que se relacionam com a sua administração e com os serviços públicos ou de interesse público, dos quais dependa o bem-estar da comunidade local.” (Cf. nosso **Direito Municipal Brasileiro**, ed. 1964, I/318)
3. As atribuições municipais, no campo urbanístico, desdobram-se em dois ramos distintos: o da **ordenação territorial**, que se efe-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 79-94, 1972

tiva através do **zoneamento urbano** e dos **planos de urbanização**, e o da **regulamentação edilícia** que disciplina as **atividades e edificações urbanas** dos particulares, através dos regulamentos especiais e do Código de Obras. Essa ordenação física da cidade se faz mediante o traçado urbano, aprovado por lei ou decreto, definidor do sistema viário, das áreas livres, das áreas com destinação especial e das áreas permitidas à edificação particular (Cf. nosso **Direito de Construir**, ed. 1965, págs. 115 e segs., e, no mesmo sentido; VIRGILIO TESTA, **Legislazione Urbanistica**, ed. 1956, págs. 81 e segs. — LOUIS JACQUIGNON, **Le Droit de l'Urbanisme**, ed. 1965, págs. 17 e segs. — ALCIDES GRECA, **Régimen Legal de la Construcción**, ed. 1956, págs 34 e segs. — CARCELLER FERNANDES, **El Derecho y la Obligación de Edificar**, ed. 1965, págs. 123 e segs.).

4. Por sua vez, o Código de Obras e a legislação complementar disciplinam a edificação urbana e estabelecem as restrições ao direito de construir, visando à segurança, à funcionalidade e à estética das construções individualmente consideradas, bem como à harmonia do conjunto urbano, obtidas pelas limitações urbanísticas gerais.

5. Essas restrições **individuais** ao direito de construir e essas limitações **gerais** de natureza urbanística são gratuitas enquanto representam apenas um **condicionamento** do uso da propriedade ao bem-estar social; deixam de ser gratuitas e obrigam à indenização, quando ultrapassam o simples **condicionamento** do uso do imóvel impedindo o exercício dos direitos dominiais, pela **interdição de uso** da propriedade. Uma coisa é estabelecer **condições para o uso**; outra é **interditar o uso** da propriedade.

6. Neste ponto, permitimo-nos reproduzir, por coerência doutrinária, o que já escrevemos anteriormente:

“Essas limitações não são absolutas, nem arbitrárias. Encontram seus lindes nos direitos individuais assegurados pela Constituição e devem expressar-se em forma legal. Só são legítimas quando representam razoáveis medidas de condicionamento do uso da propriedade em benefício do bem-estar social e não impedem a utilização da coisa segundo a sua destinação natural.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 79-94, 1972

Em qualquer hipótese, porém, as limitações administrativas hão de corresponder às justas exigências do interesse público que as motiva, sem produzir um total aniquilamento da propriedade ou das atividades reguladas." (Cf. nosso **Direito Administrativo Brasileiro**, ed. 1966, pág. 138/139)

II — A DESTINAÇÃO NATURAL DOS TERRENOS URBANOS E OS EMBARGOS DE OBRAS PELA PREFEITURA

7. No caso em exame, a destinação natural dos imóveis dos Consulentes é a **edificação**. São terrenos urbanos cuja finalidade única é a de receberem construção para habitação, comércio ou indústria. Não se prestam a qualquer outra utilização, a não ser essa, caracterizadora das áreas urbanas, como expressamente declara o Código Tributário Nacional ao referir-se ao imposto de competência do Município, sobre a propriedade predial e territorial urbana (art. 32 e §§).

8. No uso normal desses terrenos, seus proprietários projetaram e iniciaram a construção simultânea de seis edifícios, sendo um de 21 pavimentos e cinco outros de 19 pavimentos cada um, e mais um clube com parte social e esportiva, e obras de urbanização, arruamento e ajardinamento, como consta dos projetos, das plantas e memoriais descritivos junto aos autos. Nessas construções investiram milhões de cruzeiros, chegando a concluir um edifício do Bloco 1 e avançando as obras dos demais durante quatro anos, pois foram iniciados em 1964 e embargados pela Prefeitura em 1968 como se vê dos documentos que instruem a consulta.

9. Com o andamento dessas construções, a propriedade se valorizou e possibilitou o início das vendas, a prestação, de apartamentos e títulos do clube, como é corrente nas transações imobiliárias desse tipo. Estavam, assim, os prédios em construção, no mercado imobiliário, quando sobreveio o **embargo das obras**, caracterizando uma **interdição total do uso da propriedade urbana**. Esses embargos não foram opostos por irregularidade na construção mas, sim, como declara a própria Prefeitura nos instrumentos da interdição e em sua contestação, em razão da Lei municipal n.º 7.136, de 26 de abril de 1968, que "aprovou o plano de urbanização do 8.º Subdistrito de Santana".

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 79-94, 1972

10. Com efeito, encontra-se nos autos (fls. 85) xerocópia do despacho da autoridade municipal nestes termos: "Indeferido, por ser o lote atingido por melhoramentos aprovados pela Lei 7.136-68". Este despacho torna certos dois fatos: 1.º) que o indeferimento das construções já iniciadas, de acordo com o permissivo do art. 67 do Código de Obras, não ocorreu por defeito do projeto ou de sua execução mas, sim, por ter sido o local atingido por plano urbanístico **superveniente**; 2.º) que o indeferimento ocorreu **quatro anos depois** de apresentadas as plantas e iniciada a construção, quando o prazo para decisão da Prefeitura é de **vinte dias úteis**, findos os quais pode o proprietário iniciar as obras, comunicando essa circunstância. Tudo foi feito, por parte dos proprietários; só a Prefeitura se omitiu por **quatro anos** na sua manifestação administrativa. Ao fim de **quatro anos**, indeferiu os projetos e interditou a propriedade para qualquer construção, com base em lei superveniente ao seu prazo de apreciação do pedido. Essa conduta da Municipalidade é que se tornou lesiva dos direitos dos proprietários, obrigando-a à indenização.

11. Os projetos eram e são **exeqüíveis**, do ponto de vista estrutural; as obras tiveram início e estavam em andamento de acordo com a permissão do artigo 67 do Código de Obras da Prefeitura de São Paulo, fato este sobre o qual não há qualquer dúvida e já foi reconhecido pela própria Municipalidade, tanto assim que, posteriormente aos embargos, ela excluiu da interdição um dos prédios (agora já concluído), por verificar que não estava alcançado pelo plano de urbanização aprovado pela indigitada Lei 7.136/68. Logo, a causa dos embargos não é qualquer irregularidade nos projetos ou na sua execução; é, única e exclusivamente, o **plano de urbanização aprovado por lei subsequente ao início das obras**, lei que sobreveio após **quatro anos** da apresentação dos projetos de edificação à Prefeitura.

12. Os embargos da Municipalidade constituem, portanto, ato administrativo de execução da lei de urbanização, impeditiva de qualquer construção nos terrenos dos Consulentes, precisamente onde estavam sendo levantados os 5 edifícios do Bloco 2 e cuja área será ocupada pela via pública planejada. Não cabe, pois, ao particular opor-se a plano de urbanização aprovado por lei, nem lhe é lícito descumprir embargos de obra que, como todo ato administrativo, traz em si a presunção de legitimidade. O que cabe ao particular atingido em seu direito de propriedade é, so-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 79-94, 1972

mente, a indenização correspondente aos prejuízos decorrentes da interdição das construções em terreno urbano destinado única e exclusivamente à edificação.

13. O procedimento correto da Municipalidade seria a desapropriação com a indenização cabível e a subsequente interdição das obras regularmente iniciadas. Assim não agiu a Prefeitura, embora o Secretário de Obras de então tivesse dado despacho nesse sentido, mandando devolver o processo "para ilustrar a imediata desapropriação" (Despacho de 7.6.68, constante de xerocópia de fls. 84 dos autos). Seu subordinado preferiu a medida drástica dos **embargos de obras**, sem qualquer pagamento prévio. Nem por isso exime-se a Prefeitura da indenização devida. Muito pelo contrário, a medida executiva que tomou, com base na lei aprovadora do plano de urbanização, obriga a Prefeitura a indenizar o dano causado pelo abandono da via expropriatória adequada, em flagrante descumprimento do despacho correto do ilustre Secretário de Obras.

14. É sabido e está remansosamente afirmado pela jurisprudência que a simples declaração de utilidade pública, para desapropriação, como a mera aprovação de plano de urbanização, não impedem a construção nos terrenos atingidos, enquanto não houver o **processo expropriatório** ou o **ato administrativo de início da execução do planejamento urbanístico** mas, paralelamente a essa orientação jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal já declarou que:

"Não pode a Prefeitura, por tempo indeterminado, congelar a propriedade." (STF, in Rev. Dir. Adm. 49/225)

15. Comentando esse V. Acórdão, o douto administrativista, Professor CAIO TÁCITO, elucida convenientemente o tema e ressalta a **obrigação de indenizar**, nestes termos:

"O direito de construir sujeita-se aos regulamentos administrativos (Cód. Civil, art. 572), não podendo o uso da propriedade contrair aos planos de alinhamento e urbanização, em que se preservam condições de higiene, estética, circulação ou segurança públicas."

"A hipótese foi, recentemente, considerada no Supremo Tribunal Federal, no mandado de segurança n.º

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 79-94, 1972

4.044 (acórdão de 15 de abril de 1957). Tendo a Prefeitura Municipal de São Paulo cassado licença de construção pelo fato de constar o imóvel de plano de melhoramentos, aprovado em lei, restabeleceu-a o egrégio Pretório, entendendo a maioria de seus Juízes que não podia a Municipalidade, sem desapropriar, impedir, sem prazo certo, o livre uso da propriedade."

"Observou o Ministro Ribeiro da Costa que "a lei não pode, abusivamente, suspender o exercício do direito de propriedade, de tal forma que o aniquile", enquanto o Ministro Cândido Mota Filho observou que "não podia a Prefeitura, por tempo indeterminado, congelar a propriedade" e os Ministros Vilas Boas e Afranio Costa reconhecem à parte o direito de obrigar a Municipalidade, por via ordinária, a realizar a desapropriação, acenando o Ministro Hannemann Guimarães com a ação cominatória."

"O Ministro Rocha Lagoa exprime o ponto de vista vitorioso nessa síntese expressiva:

"É um direito do Poder Público desapropriar a propriedade individual, particular, mas deve fazê-lo pelos meios adequados, **promovendo a indenização respectiva**. No caso, a Prefeitura entendeu estabelecer um plano urbanístico, que não se sabe quando será realizado, abrangendo a área pertencente aos recorrentes. Ora, não é justo que eles fiquem com essa área imensa, valiosa, sem auferir proveito dela."

"Em suma, a divergência entre os eminentes Juízes estava, apenas, no tocante ao direito de construir, acordos, porém, todos em que não podia subsistir, **sem indenização**, a indisponibilidade do bem." (in Rev. Dir. Adm., 49/225 e segs.)

E o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso idêntico, já havia sustentado a mesma tese, nestes termos:

"Em princípio, a declaração de utilidade pública (como a aprovação de plano de urbanização, acrescentamos), sem a consequente desapropriação ou com a demora na sua efetivação, pode causar prejuízos ao

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 79-94, 1972

proprietário. É que o ato, como bem explanaram Rui Barbosa e João Mendes Júnior, em conhecidos pareceres, determina uma limitação necessária e inevitável do direito de propriedade; a indefinida procrastinação na execução do decreto expropriatório criaria, como disse João Mendes, "um interdito indefinido" sobre os bens, uma inibição dos bens, como se manifestou o acórdão do Egrégio Terceiro Grupo de Câmaras nos embargos n.º 58.082 de São Paulo, julgado em 5 de setembro de 1952. O imóvel, é certo, não fica fora do comércio, e o proprietário pode aliená-lo, assumindo o adquirente os riscos da desapropriação. Mas a verdade é que o negócio já tende a sofrer uma desvalorização decorrente da situação do imóvel perante o Poder Público, determinando retração entre os compradores, repercutindo no patrimônio do dono. Este pode alienar, mas o negócio perde preço e perde oportunidade, tais sejam os termos da declaração de utilidade pública, podendo mesmo tornar impossível a venda (grifamos), locação, etc. O comprador de um imóvel declarado de utilidade pública quase que está comprando demanda; está se arriscando a comprar coisa litigiosa; a entrar em demanda com a administração pública; expondo-se a vender forçadamente, por certo preço, o que adquiriu por mais, a ser acusado de simulador ou de esperteza, recebendo imóvel para fazer um negócio melhor na desapropriação. Todos esses receios podem aviltar o preço." (Trib. Just. S. Paulo, in Rev. Tribs. 207/307-8)

16. Evidenciado está, portanto, que a Prefeitura não pode estancar o uso da propriedade individual, impedindo construções nos terrenos urbanos, seja pela declaração de utilidade pública, seja pela aprovação de plano de urbanização e subsequente embargo às obras, sem indenização ao proprietário pelos prejuízos que essa interdição de uso lhe causa. Vejamos os fundamentos da obrigação de indenizar.

III — A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

17. Desde que o Poder Público retira do bem particular o seu valor econômico, pelo impedimento de sua normal utilização, há de indenizar o prejuízo causado ao proprietário. Essa regra não tem exceção no direito pátrio, nem nas legislações estrangeiras

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 79-94, 1972

dos países democráticos, pois o Estado de Direito não pode causar prejuízo a ninguém e muito menos a alguns membros da coletividade, em benefício dos demais. Tal regra deflui do princípio da solidariedade social, segundo o qual só é legítimo o onus imposto a todos em favor de todos. Se o bem-estar da comunidade exige o sacrifício de um ou de alguns de seus membros, aqueles ou estes devem ser indenizados pelo Poder Público, ou seja, pelo erário comum do povo. A propósito já escrevemos em estudo anterior:

"Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes dessa doutrina, que por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil." (Cf. nosso **Direito Administrativo Brasileiro**, 2a. edição, 1966, pág. 530)

No mesmo sentido preleciona o moderníssimo FORSTHOFF:

"Los derechos particulares y las ventajas de los miembros del Estado tienen que posponerse a los derechos y deberes necesarios al fomento del bien común, cuando entre ellos existe una contradicción real."

"Sin embargo, el Estado queda obligado a indemnizar a aquellos cuyos derechos particulares y ventajas se ha visto precisado a sacrificar al bien de la comunidad". (ERNEST FORSTHOFF, **Tratado de Derecho Administrativo**, trad. esp., 1968, pág. 429)

E o mesmo tratadista explica, linhas adiante, as formas de intervenção do Poder Público na propriedade particular, sem indenização (confisco) e com indenização (desapropriação e atos equivalentes), nestes termos:

"La intervención soberana en el objeto patrimonial de un particular puede acontecer o por medio de una medida directamente dirigida contra la persona o

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 79-94, 1972

en virtud de una medida que tienda a disponer sobre la cosa sin la menor acepción de personas. Por naturaleza, estas intervenciones son distintas. En el primer caso se trata de una confiscación; en el segundo, de una expropiación o de otra forma de violación de la garantía de la propiedad." (Obra citada, pág. 437)

18. Abordando o mesmo tema, em monografia especializada, sobre restrições e limitações à propriedade, o clássico BIELSA chega às seguintes conclusões:

"De lo dicho se sigue que las restricciones no pueden llegar a desnaturalizar el derecho del propietario, sino mediante la imposición de una servidumbre o de la expropiación, en cuyo caso la **reparación integral** mantiene incólume el patrimonio de aquél. Una restricción que llegar al punto de negar el derecho mismo de propiedad sería inconstitucional." (RAFAEL BIELSA, **Restricciones y Servidumbres Administrativas**, 1923, pág. 66)

"Ante la prevalencia del derecho público sobre el privado, la indenización satisface la regla de protección constitucional de la propiedad, que se resuelve en la protección del patrimonio, ya se trate de expropiación, ya se trate de demembramiento del derecho de propiedad." (pág. 67)

"La restricción solo conforma y nunca **desintegra** ni **disminuye** el derecho de propiedad, y obedece a una **solidariedad de intereses**: el público y el privado." (pág. 68)

19. Discorrendo sobre o direito de construir, em face dos planos urbanísticos que atingem as propriedades particulares, GRECA assim indica as soluções no direito argentino, que é, nesse ponto, igual ao nosso:

"La doctrina, las leyes y la jurisprudencia han uniformado criterio en el sentido de que la imposición de meras restricciones a la propiedad no da lugar a indemnización alguna."

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 79-94, 1972

"Cuando se trata de verdaderas servidumbres, la jurisprudencia ha determinado que corresponde una indemnización, a cuyo efecto deberá estimarse la proporción del perjuicio o la disminución del valor de la propiedad afectada."

"El propietario, expresa la Corte, tiene el derecho a ser indemnizado cuando los trabajos públicos autorizados por la Administración, sin despojarlo de parte alguna del inmueble, le causan un perjuicio cualquiera, temporario o permanente, sea restringiéndole o embarazándole su goce sea disminuyendo el valor de su propiedad." (ALCIDES GRECA, **Régimen Legal de la Construcción**, 1956, pág. 38)

20. Essa orientação é correntia nas legislações urbanísticas estrangeiras, que expressamente mandam indenizar os proprietários que sofram considerável redução na utilidade de seus prédios ou interdição da edificação, em decorrência dos planos de urbanização. É o que consta da lei inglesa de planificação urbana (**Town and Country Planning Act**, de 1947), da lei espanhola de urbanização (**Ley del Suelo**, de 1947), da lei alemã de urbanismo (**Lei federal** de 29 de junho de 1960), da lei francesa de urbanização (**Côde de l'Urbanisme et de l'Habitation**, de 1958). A propósito do assunto, comenta judiciosamente CARCELLER FERNANDES:

"La Ley federal alemana del suelo, de 29 de junio de 1960, confiere al propietario derecho a pedir indemnización adecuada en dinero, si se anula o modifica el uso posible de un solar, siempre y cuando la modificación tenga por consecuencia una disminución considerable del valor del solar y no venga determinada por las exigencias generales de condiciones higiénicas, o por razones de seguridad, para las personas que vivan o trabajen en los alrededores del solar en cuestión. Al propietario se le reconoce el derecho de pedir una indemnización adecuada en dinero si por consecuencia de la anulación o modificación de sus derechos sobre el solar quedan sin efecto los gastos de preparación hechos anteriormente para del terreno, si los trabajos preparatorios se efectuaren confiando en la continuación de los derechos que a aquél correspondían." (Obra citada, pág. 115)

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 79-94, 1972

21. Lamentavelmente não temos um estatuto orgânico sobre o planejamento urbanístico, que estabeleça os poderes da Administração e os direitos dos proprietários diante das limitações e interdições de uso da propriedade urbana, em benefício da comunidade. Mas a nossa Constituição Federal garante a propriedade privada, da qual o cidadão só pode ser despojado mediante justa indenização (art. 153, § 22) e o nosso Código Civil autoriza o proprietário a "levantar, em seu terreno, as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos" (art. 572). Em nenhum dispositivo se veda a construção em terreno urbano. Possibilita-se ao Poder Público, apenas, a **regulação do uso**; não o **impedimento do uso**. Regular o uso é estabelecer condições para o seu exercício, sem anular esse exercício, mesmo porque os regulamentos limitam o **direito de construir**, não o **direito de propriedade** (Cf. VICENTE RÃO, *Da Garantia Constitucional da Propriedade*, in Rev. Tribs. 264/67 — ROBERTO PINTO FERNANDES, *Parecer* in Rev. Dir. Proc. Ger. GB, 6/491 — Nosso artigo **Limitações Urbanísticas ao Uso da Propriedade**, in Rev. Dir. Adm. 53/1).

22. Discorrendo sobre o assunto, já dissemos que a liberdade de construir é a regra. As restrições e limitações formam as exceções. No poder de levantar em seu terreno "as construções que lhe aprouver" (Cód. Civ., art. 572) está consignada, para o proprietário, a regra da liberdade de edificação; na proibição do mau uso da propriedade está o limite dessa liberdade (Cf. nosso **Direito de Construir**, 2a. ed., 1964, pág. 12). E páginas adiante assim nos expressamos: "A consequência desse sistema de **liberdades condicionadas**, próprio do regime democrático, é a **regulamentação administrativa**, realizada através do poder de polícia. Não se admite, entretanto, adverte oportunamente o Professor ONOFRE MENDES JUNIOR, que sob o color da regulamentação, a lei anule, praticamente, o gozo das liberdades e garantias constitucionais. Padecerá do vício da inconstitucionalidade a norma que, na regulamentação, vier sacrificar a fruição das liberdades públicas." (Obra citada, pág. 92) Nessas chamadas "liberdades públicas" está a **liberdade de construção**, inerente ao direito de propriedade assegurado pela Constituição da República. Impedir, totalmente, esse direito, é aniquilar a propriedade, e isto o Poder Público só pode fazer mediante **indenização**.

IV — OS EQUÍVOCOS DA SENTENÇA

23. A respeitável sentença em exame, conquanto prolatada por talentoso magistrado, incorreu em alguns equívocos que, com a

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 79-94, 1972

devida vênua, permitimo-nos apontar, para o completo esclarecimento do direito dos Consulentes. De início, relembramos que a ação é meramente de indenização pelo ato administrativo lesivo do patrimônio dos autores, consistente na **interdição de construção**, consubstanciada nos embargos das obras, com fundamento na Lei municipal 7.136/68, que aprovou o plano de urbanização do 8.º Subdistrito de Santana. Por esse plano urbanístico, os terrenos dos Consulentes e suas construções serão atingidos por uma nova via pública de ligação à Avenida Cruzeiro do Sul. Diante disto, não cabe ao particular opor-se à obra pública; nem tem direito subjetivo para isso. Conseqüentemente, os proprietários não podiam pedir o levantamento do embargo administrativo, para prosseguimento de seus edifícios particulares. Só lhes cabia pedir a **indenização** do prejuízo causado pelo **fato novo**, consistente no **plano de urbanização** que, em 1968, atingiu suas construções projetadas e iniciadas regularmente em 1964.

24. A respeitável sentença, entretanto, desviou-se do pedido na inicial, ao **suspender os embargos administrativos** das obras e ao **restringir a indenização** aos prejuízos da paralização das construções até o seu reinício. No primeiro ponto, decidiu **ultra petita**; no segundo, ficou aquém do pedido e do devido.

25. Com efeito, ao julgar que, em razão do decidido, podem os autores prosseguir nas obras "eroneamente embargadas", o douto magistrado **invalidou os embargos administrativos**, sem pedido dos postulantes e, "data venia", sem poder legal para essa invalidação. É corrente, em direito processual, que o juiz não pode julgar além do pedido, como é corrente, em direito administrativo, que o Poder Judiciário não pode substituir a Administração na prática dos atos de sua competência privativa, máxime quando se trata de atos cuja conveniência e oportunidade só o Executivo pode aquilatar. Ora, a oportunidade e a conveniência dos embargos das obras particulares, para execução de um plano urbanístico que as atinge, não podem ser decididas **de ofício** pelo juiz do feito, para determinar o prosseguimento das construções. Tais embargos fundam-se numa lei municipal vigente e operante, que a Justiça não invalidou e, portanto, os atos administrativos nela baseados são operantes. Este ponto é pacífico entre as partes; o que se discute é somente a indenização.

26. A prevalecer, neste ponto, a decisão em exame, teríamos uma lei urbanística vigente, mas impedida na sua execução pelo Judiciário; teríamos uma construção em andamento, autorizada

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 79-94, 1972

pelo Judiciário, mas embargada pela Prefeitura; teríamos a Prefeitura executando o plano de urbanização mas a Justiça se opondo de ofício a essa execução administrativa. Tais seriam os ilogismos e contradições decorrentes desse julgamento **ultra petita**, se mantida a decisão em tela.

27. Por outro lado, a cumprir-se o mandamento da decisão, o prosseguimento das obras só viria agravar o erário municipal, porque quanto mais adiantadas — ou concluídas —, a Prefeitura teria que pagar muito mais aos proprietários, para executar o plano urbanístico. Além disso, seria inviável o prosseguimento das obras — com o levantamento judicial dos embargos — porque continuaria vigente a lei do plano de urbanização e, portanto, a qualquer momento, poderá a Municipalidade embargar novamente a construção e, mesmo, iniciar a sua demolição, com base nessa mesma Lei 7.136/68. Economicamente, seria irrealizável o empreendimento, pois ninguém se arriscaria a adquirir apartamento na iminência de ser demolido para dar lugar a via pública.

28. Além disso, o prosseguimento das obras, como sugere a sentença, criaria um risco para os proprietários, qual seja o de não serem indenizados do que fizeram daqui por diante, quando a Prefeitura vier a implantar o plano de urbanização aprovado pela Lei 7.136/68, porque já agora estão cientes das limitações estabelecidas para o local, por essa mesma lei. Ora, o direito à indenização resulta, exatamente, da superveniência da lei limitativa em relação ao projeto e às obras atuais, realizadas quando não havia qualquer restrição à edificação no local. A decisão em exame — repita-se — não invalidou a Lei 7.136/68 e, portanto, não poderão os proprietários desconhecê-la, para prosseguirem nas construções contra a norma impeditiva que deu ensejo aos embargos da Prefeitura, certamente para evitar maiores prejuízos aos proprietários e maior indenização pelo erário municipal. Temeridade será **construir para demolir**. Assim, por todos os ângulos que se examine, esse dispositivo da decisão revela-se injurídico e antieconômico para as duas partes litigantes.

29. Outro equívoco da respeitável sentença está na delimitação da indenização. O douto magistrado admitiu inicialmente o direito à indenização dos prejuízos pela interdição das obras, tanto assim que fê-los arbitrar por três peritos, mas, ao final, concluiu pelo pagamento parcial dos danos ocorridos durante a paralização das obras, no pressuposto de que tais obras pudessem

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 79-94, 1972

prosseguir. Ora, o direito dos autores é à **indenização total** pela inutilização da sua propriedade, para dar lugar a obra pública aprovada pela Lei 7.136/68. A propriedade dos autores continua interdita à construção e as obras já feitas serão demolidas com a passagem de via pública projetada. Logo, não há, apenas, um prejuízo transitório e a **prazo certo**, como pressupôs o íntegro prolator da sentença. O prejuízo é definitivo e total; está consumado e é irreversível a utilização normal dos terrenos e das obras nele iniciadas. O remédio legal é a composição das perdas e danos através da completa indenização, nos termos da lei civil (Código Civil, art. 1.059), como foi pedida na inicial e avaliada pelos peritos. Pagamento parcial não é indenização, cujo sentido etimológico e jurídico é o de tornar **sem dano**, restituindo o patrimônio da vítima ao **statu quo ante**, com a correção monetária, por se tratar de dívida de valor. Neste ponto, merece invocada a lição de CHAGEL-SIMONSEN-WALD em obra recentíssima, onde expõem:

“Se o princípio que domina a responsabilidade civil no direito contemporâneo é o da **restitutio in integro** ou da reposição completa da vítima na situação anterior à lesão, não existe motivo para se discutir quem deve arcar com a depreciação da moeda, se o credor ou devedor, nem cabe discutir qual o momento em que deve ser avaliado o dano. A reparação integral é a que repõe as partes na posição em que estariam se o dano não tivesse sido causado.” (JULIAN CHACEL-MARIO HENRIQUE SIMONSEN — ARNALDO WALD, *A Correção Monetária*, 1970, pág. 143)

V — RESPOSTAS AOS QUESITOS

30. Examinados, assim, os elementos da consulta, à luz da doutrina, da jurisprudência e da legislação pertinentes, passamos a responder sinteticamente aos quesitos, nestes termos:

Ao 1.º quesito

Os embargos da Prefeitura, que, no caso, constituem **interdição definitiva das construções**, acarretam a obrigação de indenizar as perdas e danos decorrentes da inutilização da propriedade para a sua destinação normal de terreno urbano, que é a edificação.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 79-94, 1972

Ao 2.º quesito

Não podem, nem devem os proprietários prosseguir nas obras enquanto persistir a interdição administrativa das construções, pela Prefeitura, com base na Lei 7.136/68, que aprovou o plano de urbanização para o local das obras. Isto porque os embargos não resultam de defeito do projeto dos edifícios ou de sua execução, corrigíveis pelos proprietários, mas, sim, de uma lei vigente que aprovou, subsequente, um novo plano urbanístico que tolhe definitivamente as obras particulares projetadas e iniciadas naquele local.

Ao 3.º quesito

A sentença não podia invalidar os embargos das obras e autorizar o seu prosseguimento, já por não ter sido objeto do pedido na inicial, já porque a oportunidade e conveniência das medidas administrativas não são suscetíveis de apreciação judicial, quando fundadas em lei vigente e não eivada de inconstitucionalidade. E a Lei 7.136/68 está em vigor e é constitucional.

Ao 4.º quesito

O direito dos Consulentes, diante da interdição à edificação, fundada na Lei municipal 7.136/68, que continua em vigor, é o de obterem a indenização correspondente às perdas e danos decorrentes do ato interditório da Prefeitura, que inutilizou os terrenos dos autores para a sua normal destinação urbana.

É o nosso parecer. s. m. j.

São Paulo, 7 de maio de 1971.

* A tese sustentada neste parecer foi acolhida na apelação n.º 163.395, do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 79-94, 1972

O CÁLCULO DO VALOR DAS INDENIZAÇÕES NAS DESAPROPRIAÇÕES IMOBILIÁRIAS

Francisco S. Moniz de Aragão *

Considerações Preliminares

Por que, baseado em que, pode o ESTADO desapropriar?

Os tratadistas têm-se alongado sobre o assunto e várias construções jurídicas tentam explicar esse fato.

Alguns se baseiam no princípio de um direito de propriedade do ESTADO, outros nas finalidades deste.

Juristas há que buscam essa fundamentação no fenômeno social, ou simplesmente abandonam justificativas mais ou menos sofisticadas e dizem que se trata do poder que tem o ESTADO de obrigar o particular a vender sua propriedade.

Uma apreciação de cada uma dessas correntes nos levaria demasiadamente longe, razão pela qual basta considerar-se que as diversas linhas de pensamento podem ser sintetizadas como tendo por base uma teoria fundada em:

- Propriedade coletiva;
- Direito Público Real;
- Finalidades do Estado;
- Limitação da propriedade;
- Função social da propriedade;
- Venda forçada;
- Solidariedade social;
- Domínio Eminente do Estado.

Em que pese às ponderáveis e sérias opiniões em favor de cada uma dessas correntes, a que nos parece melhor explicar o fenômeno é a do domínio eminente que, dentro de sua sistemá-

(*) Procurador-Chefe da Procuradoria de Desapropriações do Estado da Guanabara.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 95-122, 1972

tica, nos conduz a uma noção das razões e dos fundamentos que não só autorizam como justificam o poder e o direito de desapropriar.

O Domínio Eminente

O poder de desapropriar liga-se ao domínio eminente, isto é, o direito que o ESTADO tem sobre todo o Território da Nação, como o de administrá-lo, policiá-lo, defendê-lo, legislar quanto à aquisição, uso e disponibilidade de bens fundiários e o de praticar quaisquer outros atos inerentes a sua soberania, segundo PEDRO NUNES (in Dicionário de Tecnologia Jurídica).

É um poder inerente e essencial ao conceito de soberania e envolve uma noção exclusivista, ou seja, a de que dois Estados não têm domínio eminente sobre um mesmo território, salvo situações excepcionais (tais como os Tratados de Capitulações do Oriente ou de Anormalidades) como no caso de "debelatio", onde um Estado assume total ou parcialmente o domínio eminente de outro, eis que este, exaurido, deixou de reunir total ou parcialmente os pressupostos que o situem como tal.

De qualquer sorte, o domínio eminente confunde-se com a própria noção de soberania e é o poder supremo vigente no Território segundo WIKTOR SUKIENWICKI (in "la Souveraineté des États en Droit International Privé", ed. 1927).

Esse domínio se estende, inclusive, aos bens de seus súditos, ainda que sobre a propriedade privada revista um caráter de potencialidade, que só se exerce quando há interesse público.

Na "Encyclopedia of Law Procedure" (vol. 15, página 557) vamos encontrar a seguinte definição:

"Domínio eminente é o direito da Nação, do Estado ou daqueles a quem foi legalmente delegado o poder de afetar (nota: o texto em inglês usa a expressão "condemn") a propriedade privada ao uso público, dela e da posse se apropriarem, destinando-os a tal uso (público) mediante o pagamento de uma indenização a ser fixada de acordo com a lei."

E, mais adiante, reafirma o pensamento, esclarecendo ser o domínio eminente

"... um atributo da soberania... a confere ao poder público a autoridade para se apropriar da propriedade privada para uso público — WELLS v. SOMERSET, etc.
R. Co. Me. 395 348."

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 95-122, 1972

No caso particular — EE. UU. — situa seu âmbito nos seguintes termos:

"Os Estados Unidos têm o domínio eminente sobre seus territórios por compra ou conquista" ("opus" cit., vol. 15, pág. 564).

Em suma,

"O domínio eminente é o poder político pelo qual o Estado submete a sua vontade todas as coisas de seu território. É uma manifestação da soberania interna; não é um direito de propriedade. Como expressão da Soberania Nacional não encontra limites senão no ordenamento jurídico-constitucional estabelecido pelo próprio Estado",

segundo as palavras de HELY LOPES MEIRELLES em sua obra "DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO", pág. 433.

O fundamento, a base do poder de desapropriar é, portanto, o domínio eminente.

É esta uma das razões pelas quais não vamos encontrar a desapropriação, no Código Civil, entre as formas de aquisição de propriedade.

O ESTADO, ao desapropriar, causa a perda da propriedade para quem se vê privado do bem, como o reconhece o artigo 590 do Código Civil, ao catalogar a desapropriação, não entre as formas de aquisição, mas entre as de perda.

Sob pena de se falar em confisco ou de ato ilegal, há que se restabelecer o equilíbrio no patrimônio daquele que se viu privado do bem e que sofreu conseqüentemente, uma "diminutio" patrimonial que deve ser compensada.

A Indenização

Diz a Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, no § 22 de seu artigo 153, que

"É assegurado o direito de propriedade, salvo caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro..."

Justa é sinônimo de exatidão, isto é, nem aquém nem além, como ensina J. M. AZEVEDO MARQUES (R. Tribunais, volume

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 95-122, 1972

108, pág. 438), o que traz a idéia de retorno ao "status quo ante", isto é, uma reposição patrimonial em decorrência da expropriação.

Devemos elogios ao legislador de post-64, que de cedo se apercebeu das distorções e conturbações que a ordem jurídico-econômica viria a sofrer, não apenas setorialmente, mas em seu todo, isto é, no setor privado, no público, no empresarial, na força do trabalho e outros, tendo por causa a inflação reinante na última década.

Se alguém deixasse de pagar hoje, ao saldar seu débito amanhã em moeda desvalorizada, haveria necessariamente um estímulo à não-pontualidade de pagamento face a perda da substância monetária, impondo-se, portanto, uma medida corretiva para eliminar tal distorção.

Esse pensamento tem plena validade no que se refere às desapropriações, cuja indenização, se não paga a tempo, deixava de atender ao preceito constitucional de ser prévia e justa.

A Correção Monetária

Doutrinariamente, a correção monetária suscitou o debate sobre a natureza da dívida oriunda da indenização expropriatória, qual seja, se se tratava de dívida em dinheiro ou de valor.

Predominou a afirmativa à última tese, que se viu consagrada no texto do art. 1.º da Lei n.º 4686, de 21 de junho de 1965, "verbis":

"Decorrido prazo superior a um ano, a partir da avaliação, o Juiz ou o Tribunal, antes da decisão final, determinará a correção monetária do valor apurado."

Se a avaliação é passível de correção, então sua expressão é apenas índice de valor e não é por acaso que se usa o termo valor.

Ocorre que, ao se falar em indenização, normalmente, está-se fazendo referência ao resultado a que se chega ao término do processo expropriatório, indenização essa resultante de um cálculo onde são levados em conta vários fatores, a saber:

- Oferta do Poder Expropriante;
- Pedido do Expropriado;
- Depósito prévio, do qual 80% podem ser levantados desde logo;

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 95-122, 1972.

- Avaliações dos Assistentes Técnicos das partes e Perito do Juízo;
- Valores fixados na sentença e acórdão;
- Diferença entre a oferta e a condenação com vistas ao cálculo de honorários de advogado e custas, face às regras de sucumbência;
- O aumento ou diminuição do valor terreno do remanescente nas desapropriações parciais.

Há, portanto, uma fixação de valores em épocas diversas, que, por ocasião do cálculo final, têm de ser homogeneizados, o que só é viável por meio da correção monetária.

Se isso não ocorrer, estaremos considerando em pé de igualdade dados desigualmente dimensionados, face aos períodos de tempo decorridos, surgindo daí, de forma inevitável, um resultado totalmente distorcido e bem longe da realidade.

A Oferta, o Pagamento de Honorários de Advogado e as Custas Processuais

Para se chegar ao valor da indenização, esta será calculada em função dos vários fatores acima já indicados, uma vez que não se trata, no processo expropriatório, de pagar pura e simplesmente o valor do imóvel.

O primeiro deles é a oferta feita pelo Poder Expropriante que, à primeira vista, pode parecer sem relevância.

A realidade, entretanto, é outra.

O art. 64 do Código de Processo Civil tem a seguinte redação:

"Art. 64 — A sentença final, na causa, condenará a parte vencida ao pagamento dos honorários do advogado da parte vencedora, observado, no que for aplicável, o disposto no artigo 55."

e o artigo 55 diz:

"Se o processo terminar por desistência, ou confissão, as custas serão pagas pela parte que houver desistido ou confessado; se terminar por transação, serão pagas por metade salvo acordo em contrário."

A Lei de Desapropriações entende que o percentual incide sobre a diferença entre a condenação e a oferta (artigo 27, § 1.º):

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 95-122, 1972.

"Art. 27, § 1.º — A sentença que fixar o valor da indenização quando este for superior ao preço oferecido, condenará o desapropriante a pagar honorários de advogado sobre o valor da diferença."

Por motivos já vistos é necessário reduzir a oferta e a indenização a uma medida comum, sob pena de chegar-se a um resultado falso e divorciado da verdade.

É essa a razão pela qual, incidindo os honorários sobre a diferença entre a oferta e a condenação, deve-se necessariamente corrigir a oferta que uma e outra representem moeda da mesma espécie e não tenhamos que considerar um valor atual e a oferta com valor desatualizado.

Não é possível a comparação de objetos diferentes.

Essa ordem de idéias não repugnou a jurisprudência e já decidiu o Egrégio Tribunal Federal de Recursos que:

"Fixação de honorários advocatícios. Para esse efeito considera-se a diferença ocorrida entre o preço oferecido inicialmente pelo expropriante e aquele que é fixado na condenação definitiva, não se computando nestes os acréscimos que possam advir de juros ou correção."

(Apelação Cível n.º 23.201 — TFR — DJ — 24.11.67)

Também no que se refere a custas, esse mesmo princípio de proporcionalidade tem plena aplicação.

A ação de desapropriação admite que o expropriado não concorde com a oferta e lhe reconhece o direito expresso de pedir mais.

Se o Juiz não der guarida ao que deseja, terá sua pretensão **parcialmente** atendida.

Nesse caso, diz o art. 59 do Código de Processo Civil:

"Art 59 — A parte vencedora terá direito ao reembolso das despesas do processo. Quando a condenação for parcial, as despesas se distribuirão proporcionalmente entre os litigantes."

Conseqüentemente, no que tange às custas processuais, a fórmula correta de cálculo é a da proporcionalidade, critério consagrado também pelo art. 30 da Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941 (Lei de Desapropriações).

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 95-122, 1972

"Art. 30 — As custas serão pagas pelo Autor se o réu aceitar o preço oferecido; em caso contrário, pelo vencido, ou em proporção, na forma da lei."

PONTES DE MIRANDA, com seu habitual brilhantismo, situa a questão nos seguintes termos:

"Então, ou a contestação do réu é procedente, ou não é, no todo ou em parte."

Se a ação é julgada procedente, mas a indenização não foi a que se oferecera, nem a que exigia o dono do bem, a **condenação nas custas é proporcional**. Se o demandado rejeita a oferta e indica outro quanto, ou simplesmente que se arbitre, entendeu a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo a 12 de julho de 1943 (R. dos Tribunais 148, 217 s.) que não paga as custas, o que é temperamento à 1ª parte do art. 30, onde só se fala do que aceitou o quanto oferecido; mas, se o demandado não aceita o quanto arbitrado, trata-se como vencido para o efeito da condenação proporcional (1ª. Câmara Cível, 8 de junho de 1947 — Revista Forense 96, 654 s.), salvo se o arbitrado coincide com o que se ofereceu, porque se as custas são pagas somente pelo demandado."

PONTES DE MIRANDA, "Comentários ao Código de Processo Civil", Tomo I, pág. 388/389.

O insigne Mestre diz, portanto, que

- O expropriado aceitando a oferta, as custas são pagas pelo poder expropriante.
- O expropriado não aceitando a oferta e pedindo arbitramento, se o arbitrado coincide com a oferta, ele é tratado como vencido; se o arbitrado não coincide, as custas são pagas em proporção.

Essa a boa lógica, também aceita pelo direito pretoriano.

"Custas são pagas em proporção no caso em que os expropriados contestaram e decaem".

(Apel. Cível n.º 21.632 — TRF — DJ — 27.4.71)

"Se o expropriado contesta a ação e decai, as custas

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 95-122, 1972

devem ser pagas em proporção como expressam o Decreto-lei n.º 3.365/41, artigo 30 e o Código de Processo Civil, artigo 59.”

(Ap. Cível n.º 26.426 — TRF — DJ — 27.4.1971)

O Depósito Prévio para a Imissão de Posse Provisória

Nas ações de desapropriação é efetuado um depósito prévio que pode ou não corresponder à avaliação que serviu de base ao cálculo final, isto é, ao valor arbitrado por sentença.

De acordo com o art. 34 da Lei de Desapropriações, combinado com o § 2.º do art. 33, efetivado o depósito,

o expropriado dele pode levantar 80%, ainda que discorde do preço e, se assim proceder, não sofre qualquer prejuízo ou alteração seu direito.

Cabe aqui a indagação sobre se se trata de pagamento prévio, de verdadeiro início de pagamento.

A resposta é pela afirmativa. O mencionado artigo 33 diz textualmente que “o depósito do preço (sem dizer qual) é considerado pagamento prévio da indenização” (o grifo é nosso).

Para que assim seja, ainda que parcial, é necessário que esse depósito esteja realmente à disposição do expropriado.

Quem diz que está é a lei e vai além: o levantamento em nada afeta futuros e eventuais direitos, de que se julgue o expropriado titular e que deseje discutir.

Se assim não fosse, se não houvesse a mais completa disponibilidade desses 80%, não se poderia falar em pagamento.

Não levantando o expropriado os 80% do depósito, o ESTADO não pode ser culpado, da mesma forma que, em uma ação de consignação em pagamento julgada procedente, não pode o autor ser responsabilizado e sofrer sanções se o réu não levantar o objeto da consignação.

Raciocinando-se por absurdo, a se adotar tese contrária, se o ESTADO depositar integralmente o valor da condenação, continuaria passível de pagamento de juros e correção, até que o expropriado resolvesse levantar o montante da indenização.

Onde ficariam então os dispositivos do Código Civil que permitem ao credor desobrigar-se de pagamento, mediante consignação no caso do devedor recusar-se a receber injustamente?

Como poderia o ESTADO pôr termo a uma ação de desapropriação, se ficasse à mercê do expropriado, podendo este provocar uma perpetuação da lide?

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 95-122, 1972

Porventura o dinheiro não saiu da disponibilidade do Poder Público e passou a ficar à disposição do expropriado?

Caso contrário, a própria Lei de Desapropriações estaria sendo rejeitada:

“Art. 32 — O pagamento do preço será prévio e em dinheiro corrente.

Art. 33 — O depósito do preço fixado por sentença à disposição do Juiz da causa é considerado pagamento prévio da indenização.

§ 1.º — O depósito far-se-á no BANCO DO BRASIL ou, onde este não tiver agência, em estabelecimento bancário acreditado, a critério do Juiz.

§ 2.º — O desapropriado, ainda que discorde do preço oferecido, do arbitrado ou do fixado pela sentença, poderá levantar até 80% (oitenta por cento) do depósito feito para o fim previsto no art. 15, observado o processo estabelecido no artigo 34.

Art. 34 — O levantamento do preço será deferido mediante prova de propriedade, de quitação de dívidas fiscais que recaiam sobre o bem expropriado, e publicações de editais, com o prazo de 10 dias, para conhecimento de terceiros.

Parágrafo único — Se o Juiz verificar que há dúvida fundada sobre o domínio, o preço ficará em depósito, ressalvada aos interessados a ação própria para disputá-lo.”

Não resta, portanto, dúvida de que se trata de pagamento e, dessa forma, satisfeita, pelo menos parcialmente, a obrigação do ESTADO, não pode sobre essa parcela incidir correção.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal não foi insensível a esse fato.

A Ementa do Recurso Extraordinário n.º 65.382 (Diário da Justiça de 10/4/71) diz o seguinte:

“IV — Não incide a correção monetária sobre a quantia correspondente ao depósito efetuado pelo expropriante e que poderia ter sido levantada.”

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 95-122, 1972

O Sr. Ministro DJACY FALCÃO, em seu voto, esclarece que, "Todavia, é de se considerar que a correção monetária deve incidir a partir da vigência da Lei n.º 2.786, de 21.5.56, sobre o depósito efetuado pelo expropriante, uma vez que a partir daquela data ao expropriado era dado levantar até 80% do referido depósito conforme o § 2.º do art. 33 da Lei de Desapropriações (modificada pela citada Lei n.º 2.786). No mais estou de pleno acordo com o voto proferido pelo eminente Relator.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso e lhe dou provimento, a fim de que seja excluída da correção monetária, a partir de 21/5/56, a quantia correspondente a 80% do depósito..."

Idêntico princípio foi firmado no Recurso Extraordinário n.º 72.100, publicado no D. J. de 10/3/1971.

A Ementa reza:

"Desapropriação.

Recurso Extraordinário conhecido e provido, em parte, para que se faça a correção monetária. Desta será excluído o valor depositado e que o recorrente recebeu".

O Cômputo da Valorização ou Depreciação do Remanescente no Cálculo das Indenizações Nas Desapropriações Parciais

A desapropriação não é forma de aquisição de propriedade. O que o expropriado recebe do Poder Público não é preço de compra e venda. Também não é alienação forçada.

A desapropriação é, isto sim, perda da propriedade.

Diz o art. 530 do Código Civil,

"Art. 530 — Adquire-se a propriedade imóvel:

- I — Pela transcrição do título de transferência no Registro de imóveis;
- II — Pela acessão;
- III — Pelo usucapião;
- IV — Pelo direito hereditário

e o

Art. 530 — Também se perde a propriedade mediante desapropriação por necessidade ou utilidade pública."

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 95-122, 1972

Isso quer dizer que a desapropriação nada mais é que a substituição do valor representativo do bem expropriado, no patrimônio de quem sofreu sua perda (o Poder Público se apropriou do bem), pelo seu equivalente em dinheiro.

Se isso ocorre, e se a desapropriação for parcial, o eventual prejuízo sofrido com a diminuição do imóvel é que se indeniza.

No caso de depreciação, não há problema: arbitra-se uma taxa e é paga a indenização.

E na hipótese de haver valorização?

Neste caso, o artigo 27 da Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, estabelece a norma a seguir:

"Art. 27 — O Juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à valorização ou depreciação da área remanescente pertencente ao réu."

A leitura desse artigo é bastante elucidativa. Nas desapropriações parciais, é o próprio legislador quem determina ao Juiz que ele deverá "atender ... à valorização ou depreciação do remanescente."

Que significa essa regra e como aplicá-la?

Lembremo-nos de que na fixação do valor as indenizações nas desapropriações corresponderão, portanto, à diferença entre um débito e um crédito.

No crédito, a favor do expropriado, estarão o valor do imóvel, as despesas de remoção de máquinas, no caso de uma fábrica, e no débito, a valorização do remanescente.

A diferença será a indenização, aquilo a que o expropriado terá direito de receber.

No direito francês

"A indenização expropriatória não compreenderá senão o prejuízo atual e certo causado pela evicção...",

o que significa uma compensação pelos danos patrimoniais e não a simples indenização do imóvel.

É o que se vê com maior clareza ainda na "Encyclopedie Dalloz", vol. II, pág. 712, onde cita o art. 34 do Decreto-Lei n.º 1935:

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 95-122, 1972

"Se a execução de serviços causa um aumento de valor imediato e especial ao restante da propriedade, esse aumento deve ser levado em consideração na avaliação da indenização",

constituindo, conseqüentemente, uma regra semelhante à do artigo 27 de nossa Lei de Desapropriações.

Note-se que se fala em prejuízo causado pela evicção. Posta a questão nesses termos, refere-se a dano patrimonial, que será compensado por valorização do remanescente.

De outra forma, jamais se chegaria a uma apuração real de prejuízo — e conseqüentemente a um cálculo preciso de sua contrapartida, que é a indenização.

Se se indenizar o imóvel de forma pura e simples, haverá sempre um enriquecimento, quando da desapropriação resultar uma valorização do remanescente.

O expropriado terá fatalmente seu patrimônio acrescido, em vez de reconduzido ao "status quo" anterior à perda da propriedade — e não foi isso que o legislador quis ou teve em mente.

Essa mesma obra, ainda na página 712, diz que, no sistema adotado pela Corte de Cassação, a compensação desse acréscimo de valor não seria somente oponível aos efeitos resultantes da expropriação referente ao remanescente mas poderia mesmo levar a que a indenização

"... fosse reduzida a um franco, caso a administração não tenha feito oferta mais elevada."

Nessa mesma linha de pensamento o Direito Norte-Americano. A página 766 do volume 15 da "Encyclopedia of Law and Procedure" vamos encontrar o seguinte texto:

"O legislador é competente para determinar que, na hipótese de só parte de uma área ser desapropriada para uso público, os benefícios (valorização) que se acrescerem ao resíduo (remanescente) sejam compensados com o prejuízo..."

Os danos causados ao expropriado pela desapropriação parcial podem ter sua indenização reduzida em favor do expropriante. A obra acima mencionada, a página 766/68, cita o caso de valorização da área cortada pela estrada de ferro, valorização essa levada em conta no momento da apuração da indenização.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 95-122, 1972

Uma questão relevante que assalta o espírito indagador do jurista é se a dedução dessa valorização não nos colocaria face a uma contribuição de melhoria, que é um tributo, mas não um imposto ou taxa.

Se bem que o legislador anglo-saxônico use a expressão "betterment tax", na língua inglesa a palavra "tax" não é necessariamente taxa, podendo ser também imposto (income tax = imposto de renda).

A contribuição de melhoria é mensurável e corresponde a uma contrapartida do enriquecimento do contribuinte, devido à ação do ESTADO, concretizada em obra pública.

Princípios gerais de direito, de justiça, indicam a condenação do enriquecimento sem causa, que, por assim dizer, é eliminado, no caso vertente, pela contribuição.

Ela é limitada a um grupo que se beneficiou de uma determinada obra.

ALIOMAR BALEEIRO, no verbete CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. 13, nos diz que a contribuição de melhoria era o

"... meio fiscal de recuperação do enriquecimento causado a imóveis particulares por efeito de obras públicas nas zonas onde os mesmos se acham situados —"

distinguindo do imposto sobre valorização de imóveis sem essa causa específica.

Por outro lado, o tributo, de uma forma genérica, é indiscutivelmente um crédito do ESTADO, isto é, o direito que o Poder Público tem de cobrar e receber do sujeito passivo — o contribuinte, desde que tal exigência se revista dos requisitos fixados em lei.

A fonte dessa ordem de obrigações não é jamais a vontade mas a lei e, esta autorizando, a cobrança pode ser efetivada, ocorrido o fato gerador.

A inclusão no cálculo da valorização para a apuração da contrapartida do prejuízo, isto é, a indenização real pelo dano sofrido, para o restabelecimento do equilíbrio patrimonial, nada tem que assemelhe, ou de leve aproxime, ao extinto imposto sobre lucro imobiliário.

Igualmente não é um imposto sobre valorização imobiliária.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 95-122, 1972

Características de taxa também não lhe podem ser atribuídas, por não corresponder a uma prestação de serviço ou sua disponibilidade.

Resta, pois, apenas admitir que, na verdade, é, isto sim, um dos elementos componentes — mais um dado — destinado à apuração da indenização a ser paga ao expropriado, nada tendo a ver com imposto, taxa ou contribuição de melhoria.

A Correção Monetária e seus Limites no Tempo

A Lei n.º 4.686, de 21 de junho de 1965, acrescentou o parágrafo 2.º ao art. 26 da Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, cujo enunciado tem o presente título: "DISPÕE SOBRE DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA".

O referido parágrafo 2.º reza que

"Decorrido prazo superior a um ano a partir da avaliação, o Juiz ou o Tribunal, antes da decisão final, determinará a correção monetária do valor apurado."

Com isso, o artigo 26 da Lei n.º 3.365 passou a ter a seguinte redação:

"No valor da indenização, que será contemporânea da avaliação, não se incluirão direitos de terceiros contra o expropriado.

§ 1.º — Serão atend

É o que nos ensina TULLIO LIEBMAN em sua obra "Processo de Execução", a fls. 50/51.

Os atos de execução, apesar da eficácia constitutiva,

"... não podem, contudo, ser confundidos com as sentenças constitutivas, que são uma das categorias das sentenças que encerram o processo de cognição; estas decidem uma lide declarando qual seja a situação jurídica existente entre as partes ao passo que os atos executórios, de que aqui se fala, não têm nenhuma lide a decidir, devendo apenas produzir algumas modificações na condição jurídica do executado.

Seus efeitos se assemelham mais com as de negócio jurídico, ou de ato administrativo, do que propriamente de decisão." (o grifo é nosso)

"É de advertir que esses atos nem sempre são realizados pelo Juiz, sendo antes alguns deles realizados pelo Oficial de Justiça", e neste caso, acrescenta, são declarações.

Diz mais:

"Tanto nos despachos de mero expediente, como nos atos executórios, quando proferidos pelo Juiz, pode acontecer que este tenha de resolver alguma questão duvidosa, para verificar a existência dos requisitos ou pressupostos do ato.

Os despachos conterão então uma verdadeira decisão a decisão da questão será simplesmente um dos motivos que determinará o Juiz a conceder ou negar a medida requerida

Prosseguindo a ação, por via recursal, ela se prolonga, até que seja proferida decisão de segundo grau, passando então esta a constituir a decisão final.

Seja qual for o grau de jurisdição em que se der o pronunciamento final, este concretizado, esgota a prestação jurisdicional a que o ESTADO foi chamado. Mas não basta. Há que existir uma fase onde essa decisão seja cumprida. É a execução onde o Juiz **manda** sob pena de penhora, multa, prisão, etc.

Não há sentença propriamente dita, pois a sentença resolve o litígio e define o Juízo. Isso porque, na ação em si, processo de conhecimento, onde fatos são analisados e apresentados juntamente com as razões de direito, o Juiz **decide**.

Na execução, o Juiz não decide, ele **realiza**. Tanto isso é exato que a execução não é interrompida pela morte do Réu, nem há absolvição da instância. Em suma, não há contraditório.

Examinemos agora o Decreto-lei n.º 3.365 que em seu artigo 29 diz que

“Efetuado o pagamento ou a consignação, expedir-se-á, em favor do expropriante, mandado de imissão de posse, valendo a sentença como título hábil para a transcrição no Registro de Imóveis.”

Certamente não é esta sentença “aquela em que o Juiz, verificando a realização do pagamento ou da consignação, determina a expedi

Indaga-se, onde se decidiu a causa? Em execução? Onde foi proferida a decisão final? Em execução?

Se se quiser levar a tese oposta às últimas consequências, então a decisão final será a determinação da baixa na distribuição.

Poder-se-á dizer que essa determinação é a "decisão final" que encerrou a causa?

O Conceito da Expressão "Decisão Final" nos Termos da Lei N.º 4.686/65 e de Acordo com a Jurisprudência

O parágrafo 2.º do art. 26 da Lei de Desapropriações (Decreto-lei n.º 3.365/41), alterado pela Lei n.º 4.686, de 21 de junho de 1965, estabeleceu que

"Decorrido prazo superior a um ano a partir da avaliação, o Juiz ou o Tribunal, **antes da decisão final**, (o grifo é nosso) determinará a correção monetária."

Foi, portanto, fixado um limite para termo da eficácia da correção: **a decisão final**.

A lei diz mais. Ela usa a expressão **antes**, que significa anterior, e não como querem alguns — **após** — a decisão final.

Quisesse o legislador empregar a expressão efetivo pagamento

panhado pelos Exmos. Ministros DJACY FALCÃO, BALIOMAR BALEEIRO, sob a presidência do Exmo. Sr. Min. LUIZ GALOTTI, sendo unânime a decisão.

A Segunda Turma do Egrégio Supremo Tribunal Federal também não discrepou da orientação no sentido de que **decisão final** não equivale a **efetivo pagamento**, ou outra expressão semelhante.

O Diário da Justiça do dia 29 de dezembro de 1969 publicou o acórdão referente ao Recurso Extraordinário n.º 67.106, cuja ementa tem a seguinte redação:

"Desapropriação. Correção monetária na fase de execução. Decisão final. Na aplicação da Lei n.º 4.686/65 considera-se decisão final a sentença homologatória da liquidação. Recurso provido para que seja aplicado o citado dispositivo a partir de sua vigência."

Nesse sentido pode-se citar ainda o Recurso Extraordinário n.º 71496, em 1971.

Face a esse entendimento, o termo final da correção é a homologação do cálculo.

A correção não ultrapassa esse momento. Fimda aí.

Se o poder expropriante não pagar, haverá sempre aberta a via ordinária aos eventuais prejudicados pelo retardamento no recebimento da indenização.

O parágrafo primeiro diz que a lei se aplica às liquidações de sentença e é a sentença proferida nessa fase que a jurisprudência entendeu ser a decisão final de que nos fala a Lei n.º 4.686, de 1965.

Isso vale dizer que, em todos os processos onde a sentença de liquidação não tinha sido proferida e se proferida não havia transitado em julgado, a Lei n.º 5.670/71 tinha plena aplicação, por ocasião de sua entrada em vigor.

A questão crucial, entretanto, é a de se saber o significado preciso da expressão "sentença transitada em julgado" que fixou termo inicial diverso para a incidência da correção.

Admitamos a hipótese onde haja uma sentença entra em fase de execução, apesar de proferida em 1963 e fixando o termo inicial da correção em 1960.

Se admitirmos como sentença a de 1963, a correção se inicia em 1960; se considerarmos que a "sentença transitada em julgado", a que alude a Lei n.º 5.670, é a "decisão final" da Lei n.º 4.686, conforme o entendimento jurisprudencial acima exposto, então a lei se aplica a todos os processos expropriatórios onde não tenha sido ainda homologado o cálculo final.

Curiosamente, apesar de ter o Supremo Tribunal Federal dado pela constitucionalidade da lei n.º 5.670 pela estreita margem de um voto, presentemente ambas as Turmas concedem sua aplicação por decisões unânimes, o que nos leva a considerar, pelo menos no momento, superado esse problema.

Alteração do § 2.º e acréscimo de um parágrafo 3.º.

Com isso os §§ 2.º e 3.º passariam a ter a seguinte redação:

“§ 2.º — O Juiz ou o Tribunal determinarão a correção monetária do valor da indenização que for fixado em sentença ou acórdão, correção essa que será apurada por ocasião do cálculo final e sempre que houver decorrido prazo superior a um ano a partir da data da avaliação constante do laudo do Perito.

§ 3.º — Sempre que ocorrer atraso no pagamento igual ou superior a um ano, a partir da homologação do cálculo final e uma vez em cada período de ano, poderá ser requerida a correção monetária da indenização. Nesse caso, o novo valor a ser acrescido à indenização corresponderá à diferença entre o que tiver sido apurado na forma do parágrafo anterior e o que resultar da correção do valor da indenização correspondente ao tempo compreendido entre a data do laudo do Perito e aquela em que se completaram um ou mais anos da data da homologação do cálculo final.”

Justificação

Pelos motivos já ventilados, a expressão “decisão final”, usada como termo da correção, não é a que a jurisprudência adotou.

Também, não é justo que o expropriado não veja corrigido o valor da indenização, quando ocorre atraso no pagamento.

Com o novo texto, estariam sanados ambos os inconvenientes.

Vejam-se estes dois exemplos:

Valor do imóvel em 02.01.68: Cr\$ 1.000.

Data do pagamento: 1970.

Admitamos que a taxa de inflação seja em:

1968/9 = 20% e 1969/70 = 20%

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 95-122, 1972

então teríamos, “ano a ano”

1968/9 = 20% de 1.000 = 200 ∴ 1.200,
1969/70 = 20% de 1.200 = 240 ∴ 1.440,

de uma só vez, ou como mencionado no texto sugerido

1968/70 = 2 x 20% de 1.000 = 1.400 e não
1.440,00.

A lei fala em correção “antes da decisão final.”

* * *

3. O parágrafo 1.º do artigo 27 tem a seguinte redação:

“§ 1.º — A sentença que fixar o valor da indenização quando este for superior ao preço oferecido, condenará o desapropriante a pagar honorários de advogado, sobre o valor da diferença.”

Texto novo:

“§ 1.º — A sentença
.....
condenará
a pagar honorários de advogado sobre o valor da diferença, corrigindo-se a oferta monetariamente, por ocasião da execução.”

Justificação

Não é razoável corrigir a indenização e não fazê-lo quanto à oferta. Sem atualização desta, estaremos comparando moedas de valores desiguais, o que é ilógico além de injusto, pelos motivos inicialmente apontados.

4. O artigo 30 tem a seguinte redação:

“Art. 30 — As custas serão pagas pelo Autor se o réu aceitar o preço oferecido; em caso contrário, pelo vencido, ou em proporção, na forma da lei.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 95-122, 1972

Acrescente-se o seguinte parágrafo único:

“§ único — para fins do cálculo da proporção a que se refere este artigo, serão corrigidos monetariamente a oferta de preço feita pelo autor e o montante da indenização pedida pelo réu.

Justificação

A mesma do item anterior.

* * *

Apenas uma palavra final: ao que tudo indica e em vista de pronunciamentos recentes das autoridades federais, a legislação de desapropriação também sofrerá reformulação.

O que sugerimos, entretanto, poderá atender aos diversos problemas aqui suscitados enquanto o novo corpo das leis não é editado.

(*) A presente tese foi apresentada ao IV Congresso Nacional de Procuradores de Estado, levado a efeito em Guarapari-ES, entre 9 e 12 de outubro de 1972.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 95-122, 1972

REVISÃO DE PROVENTOS

Romeo de Almeida Ramos (*)

Revisão de proventos.

Aplicação do Dec.-lei n.º 146/67.

Competência constitucional do Presidente da República para ordenar a execução de ato impugnado pelo Tribunal de Contas da União, *ad referendum* do Congresso Nacional.

A Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, seu alcance.

I — Os Fatos

H. S. B., Tesoureiro-Auxiliar do Ministério das Comunicações, aposentou-se em 19 de agosto de 1964 com proventos calculados sobre os vencimentos do Nível 18, que vinha percebendo por força da Lei n.º 4.345, de 26 de junho daquele ano. A Diretoria da Despesa Pública, em 12/9/67, retificou ditos proventos, com base no Dec.-lei n.º 146/67, que assegurou vencimentos especiais aos Tesoureiros-Auxiliares nomeados até 25 de junho de 1964.

2. O Egrégio Tribunal de Contas da União, entretanto, na sessão de 2 de dezembro de 1969, julgou legal a concessão inicial e ilegal a retificação, por entender aplicável o mencionado Dec.-lei n.º 146/67, somente aos que se encontravam em exercício do cargo e, também, porque as reclassificações posteriores à aposentadoria não aproveitam ao servidor aposentado, segundo a Súmula 38 do Supremo Tribunal Federal.

(*) Consultor-Geral da República.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 123-138, 1972

3. Com fundamento no Parecer n.º 538-R desta Consultoria-Geral, a Diretoria da Despesa Pública pediu à Corte de Contas reconsiderasse sua decisão, pois, na espécie, inexistia a alegada reclassificação. O Tribunal conheceu do recurso e lhe negou provimento, mantendo a decisão impugnada.

4. A vista disso, o Senhor Ministro da Fazenda, pela E. M. n.º 338/70, dirigiu-se ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, sugerindo fosse

“aplicada, à espécie, a providência prevista no art. 72, § 7.º, da Emenda Constitucional n.º 1, isto é, que seja ordenada a prática do ato impugnado, **ad referendum** do Congresso Nacional.”

5. O Senhor Chefe do Gabinete Militar da Presidência da República, pelo Aviso n.º 098/SEx/70, de ordem do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, submeteu o assunto a esta Consultoria-Geral.

6. Pedido o pronunciamento prévio do DASP, manifestaram-se a Coordenação de Legislação de Pessoal, (acordo quanto ao mérito, pela retificação dos proventos) e a Consultoria Jurídica (também endossando o pedido de referendo sugerido pelo Senhor Ministro da Fazenda), tendo o processo, com os pareceres respectivos, retornado a este Órgão.

7. É de 6 de maio de 1971 o Parecer n.º I-118 desta Consultoria-Geral (devidamente aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República), que conclui, em consonância com a E. M. do Senhor Ministro da Fazenda e os pareceres do DASP, pela execução do ato impugnado pelo Tribunal de Contas, **ad referendum** do Congresso Nacional, nos termos do § 7.º, art. 72, da Constituição Federal.

8. Em sessão de 11 de abril do corrente ano, a Egrégia Corte de Contas (a quem, por equívoco, foi novamente encaminhado o processo) decidiu, por maioria simples,

“considerar inconstitucional o ato do Senhor Presidente da República (que ordenara a execução do ato impugnado **ad referendum** do Congresso Nacional) e manter as decisões deste Tribunal (fls. 55 e 58), restituindo o processo à origem.”

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 123-138, 1972

9. Essa decisão impõe se volte ao exame de dois aspectos da questão, já apreciados por esta Consultoria-Geral em oportunidades diversas, a saber:

1.º — a retificação de proventos, no presente caso, decorre de reclassificação de cargos?

2.º — O Presidente da República tem competência para, nos casos de aposentadoria, reformas e pensões, ordenar a execução, **ad referendum** do Congresso Nacional, de ato impugnado pelo Tribunal de Contas da União?

II — Da Reclassificação

10. Para uma adequada interpretação do Dec.-lei n.º 146/67 é aconselhável sejam lembrados os fatos que lhe deram origem.

11. Os tesoureiros-auxiliares, até o advento da Lei n.º 4.345, de 26 de junho de 1964, eram remunerados ora com os valores dos símbolos de cargos em comissão, ora mediante valor fixo de retribuição, muito superior aos padrões dos cargos classificados em níveis. A Lei n.º 3.345, que os classificou nos níveis 18, 17 e 16, correspondentes, respectivamente, à 1a., 2a. e 3a. Categorias, determinou sensível decasso salarial para os mesmos.

O Decreto-lei n.º 146/67 veio para reduzir os efeitos dessa alteração salarial, aproveitando, por isso mesmo, somente aos que tiveram sua situação modificada em virtude da Lei n.º 4.345, isto é, “os nomeados até 25 de junho de 1964.” A referência feita a essa data pelo art. 1.º do Dec.-lei citado teve o propósito evidente de restringir a aplicação da Lei n.º 4.345 aos Tesoureiros-Auxiliares nomeados depois de sua vigência, que é de 26 de junho de 1964, com exclusão dos nomeados antes dessa data.

12. O Dec.-lei n.º 146/67 não revogou a Lei n.º 4.345/64, cuja classificação relativa aos Tesoureiros-Auxiliares continuou a mesma, apenas mandou “integrar a parte suplementar do respectivo quadro de pessoal... os atuais titulares efetivos... de cargo de Tesoureiro-Auxiliar”, concedendo-lhes **vencimentos especiais**.

Por “atuais titulares” só se podem compreender — como bem acentua o Colendo Tribunal de Contas — os que estavam em atividade à data da vigência do Dec.-lei 146, ou seja, 1.º de

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 123-138, 1972

março de 1967 (art. 12). Quanto a isso, nunca houve dúvida, pois não podem integrar a parte suplementar do quadro os que já estão na inatividade.

No Parecer n.º 1-118 já foi dito, mas merece repetir-se:

“Atentando-se para os propósitos do artigo, vê-se, claramente, que não poderia ele referir-se aos aposentados. Mas, dispondo o seu parágrafo único que o decreto-lei não se aplicaria aos que houvessem sido providos nos respectivos cargos após 26 de julho de 1964, (evidentemente, por um lapso, pois, a data há de ser 26 de junho de 1964, para compatibilizá-la com a prevista no **caput** do artigo), a contrário senso, estabeleceu que se aplicaria aos nomeados anteriormente a essa data. Se se entender que, a despeito de preencher tal condição, os que se transferiram para inatividade estariam excluídos da incidência do parágrafo em referência, passaria o mesmo a constituir-se letra morta, sem qualquer utilidade, pois os que estavam na atividade tiveram sua situação regulada pelo **caput** do artigo, com a transferência para a parte suplementar do respectivo quadro, passando a perceber os vencimentos fixados no mencionado decreto-lei.”

13. A essa altura cabe indagar: **Todos** os titulares de cargos de Tesoureiro-Auxiliar, à data da vigência do Dec.-lei 146, passaram para a parte suplementar do quadro e com vencimentos especiais? Evidentemente, não. Somente os que tivessem sido “**nomeados até 25 de junho de 1964**”, ou seja, antes da vigência da Lei n.º 4.345, seriam alcançados pela medida. Aqueles cujo provimento nos cargos se dera a partir da citada Lei n.º 4.345, continuariam sujeitos à classificação nos níveis 16, 17 e 18, por ela estabelecida.

Com o advento do Dec.-lei n.º 146, tantas vezes referido, os Tesoureiros-Auxiliares ficaram divididos em dois grupos: os nomeados antes da lei 4.345, de 26.6.64, e os nomeados depois dela. Os primeiros, com vencimentos especiais, previstos no próprio Dec.-lei 146; os segundos, com os vencimentos normais dos níveis 16, 17 e 18, por força da citada lei.

14. No caso de H. S. B., em debate, trata-se de Tesoureiro-Auxiliar nomeado antes da Lei número 4.345, com direito, portanto,

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 123-133, 1972.

à percepção dos vencimentos fixados pelo Dec.-lei n.º 146/67. Mas, esse diploma legal veio encontrá-lo já aposentado, recebendo proventos e não vencimentos. Como aqueles são calculados à base do que percebem os servidores em atividade, conforme o disposto no art. 1.º da Lei n.º 2.622/55, seus proventos, a partir da vigência do Dec.-lei n.º 146/67, teriam de ser atualizados como determina o art. 1.º, acima invocado, **verbis**:

“O cálculo dos proventos dos servidores civis da União e bem assim dos servidores das entidades autárquicas ou paraestatais **que se encontram na inatividade** e dos que para ela foram transferidos, será feito à base do **que percebem os servidores em atividade** a fim de que seus proventos sejam sempre atualizados.”

15. Embora não referidos expressamente, os Tesoureiros-Auxiliares inativos — com proventos calculados à base dos vencimentos atribuídos aos níveis 18, 17 e 16, por força da Lei n.º 4.345/64 — tiveram ditos proventos alterados pelo Dec.-lei n.º 146/67 desde que (como no caso em exame) houvessem sido nomeados antes da referida Lei n.º 4.345, a qual, por esse motivo, deixou de lhes ser aplicável. Repita-se: essa lei — depois da vigência do Dec.-lei n.º 146/67 — ficou com sua incidência restrita aos Tesoureiros-Auxiliares providos nos respectivos cargos após a data em que a mesma passou a vigorar, ou seja 26.6.64.

16. É fácil ver-se que o Dec.-lei em apreço não reclassificou cargos. Cuidou, antes, da **extinção** daqueles que a classificação estabelecida na Lei n.º 4.345/64 não devesse alcançar. Vale dizer, a classificação dos Tesoureiros-Auxiliares de 1a., 2a. e 3a. Categorias, nos níveis 18, 17 e 16, resultante da Lei n.º 4.345/64, permanece em vigor, mas não atinge os que foram nomeados antes dela. Esses, embora continuassem Tesoureiros-Auxiliares de 1a., 2a. e 3a. Categorias, tiveram, no entanto, vencimentos especiais, fixados pelo próprio Decreto-lei n.º 146/67.

Assim sendo, a retificação dos proventos de H. S. B., por força do citado Dec.-lei, não decorreu de reclassificação posterior à sua aposentadoria. Aliás, para dirimir dúvidas, nesse ponto, prescreveu em seu art. 7.º:

“Art. 7.º — O disposto no art. 1.º não implica em transformar em cargo em comissão, nem tampouco a equiparar a estes últimos, para qualquer efeito, os cargos ali mencionados.”

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 123-138, 1972

17. Como se vê, o Chefe do Executivo, em momento algum, entendeu fosse possível se estender aos inativos os efeitos de reclassificação posterior à aposentadoria, contrariando-se a jurisprudência consagrada no verbete 38 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

No presente caso, sustentou-se que o Dec.-lei n.º 146/67 não reclassificou cargos. Em relação à retribuição, retirou da incidência da Lei n.º 4.345/64 os correspondentes aos nomeados até 25.6.64, atribuindo-lhes vencimentos especiais.

Nessas condições, não procede a alegação segundo a qual o Senhor Presidente da República mandou suspender a decisão do Tribunal de Contas "que julgou ilegal a reclassificação de Tesoureiro-Auxiliar aposentado." Se se tratasse de reclassificação, a decisão seria, evidentemente, acatada. O que se vem sustentando é, exatamente, a inexistência dessa alegada reclassificação.

III — Da Faculdade Atribuída ao Presidente da República pelo § 7.º, Art. 72, da Constituição Federal

18. Por outro lado, no processo em tela, não houve discussão sobre "se o Exmo. Sr. Presidente tem competência constitucional para a providência adotada", qual seja, a de ordenar a execução do ato impugnado, *ad referendum* do Congresso Nacional. Por essa razão, explica-se o silêncio, quanto a esse aspecto, dos pareceres desta Consultoria-Geral e do DASP, a que se referiu o Eminentíssimo Ministro Relator na sessão do Tribunal de 11.04.72. Nesse processo, o assunto foi ventilado somente no parecer de 24 de dezembro último, do Senhor Diretor da 5ª. Diretoria, depois, portanto, do pronunciamento do DASP e da Consultoria Geral da República e de ter o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarado, na E. M. do Senhor Ministro da Fazenda, o seguinte despacho:

"Seja executado o ato, "ad referendum" do Congresso Nacional, nos termos do § 7.º do art. 72 da Constituição."

Mas, ainda que assim não fosse, a matéria não careceria ser mais uma vez debatida, reabrindo-se uma discussão já antiga e, a essa altura, ao que se supunha, superada, considerando-se que o Congresso Nacional tem referendado os atos presidenciais ordenando o pagamento de despesas relativas a aposentadorias, re-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 123-138, 1972

formas e pensões, impugnadas pelo Tribunal, sem argüir a alegada incompetência constitucional. A esse respeito, veja-se, por exemplo, o Dec.-Legislativo n.º 86, de 1971.

19. Com efeito, vem de longe a discussão. Na vigência da Constituição de 1946, o Tribunal sustentava a inaplicabilidade do registro sob reserva (previsto no art. 77, n.º III, daquela Constituição), relativamente aos "julgamentos de legalidade, em matéria de aposentadorias, reformas e pensões", sob o fundamento de que "nesses julgamentos funciona o Tribunal de Contas como Corte Judiciária", sendo suas decisões "definitivas e irrecorríveis", não cabendo "nem recurso ex officio nem pronunciamento do Congresso" (R. D. A. — vol. 82, págs. 232 e segs.).

Esta Consultoria-Geral, tantas vezes quantas foi convocada a opinar, discordou desse entendimento, sob a alegação de que as decisões do Tribunal eram de natureza administrativa e como tal susceptíveis de revisão. Assim, por exemplo, em 1954, A. GONÇALVES DE OLIVEIRA argumentava:

"A função do Tribunal de Contas, a propósito do julgamento das aposentadorias, não é, de qualquer forma, de natureza jurisdicional." Antes "é somente para eficácia administrativa" (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, 2ª. edição, pág. 361), ou melhor, como diz o Prof. FRANCISCO CAMPOS, é "de controle constitucional", ele a exerce "em nome, por autoridade e com a sanção do Parlamento" (*Direito Constitucional*, pág. 139). (Parecer n.º 1-U, de 13/9/54)

Em 1955, THEMISTOCLES B. CAVALCANTI prelecionava:

"17. Na realidade, as decisões do Tribunal de Contas, mesmo quando julgam da legalidade de uma aposentadoria, converte-se em registro, pelo menos na repercussão que possam vir a ter sobre a despesa pública. Ora, a Constituição só dá caráter proibitivo às manifestações do Tribunal de Contas, quando a recusa do registro se fundar em falta de saldo do crédito, ou imputação a crédito impróprio. Nos outros casos, a despesa poderá efetuar-se por despacho do Presidente da República, registro sob reserva do Tribunal de Contas e recurso ex-officio para o Congresso Nacional.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 123-138, 1972.

18. Efetivamente, não se poderia, por uma questão de fixação de **quantum**, vetar-se uma aposentadoria coberta por uma perfeita legalidade, tornando-se praticamente insubsistente um ato da competência do Poder Executivo, em virtude de julgamento do Tribunal de Contas.

23. Estas considerações mostram qual o verdadeiro sentido a ser dado ao preceito constitucional, que não pode ser isolado do próprio sistema, flexível por natureza, em que as divergências e conflitos entre o Tribunal de Contas e o Governo encontram sempre uma solução constitucional, que é a apreciação pelo Congresso Nacional, sem mencionar o eventual recurso do prejudicado para o Poder Judiciário." (Parecer n.º I-X, de 16/5/55)

Em 1961, reafirmava, a propósito, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

"A Constituição Federal, art. 77, n.º III, estabelece:
"Compete ao Tribunal de Contas:

III — julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões."

Os atos de aposentadoria têm, conseqüentemente, de ser submetidos à apreciação e julgamento do Tribunal de Contas. Mas, é preciso atentar bem na linguagem do texto constitucional. O que lhe cabe é julgar da sua legalidade. Não pode ultrapassar esta craveira:

"O exame pelo Tribunal de Contas limita-se à verificação da **existência** do negócio jurídico, ou do crédito, e da **validade** da regra jurídica ou do ato jurídico. Não desce ao **mérito** do que se estatuiu, ou da **oportunidade**" (Pontes de Miranda, **Comentários à Constituição de 1946**, vol. II, p. 364).

Há uma lindagem necessária entre um e outro conceito. Existe uma diversificação obrigatória entre a apreciação da legalidade e a do mérito, que é ao mes-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 123-138, 1972

mo passo problema ligado à competência do órgão julgante e ao direito subjetivo da parte. O Tribunal de Contas, decidindo da legalidade, não pode penetrar na matéria atinente ao direito subjetivo do interessado. Se o fizer, ultrapassa os limites de seu poder e penetra no campo das atribuições da justiça comum. Veja-se bem. O interessado pleiteou que lhe fosse reconhecida aposentadoria com proventos integrais, e a Administração lho recusou. Se se não conformar com a deliberação administrativa, terá acesso à via judiciária, que só ela tem o poder de "**julgar**" o **mérito** daquela pretensão, a saber se há um direito à aposentadoria integral ou se estava prescrito o seu direito de pedir.

Vindo ao Tribunal de Contas, e recusando este o registro, sob a alegação de que o interessado tem direito a vencimentos diversos daqueles que lhe concedeu a Administração, transcende da apreciação da legalidade do "ato de aposentadoria", e vai dar na matéria do mérito da pretensão, ao mesmo passo que, sem forma nem figura de juízo, decide uma questão entre o particular e a Administração pública. Profere **judicium** sumariíssimo, e simultaneamente pretende aplicar contenciosamente a lei, o que lhe é defeso por ser da competência do Poder Judiciário na linguagem de PEDRO LESSA, proibição tanto mais viva, quanto certo é que o Tribunal de Contas não integra o Judiciário, mas é órgão da Administração (Constituição, art. 94).

O que pertence ao Tribunal de Contas é o estudo da observância das leis que regem a concessão da aposentadoria. O que lhe cabe é o exame do ato administrativo, à luz das leis que compõem o direito administrativo. Sendo ele uma instância administrativa, os julgamentos que profere não podem penetrar o terreno do direito material da parte, senão sob pena de arrogar-se as atribuições da Justiça ordinária e invadir a competência da instância judiciária." (Parecer n.º D-32, de 20.7.61)

20. Também o Poder Judiciário, chamado a decidir quanto à matéria, fê-lo em várias oportunidades, na conformidade do voto que se segue:

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 123-138, 1972

“A este (Tribunal de Contas), não se deu qualquer outra função de natureza jurisdicional. O próprio julgamento da legalidade dos contratos administrativos, das aposentadorias e das pensões, de que foi incumbido pelo art. 77, n.º III, da Constituição, em termos cuja literalidade tem sugerido a alguns atribuir-lhe foros de jurisdição, apenas constitui, como assentou a melhor doutrina, à base de interpretação sistemática da Carta Magna, fase integrativa na formação de atos administrativos complexos, como condição de sua própria executoriedade. Jamais, decisão de caráter jurisdicional (cf., por exemplo, Pontes de Miranda, Comentários, 1953, II, p. 364; Victor Nunes Leal, “O valor das decisões do Tribunal de Contas”, in Problemas de Direito Público, 1960, pág. 223; Seabra Fagundes, Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 1957, n.º 67, p. 158).”

(M. S. n.º 16.255 — DF, Rel. Min. EVANDRO LINS, in R. T. J., vol. 38, p. 248)

(Nesse mesmo sentido, dentre outros, RMS n.º 14.424, MS: 15.831 — DF; RE 67.127 — RN, Rep. 764, RMS 15.164 — BA)

Na vigência, pois, da Constituição de 1946, a prática do registro sob reserva com recurso ex officio para o Congresso Nacional, relativamente às despesas decorrentes de aposentadorias, reformas e pensões, tornou-se pacífica a despeito do entendimento em contrário de autorizadas vozes que se levantaram na Corte de Contas.

21. Com o advento da Constituição de 1967, a situação não se alterou no tocante à faculdade de o Chefe do Poder Executivo ordenar a execução de despesa impugnada pelo Tribunal, mediante posterior homologação do Congresso Nacional. Apenas o processo, que antes consistia no registro sob reserva e recurso ex officio do Tribunal para o Parlamento (Const. 1946, art. 77, § 3.º e Lei 830/49, art. 56), tornou-se mais simples. Atualmente, o Presidente da República ordena a execução do ato impugnado ad referendum do Congresso Nacional (Const. 1967, art. 73, § 7.º), encaminhando-o, diretamente, sem passar pelo Tribunal de Contas. A instância intermediária desapareceu.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 123-138, 1972

Dessa alteração, resultam conseqüências do maior relevo para o exame da matéria em discussão. No processo atual, não cabe ao Tribunal apreciar o pedido de referendo do Chefe do Executivo. Não há mais o registro sob reserva nem o recurso ex officio. A competência é do Congresso Nacional, que poderá referendar, ou não, o ato presidencial.

22. A Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, não trouxe qualquer inovação quanto à matéria, já se disse no Parecer n.º I-68, de 21/10/70, onde o assunto vem, mais uma vez, examinado. A redação atual do § 5.º, de seu art. 72 — do qual se retirou a referência expressa, antes consignada, a aposentadorias, reformas e pensões — não exclui as despesas delas decorrentes, das que possam ser ordenadas pelo Presidente da República, ad referendum do Congresso Nacional, pois as mesmas estão abrangidas na afirmação “qualquer despesa”.

Por outro lado, a alusão feita às despesas decorrentes de contrato, constante do referido § 5.º, não significa devessem ser relativas a aposentadorias, reformas e pensões, vir também expressas. É que as despesas de contrato têm tratamento singular: são as únicas que o Tribunal não pode sustar o pagamento, cabendo fazê-lo o Congresso Nacional. Apesar disso, pode e deve o Tribunal impugná-las, quando for o caso. Teve o constituinte o cuidado de deixar essa circunstância expressa, para que se não confundisse impugnação de despesa com sustação de seu pagamento, e, conseqüentemente, ficasse o Tribunal sem o controle sobre os contratos. Assim, embora não possa sustar-lhe o pagamento, pode, no entanto, impugná-lo.

Dessa forma, ao dizer “se verificar a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, quer a Constituição referir-se a todas, sem nenhuma exceção, mesmo daquelas que pudessem dar margem a dúvidas como as de contratos.

Nessas condições, o Tribunal, verificada a ilegalidade de qualquer despesa (§ 5.º), a impugna (alínea a). Se o vício não for sanado, dentro do prazo assinado, susta a execução do ato respectivo (alínea b), exceto em relação a contrato, hipótese em que dependerá de determinação do Congresso Nacional (alínea c). Todo e qualquer ato que tenha sua execução sustada pelo Tribunal pode continuar a ser executado, se assim o ordenar o Presidente da República, que o submeterá à apreciação do Congresso Nacional.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 123-138, 1972

23. O propósito do § 8.º, do mencionado art. 72, ao estabelecer que

“O Tribunal de Contas da União julgará da legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões, não dependendo de sua decisão as melhorias posteriores”,

foi o de submeter ao crivo do Tribunal, para julgamento da legalidade, as concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões, sem que isso signifique, todavia, que as despesas decorrentes de outros atos — inclusive as **melhorias posteriores** daquelas — estejam fora do controle da Corte de Contas. Qualquer despesa — diz o § 5.º — estará sujeita ao controle da legalidade por parte do Tribunal.

A singularidade de tratamento relativamente às concessões iniciais, de que cuida esse § 8.º, está em que o exame da legalidade, aí, é compulsório, caso por caso, dependendo do julgamento do Tribunal a eficácia administrativa do ato. Por isso mesmo, a Constituição revestiu de solenidade o controle da despesa, na espécie, sobretudo porque — como observa SEABRA FAGUNDES — o julgamento do Tribunal integra o ato de aposentadoria, como ato complexo que é. Em relação às demais despesas isso não ocorre, pois os atos respectivos não dependem de julgamento da Corte de Contas para se reputarem perfeitos.

Num como noutro caso, todavia, o controle do Tribunal se exerce com o mesmo objetivo: expungir da despesa pública os vícios de ilegalidade. Tanto assim é que os **contratos**, já não incluídos no controle compulsório do citado § 8.º (embora dele fizessem parte no regime da Constituição de 1946, art. 77, inc. III), continuaram sujeitos à impugnação da Corte de Contas, por vício de ilegalidade, nos termos do referido § 5.º.

24. Assim sendo, quando no § 7.º, do art. 72, a Constituição conferiu ao Presidente da República a faculdade de ordenar a execução de ato a que se refere a alínea b do § 5.º, fê-lo em relação a “qualquer despesa” que pudesse ser sustada pelo Tribunal de Contas, sem restrição, o que não ocorreria se a referência fosse ao § 8.º; pois, nesse caso, a faculdade estaria limitada a concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões. Quis o constituinte abranger todas as despesas sujeitas à sustação por parte do Tribunal de Contas, daí a referência ao § 5.º e, não, ao § 8.º.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 123-138, 1972

25. Nessa possibilidade de o Presidente da República ordenar a execução da despesa sustada, vê o eminente jurista SEABRA FAGUNDES o sentido administrativo das decisões do Tribunal de Contas, verbis:

“A Constituição delega também ao Tribunal de Contas julgar da legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões. Mas, conquanto no texto constitucional se empregue a palavra **julgar**, o tribunal, quando se manifesta em tais casos, não exerce função judicante. É o que se depreende do conteúdo essencial dos seus pronunciamentos nesse campo. A atribuição, que então desempenha, é materialmente administrativa. Apreçando ato de aposentadoria, reforma ou pensão, o que faz a corte de contas é cooperar na últimação dele. O seu pronunciamento tem o caráter de manifestação de vontade, por parte da Administração, indispensável à integração do ato. Se favorável, este se tem como perfeito; se contrário, o ato se considera nenhum, porque tendo por si a manifestação da vontade do agente criador, ter-lhe-á faltado, no entanto, a do órgão de controle, indispensável para o seu aperfeiçoamento como ato complexo. **Corrobora o sentido nimamente administrativo das decisões do Tribunal de Contas a possibilidade de o Presidente da República fazer executar ato suspenso por determinação da corte, devolvendo a solução da matéria ao Congresso Nacional.** Admitir que o tribunal exercesse função judicante em tais casos importaria reconhecer natureza jurisdicional a atos do Presidente da República e do Congresso (os relacionados com as decisões sustentórias de execução), numa negação dos princípios básicos informadores do sistema de poderes em nosso regime político-constitucional.” (Os grifos não constam do original) — (“O Controle dos Atos Administrativos”, págs. 142/3, Quarta Edição Atualizada, Forense, 1967)

26. Está a ver-se, pois, que no regime constitucional vigente, à semelhança do que ocorria no da Constituição de 1946, a faculdade de o Chefe do Executivo ordenar a execução de despesa sustada pelo Tribunal de Contas, por vício de ilegalidade, **ad referendum** do Congresso Nacional, relativamente a aposentado-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 123-138, 1972

rias, reformas e pensões, constitui decorrência do próprio texto constitucional, com a chancela da melhor doutrina e o aval do próprio Parlamento.

IV — Da Súmula 347

27. A partir da vigência da Constituição de 1967, o **registro sob reserva** e o recurso ex officio, previstos no § 3.º, do art. 77, da Constituição de 1946,, desapareceram, cedendo lugar ao **pedido de referendo** ao Congresso Nacional formulado pelo Chefe do Executivo (Const. de 1967, art. 73, § 7.º — Emenda n.º 1, art. 72, § 7.º). Essa alteração constitucional retirou da área de atribuições ou de competência do Tribunal a apreciação do ato do Presidente da República que autorize a execução da despesa impugnada.

Como a Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que

“o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público” (o grifo não consta do original),

e, não sendo de sua atribuição apreciar o **pedido de referendo** presidencial, é de ter-se por inaplicável, na espécie, a Súmula invocada.

28. Além disso, essa Súmula deve ser entendida em termos. Serve-lhe de fundamento a decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal relativa ao RMS n.º 8.372, que acolheu o voto do Eminentíssimo Min. Pedro Chaves, assim concebido:

“A meu ver o acórdão recorrido bem decidiu a espécie, mas não posso deixar de lhe opor um reparo de ordem doutrinária, pois não quero ficar vinculado a uma tese que tenho constantemente repellido.

Entendeu o julgado que o Tribunal de Contas não podia declarar a inconstitucionalidade da lei. Na realidade essa declaração escapa à competência específica dos Tribunais de Contas.

Mas há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não-aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado.”

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 123-138, 1972

Desse voto extrair-se a conclusão de que o Tribunal de Contas tem competência para exercer o controle da constitucionalidade de ato do Senhor Presidente da República, praticado com base na faculdade prevista em texto da Lei Maior — como no caso ora examinado —, **data venia**, parece inadmissível. O que o Tribunal pode, no exercício de suas atribuições, é negar a aplicação de leis inconstitucionais.

29. No caso sob exame, o Tribunal julgou legal a concessão da aposentadoria, mas impugnou o cálculo dos proventos com base no Dec.-lei n.º 146/67. Até aí, decidiu dentro de sua competência. Ao julgar, entretanto, agora, inconstitucional o despacho do Senhor Presidente da República que ordenou a execução do ato impugnado, **ad referendum** do Congresso Nacional, não tinha — seja-nos permitido afirmar — competência para fazê-lo. Quando a Constituição diz que o Tribunal “julgará da legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões”, a competência prevista não vai além dos limites traçados; isto é, não extrapola para alcançar os atos decorrentes da faculdade conferida ao Chefe do Executivo de ordenar a execução de ato impugnado pelo Tribunal, **ad referendum** do Congresso Nacional.

A Súmula 347 não alterou a competência da Egrégia Corte de Contas — nem isso seria possível — e deve ser entendida dentro do espírito do voto do Eminente Min. Pedro Chaves, acima transcrito, que a inspirou. Não se pode, com base nela, pretender que o Tribunal de Contas teve sua competência ampliada para julgar da constitucionalidade, ou não, de ato do Senhor Presidente da República sujeito ao **referendum** do Congresso Nacional e praticado com fundamento no § 7.º, do art. 72, da Constituição Federal.

Além do mais, admitindo-se — apenas para argumentar — que o Tribunal tivesse competência para apreciar e julgar da constitucionalidade do ato referenciado, seria o caso de indagar-se: não estaria o julgamento sujeito à regra do art. 116 da Constituição Federal, relativamente à exigência do voto da maioria absoluta de seus membros?

V — Conclusão

30. Por todo o exposto, embora mereçam o maior respeito e acatamento as decisões da Colenda Corte de Contas, a quem a Constituição incumbiu de uma das mais relevantes funções na organização do Estado, qual seja a fiscalização financeira e orçamentária da União, com todas as vênias, somos pelo envio da

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 123-138, 1972

Mensagem respectiva ao Congresso Nacional solicitando o referendo para o ato que ordenou o pagamento da despesa impugnada pelo Tribunal, na conformidade do despacho presidencial exarado na E. M. n.º 338/70 do Senhor Ministro da Fazenda, verbis:

“Seja executado o ato, “ad referendum” do Congresso Nacional, nos termos do § 7.º do art. 72 da Constituição.”

Sub censura

Brasília, 20 de julho de 1972.

(*) O trabalho supra transcrito consubstancia o parecer I-184, da Consultoria-Geral da República.

A respeito deste Parecer o Exmo. Sr. Presidente da República exarou o seguinte despacho: “Aprovo. em 1.8.72.”

Publicado na íntegra no D. O. de 15.8.72, págs. 7253/57.

DA CONSTITUCIONALIDADE DA TAXA DE MELHORAMENTO DOS PORTOS

José Néri da Silveira *

Segundo a Lei n.º 3.421, de 10/7/1958, art. 3.º, a Taxa de Melhoramento dos Portos incidirá sobre todas as mercadorias movimentadas nos portos organizados, de ou para navios ou embarcações auxiliares, na seguinte razão do valor comercial da mercadoria:

- “a) — 1% (um por cento) quando importada do exterior;
- b) — 0,2% (dois décimos por cento) quando exportada para o exterior;
- c) — 0,2% (dois décimos por cento) quando importada e exportada no comércio de cabotagem e de navegação interior.”

Explicita-se, outrossim, nos parágrafos 3.º, 4.º e 5.º do mesmo artigo 3.º, verbis:

“§ 3.º — Nos casos da alínea “a” deste artigo, entende-se por valor comercial o custo da mercadoria que servir de base para o cálculo dos direitos aduaneiros.

“§ 4.º — Nos casos da alínea “b” deste artigo, entende-se por valor comercial aquele constante das guias de exportação correspondentes à importância efetivamente recebida pelo exportador, incluindo câmbio e bonificações.

“§ 5.º — Nos casos da alínea “c” deste artigo, entende-se por valor comercial o da aquisição constante no conhecimento.”

(*) Ministro do Tribunal Federal de Recursos.

Argüiu-se, diante desses conceitos legais, recentemente, que a base de cálculo do tributo é a mesma que serve à incidência do imposto de importação, o que estaria vedado pelo art. 18, § 2.º, da Constituição em vigor, *verbis*:

“§ 2.º — Para a cobrança de taxas não se poderá tomar como base de cálculo a que tenha servido para a incidência dos impostos.”

Antes da revisão consubstanciada na Emenda Constitucional n.º 1, de 17/10/1969, a Carta Política, de 24/1/1967, em sua redação primitiva, consagrava idêntica regra no art. 19, § 2.º.

No exame dessa questão de constitucionalidade, cresce de ponto a verificação do *modus essendi* do tributo em apreço.

Tal matéria foi largamente analisada, ao ensejo dos julgamentos, no egrégio Supremo Tribunal Federal, à vista dos quais se consolidou seu entendimento, quanto a tratar-se de **taxa e não de adicional do imposto de importação** essa impositividade.

Assim, na condição de relator do R. M. S. número 13.341-SP, a 22/7/1964, o eminente Ministro Victor Nunes, ao propor à Excelsa Corte fosse repensada a matéria, observou, *verbis*:

“A Taxa de Melhoramento dos Portos é uma imposição complexa; não incide somente sobre mercadorias importadas do exterior, mas também sobre mercadorias exportadas para o exterior, e sobre mercadorias movimentadas nos portos nacionais sem qualquer vinculação com o comércio externo.

Se pudéssemos decompô-la juridicamente, iríamos encontrar três tributos diferentes: taxa ou imposto de importação, quando incide sobre mercadorias importadas; taxa ou imposto de exportação, quando incide sobre mercadorias exportadas; e taxa simplesmente portuária, quando incide sobre mercadorias movimentadas nos portos, na navegação de cabotagem ou na interior.

Com essa dissecação se lhe dermos a categoria de adicional do imposto só poderá ser cobrada na importação de mercadorias, pois a União não tem competência para lançar Imposto de Exportação (salvo lubrificantes, combustíveis e minerais — C. F., arts. 15, III e 19, V), muito menos imposto sobre a circulação interna de mercadorias (C. F., art. 27).

Para salvá-la, no seu triplice aspecto, dentro da orien-

tação até agora dominante, seria preciso: a) ou considerá-la adicional do Imposto de Importação “apenas quando se trata de mercadorias importadas, passando a taxa de exportação e taxa portuária, respectivamente, nos dois outros casos de incidência; b) ou considerá-la sempre taxa na sua triplice incidência; taxa de importação, taxa de exportação e taxa portuária. Portanto, somente quando incidisse sobre mercadorias importadas (taxa de importação), dela estariam isentas as empresas aeroviárias, porque a Lei n.º 1815, de 1953, não lhes dá isenção de taxas de exportação, nem de taxas portuárias.

Conclui-se dessa análise que, para manter a orientação predominante no Tribunal, seria preciso recorrer a um raciocínio extremamente elaborado, decompondo artificialmente uma imposição única por sua natureza.”

E, adiante, pondera:

“O mais simples e razoável é considerar a Taxa de Melhoramento dos Portos, como entidade tributária singela, homogênea, indivisível. Com essa característica, só lhe cabe a qualificação de taxa de finalidade portuária, porque o único elemento comum na sua triplice incidência é a movimentação de mercadorias nos portos organizados, “de ou para navios ou embarcações auxiliares”, como se exprime a lei.

Essa movimentação é um serviço tipicamente portuário, e sua remuneração pelos que se utilizam do porto cabe perfeitamente na categoria das taxas.

A decomposição dessa taxa em três tributos diferentes levaria, *data venia*, a um artificialismo de argumentação. É preferível a concepção unitária, que a considera uma só imposição. Como imposição *una*, qual será a sua qualificação? Só pode ser taxa, porque o único elemento comum da sua triplice incidência é a movimentação da mercadoria no porto, independentemente de se tratar de comércio interno ou externo.”

Por último, sinala o ilustre Ministro:

“Também concorre para tal conclusão o destino que a lei dá a essa receita. Ela é recolhida, *ex vi legis*, pelos

concessionários ou administradores dos portos, que a depositam pela seguinte forma: 40% no Banco do Brasil, em conta especial vinculada, a ser utilizada em obras e serviços do porto, mediante aprovação do Ministério da Viação; 60% no Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico, na conta especial do Fundo Portuário Nacional, a ser empregado em obras e melhoramentos dos portos nacionais (Lei n.º 3.421, arts. 4.º, 11 e 16). Dir-se-á que somente 40% são empregados no próprio porto de que se utiliza o contribuinte. Mas, para esse argumento, pelo menos 40% estariam sendo cobrados, legitimamente, na categoria de taxa. Acresce que os outros 60%, destinados "à execução do plano portuário nacional" (art. 11), também reverterão em benefício dos usuários de qualquer dos portos nacionais. Os portos nacionais estão entrelaçados num sistema, que beneficia a navegação e o comércio, no intercâmbio nacional, como no internacional. Portanto, quem recebe mercadorias, que transitam pelos portos, tem evidente interesse, direto ou indireto, no melhoramento, não apenas dele ou daquele porto, mas de todo o sistema portuário do País. É, realmente, uma qualificação da taxa; não deixa de ser uma remuneração de serviço prestado ao contribuinte."

(Apud JARDEL DE NORONHA e ODALEA MARTINS, "Referências da Súmula do S. T. F.", vol. 30, ps. 56/57)

Após longos debates na Corte Excelsa, no julgamento em foco, preponderou o voto do ilustre Ministro Victor Nunes, resultando o aresto assim ementado:

"A Taxa de Melhoramentos dos Portos não é adicional do Imposto de Importação, mas taxa destinada a cobrir despesas portuárias.

2) Como tal, não se inclui na isenção concedida às empresas de navegação aérea pelo artigo 2.º da Lei n.º 1815, de 1953."

Posteriormente, consolidou-se esse entendimento, dentre outras, nas decisões no RMS n.º 16.697, 1a. Turma, a 6/11/1967; no R. E. n.º 60.818-SP, 2a. Turma, a 17/4/1969, onde o eminente Relator, Ministro Adalício Nogueira, alinhou, em igual senti-

do, os arestos no RMS n.º 13.060-DF, rel. Min. Evandro Lins e Silva (RTJ, 35/504); RMS n.º 13.856-GB, rel. Min. Cândido Motta Filho (RTJ, 36/594-595); RMS n.º 14.335-SP, rel. Min. Gonçalves de Oliveira (RTJ, 37/64-65); RMS n.º 46.698-SP, rel. Min. Lafayette de Andrada (RTJ, 41/802-803) e RMS n.º 16.774-SP, rel. Min. Lafayette de Andrada (RTJ, 42/171-172).

Pois bem, consoante essa iterativa jurisprudência, aprovou o colendo Plenário, do Excelso Pretório, em sua sessão de 3/12/1969 na vigência, portanto, da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, a Súmula n.º 550, de sua Jurisprudência Predominante, segundo a qual,

"550. A isenção concedida pelo art. 2.º, da Lei n.º 1815, de 1953, às empresas de navegação aérea não compreende a taxa de melhoramento dos portos, instituída pela Lei n.º 3.421, de 1958."

Não só. O acórdão do egrégio Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n.º 66.744-PE (1a. Turma), de 18/8/1969, de que foi relator o eminente Ministro Luiz Gallotti (in RTJ, vol. 52, ps. 417/419), em conformidade com o qual a Suprema Corte decidiu que a Taxa de Melhoramento dos Portos (art. 3.º, da Lei n.º 3.421, de 10/7/1958) é um acréscimo do imposto de importação e não uma taxa, ou menos ainda, um sobrepreço anterior à Súmula n.º 550), não pode, a esta altura, merecer maior destaque, eis que, em recente decisão, de 29 de fevereiro de 1972, no julgamento de Recurso Extraordinário número 73.171-GB, sendo relator o mesmo ilustre Ministro Luiz Gallotti, inobstante ressaltando seu entendimento pessoal, concluiu S. Exa. que o dissídio está superado, à vista da Súmula n.º 550 daquele Alto Pretório.

Registro que esse pronunciamento do egrégio Supremo Tribunal Federal ocorreu, a propósito de decisão da colenda 1a. Turma do T. F. R., que dera pela improcedência da ação ajuizada por empresa industrial para reaver a taxa em foco, exigida pela autoridade fiscal na importação de mercadoria isenta de tributos aduaneiros, estando o respectivo acórdão assim ementado:

"Repetição de indébito. Taxa de Renovação dos Portos. Sendo uma contribuição tarifária, não há inconstitucionalidade em sua cobrança, nem ilegalidade na sua exigência sobre mercadorias isentas do tributo de importação."

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 139-150, 1972

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 139-150, 1972

De outra parte, na decisão que indeferiu o recurso extraordinário, referida nesse acórdão do STF, o Ministro Amarílio Benjamin, então Presidente do TFR, com o brilho que caracterizava seus despachos em tais matérias, ao ensejo, assim se manifestou:

“Reside a controvérsia na insistente argumentação de que a taxa de melhoramentos exigida colide com o art. 19, § 2.º, da CONSTITUIÇÃO FEDERAL/67 (art. 18, § 2.º, EMENDA CONSTITUCIONAL/69) achando-se, portanto, revogada. Também, como sustenta a recorrente, constituindo adicional do imposto de importação, não pode ser cobrada dos contribuintes que dele estejam isentos, como no caso dos autos.

“Equivoca-se, no entanto, a suplicante. Na hipótese, não há coincidência de fato gerador ou de base de cálculo entre os dois tributos, vedada pelo preceito fundamental. No imposto de importação, tem-se em vista a entrada da mercadoria no território nacional e a alíquota estabelecida segundo os critérios do art. 20 do CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. Já em relação à taxa de melhoramentos, o que prevalece é a movimentação de mercadorias, para embarque ou desembarque, e o seu custo, fatos que a diferenciam, por completo, dos elementos básicos do imposto de importação, que engloba outros dados de influência do comércio exterior. Também, equivalendo a serviços portuários efetivamente prestados, a taxa de melhoramentos, mesmo na acepção de preço público, como muitos preferem qualificá-la, acha-se na linha real do conceito de taxa, formulado pelo art. 77 do CÓDIGO TRIBUTÁRIO. Não pode, assim, ser havida como adicional do imposto, para merecer os favores que o SUPREMO TRIBUNAL conferiu à taxa de despacho aduaneiro (SÚMULAS n.ºs 308 e 309). Tanto isso é certo, que o VENERANDO PRETÓRIO não dispensou de pagá-la às empresas aeroviárias, igualmente beneficiadas em isenção geral concedida na Lei n.º 1815/58 (SÚMULA n.º 550).

“Cabe ressaltar, finalmente, que o acórdão recorrido está em harmonia, no ponto principal, com a orientação da CORTE SUPREMA (RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS n.ºs 49.606 e 59.646, relator Ministro VICTOR NUNES — DJ de 24/12/64, p. 998 e REVISITA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, vol. ...

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 139-150, 1972

38/222; RECURSOS EM MANDADO DE SEGURANÇA n.ºs 16.695, relator Ministro PRADO KELLY, DJ de 18 de maio de 1967, p. 1431; e 16.615, relator Ministro THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, DJ de 24/5/68, página 1863).

“Dessa forma, o recurso carece de fundamento válido e, portanto, o indeferimos.”

Anteriormente, ainda a 13/9/1971, o Supremo Tribunal Federal, no R. E. n.º 60.746, decidiu, em aresto assim ementado:

“A Taxa de Melhoramento dos Portos não é adicional do imposto de importação, destina-se a remunerar serviços portuários.

A imunidade do art. 31, V, da Constituição Federal, não compreende as taxas (Súmula n.º 324).”

(Recurso Extraordinário n.º 49.606, in D. J. de 15/10/1964, p. 3773)

De todo o exposto, bem de ver é que a questão da inconstitucionalidade da Taxa de Melhoramento dos Portos, em face da natureza do tributo e segundo os dispositivos da Constituição de 1967 e sua Emenda n.º 1, de 1969, citados, já esteve presente ao egrégio Supremo Tribunal Federal, que a desprezou, afirmando o eminente Ministro Luiz Gallotti, após evidenciar no Relatório a espécie, que “o dissídio está superado, como atesta a Súmula n.º 550”, não conhecendo, assim, do recurso extraordinário interposto pela C. P. I. B., com sede na Guanabara, sendo recorrida a Administração do Porto do Rio de Janeiro.

O colendo Tribunal Federal de Recursos, especialmente através de sua 2a. Turma, teve oportunidade, também de já enfrentar essa questão constitucional, não lhe emprestando maior relevo, cabendo destacados os arestos nos Agravos em Mandado de Segurança n.ºs 68.774, 68.625, 68.635, 68.636, 69.198, 69.193 e 68.981, de todos relator o eminente Ministro Amarílio Benjamin; n.ºs 68.962 e 68.759, que tiveram como relator, respectivamente, os ilustres Ministros Décio Miranda e Jarbas Nobre, julgados em sessão de 8 de novembro de 1971 (in D. J., de 16/11/1971), e ainda no AMS n.º 69.568, decidido a 13 de março do ano em curso, de que foi relator o Sr. Ministro Jarbas Nobre. Também já a 14/4/1970, no AMS n.º 58.160, assim julgara a 2a. Turma, sendo relator o Sr. Ministro Décio Miranda.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 139-150, 1972

A sua vez, a colenda 1a. Turma, no AMS n.º 68.987, relator o Sr. Ministro Peçanha Martins, a 27/10/1971, recusou a inconstitucionalidade da T. M. P., sustentando na oportunidade o eminente Ministro Jorge Lafayette que a regra do art. 18, § 2.º, da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, teve em vista evitar bitributação.

Ao proferir voto no AMS n.º 69.568 — SP, a 13/2/1972, o ilustre Ministro Jarbas Nobre sinalou, *verbis*:

“Quanto à alegada coincidência de base de cálculo de tal taxa e do imposto de importação, tenho que a impetrante não tem razão, visto como no que se refere à taxa de melhoramento, sua base de cálculo é o valor comercial da mercadoria enquanto que a base de cálculo do imposto aduaneiro é o valor externo do produto, isto é, o seu preço normal em condições de livre concorrência.”

Releva, de outra parte, conotar que, consoante o critério unitário do tributo consagrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como acima referi, não há ver incidência do art. 18, § 2.º, da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, ou do art. 19, § 2.º, da Constituição de 1967, em sua originária redação, quando se tratar especialmente da Cobrança do tributo sobre mercadorias movimentadas no comércio de cabotagem e de navegação interior. Se se trata de “entidade tributária singela, homogênea e indivisível”, tendo como elemento comum de sua triplíce incidência a movimentação da mercadoria no porto, independentemente de se tratar de comércio interno ou externo, imposta apenas pela União Federal, afastável, desde logo, é o confronto com a regra do art. 18, § 2.º, da Constituição em vigor. Também, quanto à importação e exportação de mercadorias, as normas dos arts. 20 e 24, e seus incisos, do Código Tributário Nacional, estão, desde logo, a apontar a impossibilidade de concluir, em tese, pela mesma base de cálculo da incidência dos impostos em apreço, em se tratando da taxa de melhoramento dos portos, *ut* art. 3.º e seus parágrafos 3.º, 4.º e 5.º, da Lei n.º 3.421, de 1958.

Consoante o art. 4.º, do CTN, a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação.

Conceitos distintos são fato gerador e base do cálculo do tributo.

A teor do art. 16, do CTN, “imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação, independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 139-150, 1972

Consoante estabelece o art. 18, I, da Constituição, taxas arrecadam-se “em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição”.

De outra parte, o art. 18, § 2.º, da Lei Magna vigente, reza:

“Art. 18 — omissis.

“§ 2.º — Para a cobrança das taxas não se poderá tomar como base de cálculo a que tenha servido para a incidência dos impostos.”

Em bem lançados trabalhos que há oferecido em vários recursos vindos ao exame do Tribunal Federal de Recursos, acerca da presente matéria, o Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis tem sustentado, com propriedade, *verbis*:

“4. A palavra incidência tem sido erroneamente interpretada, dando-se-lhe o significado de cobrança, o que contraria as regras de sinonímia do idioma pátrio, conforme demonstraremos a seguir:

Incidir — do latim *incidere*, significa cair, ocorrer;

Cobrar — é exigir em troca, receber aquilo que nos pertence; recuperar.

(Caldas Aulette — Enc. Bras. Mérito — Dicionário Bras. Contemporâneo de Francisco Fernandes)

“5. O termo incidência, em direito fiscal, é definido por Aurélio Buarque de Hollanda como:

“fenômeno fiscal consistente na apreensão do contribuinte pelo imposto” ou “determinação do contribuinte ao pagamento do imposto”.

(Peq. Dic. da Língua Portuguesa)

“6. Assim, incidência ao imposto não é a sua cobrança, mas o fato gerador desta espécie de tributo.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 139-150, 1972

"7. Como se verifica, o entendimento que se tem dado ao § 2.º do art. 18 da E. Constitucional n.º 1, é o seguinte:

"para a cobrança de taxas não se poderá tomar como base de cálculo a base de cálculo que tenha servido para a cobrança dos impostos".

"8. Porém, incidência não é cobrança como se pretende, e a lei não contém palavras inúteis. O que o dispositivo constitucional proíbe é adotar para a base de cálculo para a cobrança de taxas o mesmo **fato gerador** que servir de base para a cobrança do imposto.

"9. Importando em dizer: o fato gerador (incidência) do qual decorre a cobrança do imposto, não pode servir de base de cálculo para a cobrança da taxa.

"10. O Código Tributário Nacional (Lei n.º 5172, de 25/10/66), com alteração dada pelo Ato Complementar n.º 34, prevê, no parágrafo único do art. 77:

"Art. 77 — omissis.

Parágrafo único — A taxa não pode ter a base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a impostos, nem ser calculada em função do capital das empresas."

"11. A Constituição de 1967 (com Emenda Constitucional n.º 1) substituiu as palavras **fato gerador** pelo vocábulo **incidência**, que tem o mesmo significado, modificando, porém, fundamentalmente, o sentido da proibição que passou a ser:

"para a cobrança das taxas, não se poderá tomar como base de cálculo a que tenha servido para a incidência dos impostos."

"Portanto, o significado correto do § 2.º do art. 18 da Constituição é:

"Para a cobrança das taxas não se poderá tomar como base de cálculo a base de cálculo correspondente ao fato gerador dos impostos".

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 139-150, 1972

"12. Como demonstram as interpretações acima, não se pode inquirir de inconstitucional ou ilegal a cobrança da Taxa de Melhoramento dos Portos porque o fato gerador e base de cálculo para sua cobrança não têm semelhança com o fato gerador e a base de cálculo do imposto de importação, conforme comprovação abaixo:

"I — O fato gerador do imposto de importação (incidência) é a entrada de produtos estrangeiros no território nacional, seja por via aérea, terrestre ou marítima.

O fato gerador da Taxa de Melhoramento dos Portos é a movimentação de mercadorias (importadas, exportadas, no comércio de cabotagem ou de navegação interior) nos portos de ou para navios ou embarcações auxiliares.

"II — A base de cálculo do imposto de importação é variável, dependendo de alíquotas — específicas ou **ad valorem** —, do preço de arrematação ou, ainda, de fixação do Conselho de Política Aduaneira, seja pela "pauta mínima", seja pelo valor externo da mercadoria.

A base de cálculo da Taxa de Melhoramento dos Portos é fixa e cobrada sobre o valor comercial da mercadoria. A T. M. P. incide até sobre as mercadorias livres ou isentas de tributos, sobre as mercadorias despachadas em virtude de convênio, e as importadas sem cobertura cambial.

"Ela é cobrada até mesmo das pessoas jurídicas de Direito Público a despeito das imunidades tributárias.

"13. Alegam os impetrantes que o art. 3.º da Lei n.º 3.421/58, que criou a T. M. P., é inconstitucional porque "entende-se por valor comercial da mercadoria o custo da mercadoria que servir de base para o cálculo dos direitos aduaneiros", esquecendo-se, talvez, de que "direitos aduaneiros" hoje é o imposto de importação, e que as bases de cálculo desse imposto não servem de base para a cobrança da T. M. P. conforme explanado retro e a seguir.

"14. Valor comercial e preço normal da mercadoria são coisas distintas. O valor comercial é o custo da

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 139-150, 1972

mercadoria enquanto que o preço normal está submetido a certos pressupostos, como a livre concorrência e a época da importação.

“Na venda em condições de livre concorrência, o preço é fixado independentemente de relações comerciais, financeiras ou de outra natureza, contratuais ou não. Assim, o preço da fatura pode ser tomado como indicativo do preço normal, mas podem surgir eventuais discrepâncias que cabe ao órgão competente apurar. Daí a impropriedade da lei de regência quando, ao referir-se ao valor comercial, como base de cálculo da Taxa de Melhoramento dos Portos, compreendendo o custo do produto, adianta que este serve de base de cálculo de direito aduaneiro, o que não é verdade.”

(Sentença do MM Juiz Federal da 5a. Vara da Justiça Federal no MS n.º 153/71, impetrado por P. S. A. — Cia. Industrial Brasileira contra a Companhia Docas de Santos, com a assistência do DNPVN)

(Apud Agravo em Mandado de Segurança n.º ... 70.450 — São Paulo)

Diante desses elementos, compreendo que não procede a invocada inconstitucionalidade da Taxa de Melhoramento dos Portos, em face do art. 18, parágrafo 2.º, da Constituição (Emenda Constitucional n.º 1, de 1969). *

(*) Excerto de voto proferido na sessão plenária do Tribunal Federal de Recursos, a 22/6/1972, no julgamento da Questão Constitucional incidente no Agravo em Mandado de Segurança n.º 68.886 — São Paulo.

ICM, CRÉDITO FISCAL E CUMULATIVIDADE

José Maria Rosa Tesheiner (*)

Os impostos sobre produtos industrializados e sobre circulação de mercadorias são ambos não-cumulativos. Poder-se-ia excluir a cumulatividade: a) tributando-se apenas uma operação (por exemplo, a saída para o consumidor ou o usuário); b) tributando-se apenas o valor acrescido. Mas a Constituição Federal (arts. 21, § 3.º; e 23, II) não se limitou a apontar o fim, que é a não-cumulatividade. Indicou também o meio: c) “abatendo-se em cada operação o montante cobrado nas anteriores”.

Assim, o imposto devido em cada operação é igual ao resto de uma subtração, em que o **minuendo** é igual ao produto da alíquota pela base de cálculo e o **subtraendo**, igual ao montante cobrado nas operações anteriores.

O produto da alíquota pela base de cálculo (minuendo) recebe o nome de **débito fiscal**. O montante cobrado nas operações anteriores (subtraendo), o de **crédito fiscal**. O resto aponta o imposto devido. Em outras palavras:

alíquota $\times$ base de cálculo — crédito fiscal = imposto devido.

Há vários sistemas para se efetuar a subtração exigida pela Carta Magna: a) o do abatimento de percentagem fixa (Decreto-Lei n.º 406, de 31.12.68, art. 3.º, § 2.º), admissível só excepcionalmente, porque nele o crédito fiscal é apenas **presumidamente** igual ao montante cobrado nas operações anteriores; b) o específico, isto é, mercadoria por mercadoria, raramente utilizável

(*) Coordenador da Unidade de Defesa Judicial da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.
Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da U.F.R.G.S.

(Decreto-Lei n.º 406, de 31.12.68, art. 4.º), porque exige controles geralmente impraticáveis; c) o global, em que se procura a diferença, em determinado período, entre o imposto referente às mercadorias que saíram do estabelecimento e o referente às que nele entraram (Decreto-Lei n.º 406, de 31.12.68, art. 3.º, § 1.º).

No plano teórico, há dois sistemas globais: o absoluto e o relativo. No plano do direito positivo, o sistema global é um só, porque o legislador já fez a sua opção. Ao intérprete incumbe apontá-la, mas, para isso, há de conhecer as alternativas.

O sistema global é **absoluto**, se o contribuinte tem o direito de lançar a seu crédito o imposto referente a quaisquer mercadorias que entram em seu estabelecimento e, a seu débito, somente o produto da alíquota pela base de cálculo das operações tributadas. É **relativo**, se condicionado o crédito fiscal à superveniência de operação tributada, devendo, pois, ser estornado, se a mercadoria não sai do estabelecimento, nem mesmo como insumo, ou sai do estabelecimento sem sofrer tributação.

Nos impostos não-cumulativos, exige-se, em cada operação, uma parcela do total do imposto incidente sobre a mercadoria. Se a soma das parcelas dá resultado superior a esse total, é porque excedeu-se o limite traçado pela não-cumulatividade.

De regra, o crédito fiscal indica o imposto cobrado nas incidências anteriores, para ser abatido no cálculo do imposto devido na reincidência. Excluem-se as parcelas cobradas antes, para excluir-se a cumulatividade.

Visa o presente estudo a determinar a natureza jurídica do crédito fiscal, **enquanto meio de exclusão da cumulatividade**. Só nos interessa, portanto, o crédito fiscal correspondente a incidências anteriores do mesmo imposto. Só o "abatendo-se em cada operação o montante cobrado nas anteriores" (Const. Federal, arts. 21, § 3.º; e 23, II) é que está em causa.

Ficam, assim, expressamente excluídos do âmbito de nossas indagações os créditos fiscais que têm outra finalidade, por não corresponderem a parcelas do mesmo imposto, já cobradas anteriormente. É o caso das indústrias consumidoras de minerais do país que, no cálculo dos impostos de circulação de mercadorias e de produtos industrializados, podem abater o imposto único pago relativamente aos minerais do país entrados em seus estabelecimentos (Decreto-Lei n.º 1.038, de 21.10.69, art. 11). É também o caso do crédito fiscal concedido às empresas de gravação de som, que corresponde ao valor dos direitos autorais, artísticos e conexos por elas pago (Decreto-Lei n.º 406, de 31.12.68, art. 3.º, § 4.º). E, ainda, o das saídas de produtos manufaturados

para o exterior, que não são apenas isentas do imposto sobre produtos industrializados, como geram crédito contra a União (Decreto-Lei n.º 491, de 5.3.69, art. 1.º).

Num estudo sobre o crédito fiscal excludente da cumulatividade, é preciso que se esclareça o que é **não-cumulatividade**. Sabemos que ela é um limite. É o máximo de imposto que pode incidir sobre determinada mercadoria, qualquer que seja o número de operações de circulação a que seja submetida. Mas como se determina esse limite?

Mostraremos que ele guarda íntima relação com o sistema adotado. Ao sistema específico corresponde um limite que não é o do global absoluto. É que ambos são diferentes do que decorre da adoção do sistema global relativo. **Cada um desses sistemas tem a sua própria concepção de cumulatividade!**

Mostraremos, também, que **do sistema adotado também depende a natureza jurídica do crédito fiscal**, de tal sorte que, a cada um dos sistemas apontados, corresponde não só um limite próprio, como um crédito fiscal de natureza jurídica diferente.

Estabelecidas as relações entre o sistema, o crédito fiscal e a não-cumulatividade, estaremos em condições de dizer se o sistema global do imposto sobre circulação de mercadorias (Decreto-Lei n.º 406, de 31.12.68, art. 3.º, § 1.º) é absoluto ou relativo.

Antes, porém, algumas considerações preliminares:

Adquire o crédito fiscal quem recebe mercadoria sobre a qual já incidiu ou está a incidir o imposto, no ato mesmo da recepção, quer seja devido pelo transmitente, quer pelo próprio adquirente. A entrada em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior pelo titular do estabelecimento gera — simultaneamente — um débito e um crédito fiscais de igual valor. O débito, porque se configura fato gerador (Decreto-Lei n.º 406, de 31.12.68, art. 1.º, II). O crédito, porque o importador, sem dúvida, adquire o direito de abater, no cálculo do imposto incidente sobre a saída, o montante cobrado por ocasião da entrada.

O crédito fiscal é igual ao "montante cobrado nas operações anteriores" (Constituição Federal, art. 23, II). Montante cobrado é o montante devido (e não o montante pago, como se lê no Decreto-Lei n.º 406, de 31.12.68, art. 3.º). Assim é, porque a transmissão da mercadoria a outro contribuinte não libera o transmitente do dever de pagar o imposto. Se o adquirente não adquirisse o direito de abater a parcela correspondente ao imposto devido, mas não pago, pelo transmitente, o Estado teria o direito de cobrar de ambos, cumulativamente, essa mesma parcela. O im-

posto se tornaria cumulativo! Nem se poderia admitir que o transmitente transmitisse o **dever** de pagar o imposto, porque o adquirente que recebesse mercadoria em decorrência de operação interestadual, sem o respectivo crédito fiscal, pagaria ao seu Estado parcela devida a outro.

Operação isenta não gera crédito fiscal. Não há imposto devido. A isenção exclui o crédito tributário (Cód. Trib. Nacional, art. 175, I) e, portanto, o correspondente dever. O que pode ocorrer é que o contribuinte transmita, em operação isenta, crédito fiscal correspondente a operação anterior, o que é outra coisa.

No **diferimento**, atribui-se ao adquirente a responsabilidade pelo imposto devido pelo transmitente (Cód. Trib. Nacional, art. 128), ao mesmo tempo que se adia o vencimento da obrigação tributária. Juntamente com o crédito fiscal, o adquirente recebe um débito fiscal de igual valor. O resultado é zero.

Porque o crédito fiscal é igual ao montante devido nas operações anteriores, segue-se, como corolário, que não se transmite ao adquirente, como crédito fiscal, o imposto pago indevidamente pelo transmitente, máxime nas operações interestaduais. O adquirente tem direito à restituição, se sofre a repercussão e não faz repercutir (Cód. Trib. Nacional, art. 166). Mas não tem crédito fiscal, pois a receita do imposto de circulação de mercadorias deve ser dividida entre os Estados de conformidade com as normas federais, e não de conformidade com a vontade ou com os enganos dos contribuintes, ou de algum Estado.

Se o imposto de circulação de mercadorias excluísse a cumulatividade por incidir apenas sobre uma das operações de circulação (a saída para o consumidor ou usuário, por exemplo), ou por tributar apenas as operações com valor acrescido, evidentemente não incidiria sobre as demais. Excluindo, porém, a cumulatividade por subtração do montante cobrado nas operações anteriores, surge o problema do resto negativo.

Efetivamente, pode ocorrer que o crédito fiscal adquirido pelo contribuinte com a entrada da mercadoria em seu estabelecimento seja superior ao débito fiscal gerado pela sua posterior saída:

- I — porque haja revenda com prejuízo;
- II — porque o imposto seja calculado, na saída, sobre base de cálculo reduzida;
- III — porque seja inferior a alíquota na operação de saída;
- IV — porque não haja incidência do imposto na saída (alíquota igual a zero, imunidade, não-incidência, isenção).

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 151-159, 1972

Exemplo: com a aquisição da mercadoria, o contribuinte adquiriu um crédito fiscal igual a 10 (Base de cálculo: 100. Alíquota de 10%). Se o contribuinte:

- I — revende a mercadoria por 60;
- II — ou a revende por 120, mas a base de cálculo, na operação de saída, é igual a 50% do valor da operação;
- III — ou a revende por 120, sendo de 120 a base de cálculo, mas de apenas 5% a alíquota, em todos esses casos a mercadoria terá entrado com um crédito fiscal de 10 e saído com um débito fiscal de 6. O resto é negativo (— 4).
- IV — Da mesma forma, o resultado é negativo (— 10), sobrevivendo saída não tributada.

Adiante, quando nos referirmos a essas hipóteses, usaremos a expressão “hipóteses de resto negativo”.

No sistema específico, adquirindo mercadoria, o contribuinte adquire o direito de abater o montante cobrado nas operações anteriores (crédito fiscal). Esse direito, porém, somente poderá ser exercido se e quando vier a ser novamente tributada a mesma mercadoria. Trata-se, pois, de direito subordinado a condição (**conditio iuris**) suspensiva. Porque se destina ao cálculo do imposto devido em operação posterior, o crédito fiscal só é eficaz se e na medida em que sobrevenha débito fiscal correspondente. A saída, ainda que sob a forma de fornecimento (Decreto-lei n.º 406, de 31.12.68, art. 1.º, III) implementa a condição. Se a mercadoria sai de circulação sem sair do estabelecimento (incorporação ao ativo fixo, perecimento, consumo), a condição não se perfaz. Nas hipóteses de resto negativo, o crédito fiscal é eficaz para que não seja devido imposto algum, mas o excesso é inoperante. Atribuir-se eficácia ao excesso é (neste sistema) uma impossibilidade lógica, donde a afirmação: o imposto devido numa operação não se torna indevido em decorrência de fato posterior (**règle du butoir**. Cf. BROCKSTEDT, Fernando. O ICM, Porto Alegre, Rotermund, 1972, p. 253). Em consequência, pode ocorrer que do conjunto das operações tributadas resulte mais imposto do que o produto da alíquota pela base de cálculo da operação final (exemplo: revenda com prejuízo, por comerciante a consumidor). É que, no sistema específico, o que se visa é impedir que resulte mais imposto do que o produto da maior alíquota pela base de cálculo de maior valor. Somente quando excedido esse limite é que há cumulatividade. Transmitindo a mercadoria, o

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 151-159, 1972

contribuinte transmite **integralmente** o crédito fiscal. O subadquirente recebe crédito fiscal igual ao montante cobrado nas operações anteriores, **no plural**) Const. Federal, art. 23, II), nada importando que do transmitente se haja cobrado menos imposto, ou não se haja cobrado imposto algum. Em outras palavras, saindo a mercadoria, com ela sai o crédito fiscal, donde o corolário: se não há estoque, não há crédito fiscal. (A recíproca não é verdadeira).

No sistema global absoluto, adquirindo mercadoria, o contribuinte adquire — incondicionalmente — o crédito fiscal correspondente. **Nada importa a inexistência de correspondente débito fiscal.** Mantém-se o crédito, ainda que a mercadoria saia de circulação sem sair do estabelecimento (incorporação ao ativo fixo, perecimento, consumo), bem como o excesso, nas hipóteses de resto negativo. Transmitindo mercadoria, o contribuinte transmite crédito fiscal igual ao débito fiscal gerado pela saída. Nem poderia ser de outra forma porque, neste sistema, o crédito fiscal gerado pela entrada de mercadoria no estabelecimento perde totalmente a individualidade. Não é o crédito fiscal desta ou daquela mercadoria. É crédito fiscal, simplesmente. O valor total do imposto incidente sobre determinada mercadoria é igual ao produto da alíquota pela base de cálculo da aquisição por não-contribuinte, não importando o número de operações, tributadas ou não, a que tenha sido submetida. Excedido o limite, há cumulatividade. Se não há aquisição por não-contribuinte, ou se o imposto não incide nesta operação, o montante é igual a zero. O limite não é excedido ainda que o imposto não incida em operação intermediária. Exemplo: é cobrado imposto na saída de estabelecimento industrial para atacadista. Isenta a revenda, é certo que o varejista não recebe qualquer crédito fiscal. Mas também é certo que o imposto pago pelo industrial não repercute sobre o varejista, porque é devolvido ao atacadista. **O direito de haver do Estado, inclusive em dinheiro, a importância correspondente aos créditos fiscais acumulados é pressuposto do sistema.** Também é pressuposto a unidade fiscal, porque o imposto pago por um contribuinte é muitíssimas vezes devolvido a outro, sobre o qual repercutiu. Havendo pluralidade de fiscos, um devolveria o que outro recebeu, com resultados berrantes. Exemplo: numa Federação em que a maioria dos exportadores se estabelecesse num único Estado (melhor situado geograficamente para relações com o exterior), o Estado exportador poderia verificar que, imunes as exportações para o exterior, o imposto estadual de cir-

culação de mercadorias lhe acarretaria **deficit**. O imposto em vez de encher, esvaziaria a arca do tesouro...

No sistema global relativo, adquirindo mercadoria, o contribuinte adquire o crédito fiscal correspondente, sujeito, porém, a uma condição (**conditio iuris**) resolutiva. Extingue-se o crédito fiscal (devendo, pois, ser estornado), se a mercadoria sai de circulação no estabelecimento. Transmitindo mercadoria, o contribuinte transmite crédito fiscal igual: 1. ao débito fiscal gerado pela saída, se tributada; 2. ao crédito fiscal gerado pela entrada, se não tributada a saída. Nesta última hipótese, os Estados têm exigido o estorno do crédito fiscal. Rigorosamente, porém, a hipótese não é de estorno. É caso de lançamento de débito fiscal, representativo da transmissão do crédito fiscal ao subadquirente. O resultado é o mesmo, tratando-se de saída para não-contribuinte. Tratando-se, porém, de saída para contribuinte, a observação ganha relevância, porque o imposto se tornaria cumulativo, sob qualquer critério, se exigido o estorno e negada a transmissão do crédito fiscal. Nas demais hipóteses de resto negativo, o contribuinte mantém como crédito seu (e, portanto, não transmite) o excesso. (O adquirente não poderia transmitir integralmente o crédito fiscal recebido com a mercadoria, em todo e qualquer caso, porque... isso importaria na adoção do método específico de apuração do imposto!) Não se prejudica o subadquirente, porque não há repercussão do excesso, que subsiste como crédito do adquirente contra o Estado. Disso tudo resulta que o imposto incidente sobre determinada mercadoria, em decorrência do conjunto das operações tributadas, é igual ao produto da alíquota pela base de cálculo da última operação tributada. Excedido o limite, há cumulatividade.

Apoiando-se em Rubens Gomes de Sousa, FERNANDO A. BROCKSTEDT afirma que os métodos específico e global (relativo) conduzem ambos ao mesmo resultado (O ICM, Rotermund, Porto Alegre, 1972, p. 254). Não é verdade. Suponha-se eventual venda com prejuízo. O varejista adquiriu mercadoria por 100 e a revende por 80. Alíquota de 10%. Com o método específico, a mercadoria sofrerá uma carga tributária igual a 10. Com o método global, uma carga igual a 8! Para que houvesse a proclamada igualdade de resultados, seria necessário que, no método global, se exigisse o estorno do excesso: 2. Isso, porém, importaria na adoção do método específico de apuração do imposto, porque se obrigaria o contribuinte a rastrear o crédito fiscal de cada mercadoria que saísse de seu estabelecimento, para saber da exatidão do crédito fiscal lançado por ocasião da entrada. Os dois métodos

se reduziriam a um só. Na verdade, existe apenas uma forma de se obter o resultado do sistema específico: a adoção do método específico de apuração do imposto. O método global relativo conduz somente a uma **aproximação** desse resultado).

O conceito de cumulatividade da Constituição Federal (art. 23, II) é o que decorre do sistema específico, único em que é possível abater-se o montante cobrado nas operações anteriores, **no plural**. Não obstante, o sistema específico é de aplicação excepcional (Decreto-Lei n.º 406, de 31.12.68, art. 4.º). Por considerações de ordem prática, o legislador preferiu o método global, sem ferir a Constituição, porque dele resulta um limite **menor**. Pode ocorrer, portanto, que se exceda o limite estabelecido em lei complementar (Decreto-Lei n.º 406, de 31.12.68, art. 3.º, § 1.º), sem que se configure violação da Constituição.

O método global relativo é que é o sistema geral do imposto sobre circulação de mercadorias: 1.º) porque o método global absoluto supõe unidade fiscal e é, portanto, incompatível com um imposto **estadual**, em que há pluralidade de fiscos; 2.º) porque o artigo 3.º, § 3.º, do Decreto-Lei n.º 406, de 31.12.68, deixa claro que, salvo disposição em contrário, podem os Estados exigir o estorno dos créditos fiscais relativos às mercadorias que saíram do estabelecimento sem ser tributadas. A exceção apanha, tão-só, os insumos relativos aos produtos industrializados, exportados com imunidade para o exterior e, mesmo assim, apenas em determinadas hipóteses.

A tributação das mercadorias importadas do exterior (Decreto-Lei n.º 406, de 31.12.68, art. 1.º, II) também confirma a tese, mas leva também a outras considerações.

Recebendo mercadoria sobre a qual está a incidir o imposto, no ato mesmo da recepção, o importador, sem dúvida, adquire o direito de abater, no cálculo do imposto incidente sobre a saída, o montante cobrado por ocasião da entrada. Adquire, portanto, um crédito fiscal igual ao débito fiscal gerado pela entrada. No sistema global (seja absoluto, seja relativo), o imposto a recolher é igual a zero!

Erra, portanto, quem afirma que o ICM só incide na importação de mercadorias, **quando destinadas à revenda**. Se a mercadoria se destina à revenda, a entrada gera um crédito e um débito que se anulam mutuamente, sem deixar resto. O legislador federal teria previsto uma nova hipótese de incidência, com a qual e sem a qual tudo continuaria igual! Efetivamente, tribute-se ou não a entrada, o resultado é o mesmo, quando se importa mercadoria para revender: o importador paga, e o Estado recebe, a

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 151-159, 1972

mesma quantia, na mesma ocasião, e em decorrência da mesma operação, que é a saída do estabelecimento. Na verdade, a tributação da entrada de mercadoria importada do exterior somente tem razão de ser quando a mercadoria não se destina à revenda, mas à incorporação ao ativo fixo (ou ao consumo) do estabelecimento importador, porque, então, estorna-se o crédito fiscal, se a mercadoria sai de circulação no estabelecimento (sistema global relativo!).

ISSO POSTO, podemos resumir as conclusões do presente estudo, num quadro e numa afirmação:

Sistema	Crédito Fiscal	Limite (cumulatividade)
específico	condição legal suspensiva	produto da maior alíquota pela base de cálculo de maior valor
global relativo	condição legal resolutiva	produto da alíquota pela base de cálculo da última operação tributada
global absoluto	incondicional	produto da alíquota pela base de cálculo da aquisição por não-contribuinte

O sistema global do imposto sobre circulação de mercadorias (Decreto-Lei n.º 406, de 31.12.68, art. 3.º, § 1.º) é o relativo.

Porto Alegre, 28 de agosto de 1972.

* Tese apresentada ao IV Congresso Nacional de Procuradores de Estado, realizado em Guarapari-ES, de 9 a 12 de outubro de 1972.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 151-159, 1972

DESAPROPRIAÇÃO — LEGISLAÇÃO VIGENTE

Orlando Giraldi Vanin (*)

Ney Sá (*)

I — Propriedade: a) Conceito; b) Evolução e Limitações.

II — Direito brasileiro:

a) Posição constitucional;

b) Posição da legislação ordinária.

III — Considerações finais.

I — Propriedade

a) — Conceito

Não se poderia falar na figura da desapropriação — forma de perder a propriedade (ut art. 590 CC) — sem, pelo menos, uma referência à propriedade, que, segundo magistério tradicional, é a possibilidade conferida ao indivíduo de exercer sobre a coisa, nos limites da lei, um poder exclusivo, perpétuo, ilimitado e elástico, de acordo com a vontade do titular do direito.

A propriedade, a par disso e antes de tudo, é um fato que preexistiu aos ordenamentos legais, e se perde na noite dos tempos a problemática do seu aparecimento, tal como é conhecida hoje.

A lei, cuja razão de ser é a harmonia social, estabelece condições de exercício e uso da propriedade, dando-lhe, através desse ordenamento, o conveniente colorido para que passe a fato jurígeno e melhor responda as suas finalidades.

(*) Consultor-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

(**) Consultor Jurídico do quadro da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

Oferece — como apresentou em todos os tempos — a propriedade as conotações mais variadas para efeitos de sua valoração, e. g.: econômicas, jurídicas, morais, ao lado de outras que se tornaria fastidioso enumerar.

Com efeito, correspondendo a uma vigorosa força social, tem facetas multicores no seu relacionamento — interno externo e final — de servir ao homem isoladamente e no seu grupo, proporcionando-lhe meios e condições exigidos pela própria natureza ou contingência de quem serve.

b) — Evolução e limitações

Ao que tudo indica e segundo o registro incontestado dos autores, a propriedade sempre esteve vinculada aos costumes e reflexos dos povos a que se destinava a servir e, assim, no início da civilização, não tinha caráter personalista, eis que coletiva porque correspondia à organização desses povos. Sofreu, no decorrer dos tempos, transformações até chegar ao princípio da propriedade individual. Parece, igualmente, indiscutível que o homem dos primeiros tempos, visto só ou no conjunto grupal, não tinha maior preocupação com o domínio das coisas, antes se contentava apenas com o uso. Daí porque as ocupava agora para a seguir abandoná-las.

A partir, todavia, do momento em que tomou consciência da necessidade de melhor organização e das vantagens da fixação, passou a cogitar da indispensabilidade da propriedade como fator até de afirmação pessoal e expressão de grandeza nacional e, gradativamente, foi evoluindo no seu conjunto legislativo, tendo presente o momento histórico para emprestar-lhe esse cunho individualista de que se reveste, mais exacerbado em algumas legislações ou mitigado em outras; todas, porém, com maior ou menor intensidade, procuram acentuar o caráter social da propriedade, subordinando seu uso individual aos interesses sociais e ao bem-comum.

Autores há que anotam estar nessa conformidade com o grupo social a verdadeira manifestação individualista da propriedade.

“O verdadeiro individualismo é o que não sacrifica a sociedade ao interesse da pessoa ou do grupo, mas faz da sociedade e dos bens meios para atender ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, no plano material e espiritual. A evolução da propriedade e as suas no-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 161-190, 1972

vas dimensões são elementos que apresentam uma importante contribuição para alcançar tal desideratum que é uma imposição para a salvaguarda da nossa cultura ocidental e cristã, em cujo espírito tem vivido e há de viver sempre o nosso direito. (ARNOLDO WALD, in “Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro”, pág. 123).

O conceito de propriedade está, no direito das coisas, assim como JOSSERAND colocou a responsabilidade, no direito das obrigações.

É a propriedade, na palavra de SCUTO, a pedra angular do direito das coisas, constituindo-se no direito real por excelência, do qual os outros são mero desdobramento.

Os juristas clássicos, como já se viu, a definem como a possibilidade de exercer um poder sobre uma coisa, de acordo com a vontade do titular, respeitada a lei e o direito de terceiros. Tal definição já se encontra em POTHIER e dela não diverge a conceituação de WINDSCHEID, segundo a qual a propriedade se constitui no direito pelo qual o proprietário pode impor a sua vontade em relação a um determinado bem, em todos os seus aspectos.

Essa conceituação da propriedade, que, aliás, nos vem de tempos mais antigos, levou os romanos a prestar-lhe maior respeito que à própria pessoa humana.

No tratamento que a lei romana dispensava ao devedor, por exemplo, constata-se que este ficava addictus ao credor, isto é, era adjudicado ao credor, que podia tê-lo preso e agrilhado em casa até sessenta dias; apesar disso, não perdia o seu patrimônio, reconhecendo-lhe a lei a faculdade de fazer um pacto com o credor a respeito do pagamento da dívida, como explica AULO GELIO, continuando a manter-se com os frutos dos seus bens. Partindo desse fragmento, anota VANDICK LONDRES DA NÓBREGA (“a Lei das XII Tábuas”, 1947, n.º 46), a intangibilidade do patrimônio do condenado, em detrimento de sua própria pessoa, pois, mesmo debaixo de ferros ou de correias — *nervo compendibus* — por não haver pago a dívida, podia viver do que ainda lhe continua a pertencer: *suo vivito*.

Todavia, se a esses extremos se levou a idéia de propriedade, remota, e não menos extremada, é, também, a idéia de limitar esse direito, ditando-se as hipóteses de perda de propriedade, como é o caso da desapropriação, que, segundo a maioria dos autores remonta a tempos muito antigos.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 161-190, 1972

MERLIN aponta a sua origem na Sagrada Escritura (Reper-tório de Jurisprudência).

Na realidade, tanto no direito antigo, como no medievo, são encontradas alguns casos de desapropriação.

Observa, entretanto, PONTES DE MIRANDA em seus "Co-mentários à Constituição de 1967", tomo V, pág. 388, não ser paci-fica a opinião manifestada por alguns autores de ter existido a desapropriação em Roma. PIETRO BONFANTE (Corso di Diritto Romano, II, 230 s.) negou-a; PAUL JÖRS (Römisches Privatrecht, 3.^a ed. 124, nota 2) afirmou-a.

Segundo o mesmo PONTES DE MIRANDA (op. et loc. cit.), a tomada de bens dos súditos, que os dirigentes romanos conse-guiam, não era desapropriação em sentido técnico. Não possuíam eles a noção da liberdade individual que os germanos tinham pa-ra os conter (cf. OTTO VON GIERKE, Johannes Althusius, 2.^a ed., 264; C. F. GRÜNHUDDT, Das Enteignungsrecht, 33).

Com o surgimento, porém, da exigência da justa causa, sur-preende-se o primeiro marco da moderna desapropriação.

O mesmo PONTES DE MIRANDA reproduz a lição de JA-SÃO DE MAINO a respeito da L. 3, D., "de Officio praetorium", 1,14, onde, exprimindo a opinião comum, dizia:

"Princeps ex causa potest res alterius privati auferre, sed non sine causa. Et iusta causa dicitur quoniam fit propter publicam utilitatem. Quando princeps aufert res privatorum propter publicam utilitatem tenetur pretium solvere".

Os Glosadores, porém, entendiam que a desapropriação po-dia ser efetuada sem justa causa e sem indenização, ao inverso do que sustentaram os post-glosadores, segundo os quais a proprie-dade era um jus gentium que o soberano não podia suprimir ou restituir sem causa justificada.

BARTOLO, embora admitindo que a desapropriação não se constitui em um direito ilimitado porquanto necessita de uma causa, entende que esta pode ser a publica utilitas, ou qualquer outro motivo razoável. Tal direito, segundo ele, decorre da pleni-tude potestatis do soberano, mas exige compensação ao expro-priado.

No fim do século XVI — anota ILDEFONSO MASCARA-NHAS DA SILVA ("Desapropriação por Utilidade Social", in Rev. Admin., 82/1) — começou a prevalecer a doutrina de que não existiam direitos reservados ao monarca e que este só podia de-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 161-190, 1972

sapropriar ex legitima et justa causa, e mediante indenização. Assim se vê, por exemplo, em GROTIUS, na sua famosa obra "Jus Gentium", publicada em 1.625, e através da qual se difundi-ram essas idéias.

Parece boje, fora de dúvida, que foi a Declaração dos Direi-tos do Homem, de 1798, que se tornou ponto de partida de todas as extremadas discussões sobre o direito de propriedade e seus limites, tanto no século passado quanto no atual.

No art. 17 dizia o famoso texto francês:

"La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité."

Conquanto já houvessem, então, sido abolidas as fórmulas mais gravosas da propriedade superposta, que compreendia o do-mínio eminente do Estado, o domínio direto do senhor e o domí-nio útil do vassalo, criada pelo direito medieval, um novo concei-to surgiu com a Declaração dos Direitos do Homem, ao se extin-guirem os privilégios de natureza política e social, dos quais até então eram titulares os senhores feudais, donos da terra.

Na expressão de JHERING, volta o mundo a ser dominado, pela terceira vez, pelo direito romano.

O direito de propriedade deixou, assim, de pertencer à esfe-ra do direito público e passou à do direito privado. (M. PICARD, Traité Pratique de Droit Civil Français, por M. PLANIOL e G. RIPERT, 1926, Tomo III, pág. 7 apud CARLOS MEDEIROS SIL-VA, "Propriedade e Bem-Estar Social", in Rev. Dir. Adm., vo-lume 75/2).

O Código Civil Francês, editado logo depois, definia em seu artigo 544: — "La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu' on n'en fasse pas un usage prohibé par le lois et les règlements".

Foi, assim, definida a propriedade como direito inviolável e sagrado, e o Código de Napoleão conceituou o domínio em termos tão amplos que constituem verdadeiro pleonismo: tanto o men-cionado artigo 544 do Código Civil Francês como o artigo 436 do Código Italiano de 1865 afirmam ser a propriedade o direito de gozar e de dispor da coisa da maneira mais absoluta, olvidando que o absoluto não precisa de superlativo. Esta afirmação, porém, revela a preocupação do legislador no tocante à intangibilidade do direito do proprietário.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 161-190, 1972

Todavia, o século XIX, especialmente na sua segunda metade, abandonou o individualismo ferrenho da Revolução Francesa, ensejando um movimento jurídico solidarista, cuja existência é pressentida nos estudos de CIMBALE e POLACCO.

Em oposição à tese radical e materialista emitida por MARX no seu "Manifesto" (1848), Leão XIII proclamou na "Rerum Novarum" (15.5.1891) que a propriedade particular é conforme a natureza, fruto do trabalho humano e baseia-se na essência da vida doméstica. O homem não pode sobreviver, constituir família, ter segurança, se não for autorizado a adquirir bens e possuí-los. O primeiro fundamento a estabelecer para todos aqueles que querem verdadeiramente o bem do povo é a inviolabilidade da propriedade particular, advertia o famoso Pontífice.

Ainda nesse século, AUGUSTO COMTE ensina que a propriedade, mesmo que privada, tem uma função social, e tal ensinamento é que inspira muitas soluções práticas que as posições radicais do Código de Napoleão e do Manifesto de Marx não autorizariam.

A necessidade pública, assim, constituiu-se, frente ao direito moderno, na primeira restrição imposta ao direito de propriedade, desde que legalmente constatada como afirmava a Declaração dos Direitos do Homem, sob a condição da justa e prévia indenização.

Desde então se reconhece ao Estado o direito de desapropriar sob a condição de que o faça no interesse da coletividade e em respeito ao princípio consagrado da propriedade privada, indenizando com justeza e previamente.

Esse, em largos traços, o quadro que deve inspirar o direito de propriedade.

II — Direito Brasileiro

a) — Posição Constitucional

No Brasil, as limitações do direito de propriedade evoluíram de acordo com as disposições insertas nos seus diversos textos constitucionais.

As Bases da Constituição Política da Monarquia Portuguesa, decretada em 1821, para vigorar a título provisório também no Brasil, reproduziram a fórmula francesa, considerando a propriedade como bem sagrado e inviolável que, somente ante a necessidade pública, poderia ceder.

A Constituição do Império, de 1824, outorgada por D Pedro I, estatuiu: — "É garantido o direito de propriedade em toda a sua

plenitude. Se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e o emprego da propriedade do cidadão, seja ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção e dará as regras para se determinar a indenização". (art. 179, 22) (grifei).

A primeira Constituição Republicana, de 1891, estatuiu: — "O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia" (art. 72, § 17).

Estatuiu, contudo, o mesmo dispositivo a possibilidade de a lei criar limitações a esse direito quando ressaltava que, embora pertencessem as minas ao proprietário do solo, a sua exploração poderia ser confiada a terceiros. Do mesmo modo, os §§ 25, 26 e 27, reconhecendo o direito de propriedade dos inventos industriais, das marcas de fábricas e das obras literárias e artísticas, admitiam restrições ao exercício de tal direito.

A Constituição de 1934, tomando exemplo na Constituição de Weimar de 1919, continha capítulo especial dedicado à ordem econômica e social e, em seu art. 113, 17, afirmava: — "É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar.

A desapropriação por necessidade ou utilidade pública, far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressaltado o direito a indenização ulterior" (grifei).

Aí, pela primeira vez, se utiliza o legislador constituinte, no Brasil, da expressão interesse social, a significar que não é mais o interesse restrito do Estado, como órgão dos serviços públicos, ou responsável pela segurança, que pode dar motivo à perda da propriedade. São os interesses sociais ou coletivos que se elevam como obstáculo ao limite do direito de propriedade.

A Carta Política de 1937, art. 122, 14, reconhece "... o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício" (grifei).

O art. 135 dessa Carta, porém, declarou que a riqueza e a prosperidade nacional deveriam fundar-se na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, esclarecendo, também, que "a intervenção do Estado no domínio econômico só se

legítima para suprir as deficiências da iniciativa individual e co-ordenar os fatores da produção de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação representados pelo Estado”.

A Constituição de 1946, com referência à garantia da propriedade, no art. 141, § 16, reedita a exigência da prévia indenização, justa e em dinheiro, na hipótese de desapropriação. Traz, todavia, no dispositivo invocado, uma novidade quando, além da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, soma mais um caso “por interesse social.”

No capítulo da ordem econômica e social também introduz algumas inovações.

A ordem econômica, segundo o art. 145, deve ser organizada conforme os princípios de justiça social, conciliando a liberdade individual com a valorização do trabalho humano. O intervencionismo econômico foi reconhecido, bem como a instituição de monopólios, com base no interesse público e tendo por limites os direitos fundamentais (art. 146). Declara-se a repressão ao abuso do poder econômico no art. 148. Editam-se, nos arts. 153, 155 e 160, medidas de restrição ao uso e aquisição da propriedade, com base na nacionalidade dos cidadãos.

Mas a grande inovação realmente introduzida pela Carta Constitucional de 1946, no que respeita ao princípio garantidor da propriedade privada, é, sem qualquer dúvida, aquela que objetiva permitir a desapropriação para o fim de atender ao interesse social, como já se disse. Para isso, inspirou-se o legislador constituinte de 1946 no moderno conceito de propriedade, que condiciona o seu uso ao bem-estar social, na expressão do art. 147 da mesma Carta.

Tal inovação se deve à emenda do Senador FERREIRA DE SOUZA, como registra CARLOS MAXIMILIANO (“Comentários à Constituição Brasileira,” vol. III, págs. 102/103), “para admitir a expropriação das propriedades inúteis, das que poderiam ser cultivadas e não o são, daquelas cujo domínio absoluto chega a representar um acinte aos outros homens”.

Na justificativa de tal emenda afirma o Senador FERREIRA DE SOUZA que “deve ser possível ao Estado, em casos especiais, desapropriá-la, a fim de tornar a propriedade uma utilidade, uma riqueza social, seja porque vá dividi-la entre os que pretendem cultivá-la, seja para outro fim de ordem coletiva” (grifei).

Todavia, a desapropriação por interesse social, tal como se continha no art. 141, § 16, mesmo considerada como instrumento

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 161-190, 1972

de reformas visando à alteração na estrutura social, estava condicionada à prévia e justa indenização em dinheiro.

CARLOS MEDEIROS SILVA esclarece:

“Havendo participado da elaboração do ante projeto, que se transformou no Decreto-Lei n.º 3.365, de 21.6.1941, que regula a desapropriação por utilidade pública, bem como da feitura do texto que, submetido à consideração do Congresso Nacional, oficialmente, em 1953, se converteu na recente Lei n.º 4.132, de ... 10.9.1962, não me excuso de prestar sobre a matéria o meu despretencioso depoimento, cujo mérito os exegetas avaliarão soberanamente” (Propriedade e Bem-Estar Social, in Rev. Dir. Adm., vol. 75, págs. 1 a 22).

“Como ficou expresso na exposição de motivos e no art. 1.º do ante projeto, reproduzido textualmente na lei vigente, a desapropriação por interesse social visa às duas finalidades previstas no art. 147 da Constituição: — promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social. A caracterização do instituto se fazia mister por se tratar de uma inovação, sem raízes no direito positivo e concebida, em termos programáticos, pelo legislador constituinte ... O propósito do anteprojeto foi o de fixar um ponto capital, que deveria resultar explícito. De fato, enquanto que nas fórmulas tradicionais de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública, o bem deve ser incorporado ao patrimônio público, assegurada a retrocessão, em favor do proprietário quando não realizada aquela finalidade, no caso de desapropriação por interesse social é para alienar, ou locar, o bem expropriado, a terceiro, que ela se pratica”. (op. et loc. cit.)

Tal anteprojeto fora elaborado por uma comissão composta por CARLOS MEDEIROS SILVA, MIGUEL SEABRA FAGUNDES e THEODORO ARTHOU, anteprojeto esse que, aprovado pelo Chefe do Executivo e por ele enviado ao Congresso, veio a constituir o projeto de lei n.º 3.406, de 1953, da Câmara dos Deputados (Diário do Congresso Nacional, de 29 de julho de 1953, pág. 7.121). Para organizar o projeto, a comissão de juristas consultou todas as proposições que haviam sido apresentadas ao Congresso e os trabalhos da Comissão Nacional de Política Agrária.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 161-190, 1972

Na sua tramitação pelos órgãos técnicos da Câmara Federal, o projeto n.º 3.406/53 sofreu várias modificações, decorrentes de emendas oferecidas no seio das comissões e em plenário, salientando-se o substitutivo do Deputado NESTOR DUARTE que, acolhido pela Comissão de Constituição e Justiça, serviu de base para a segunda discussão, prejudicada a redação primitiva. O texto original do projeto foi reconstituído em boa parte, por obra das emendas apresentadas em segunda discussão, brilhantemente sustentadas em plenário pelo Deputado DANIEL FARACO.

Aprovada pela Câmara a redação final, foi o projeto enviado ao Senado, onde tomou o n.º 206, de 1957 (Diário do Congresso Nacional, de 12 de setembro de 1957, pág. 2.255), tendo recebido Parecer do Senador CUNHA MELO, Relator da matéria na Comissão de Constituição e Justiça.

O texto definitivo, que se transformou na Lei n.º 4.132, de 10 de setembro de 1962, trouxe grandes modificações na redação do anteprojeto, como mostra minuciosamente CARLOS MEDEIROS SILVA em seu já referido trabalho publicado na Revista de Direito Administrativo, n.º 75.

Entretanto, a alteração da redação não prejudicou o entendimento da diferença entre a desapropriação por necessidade ou utilidade pública (em que o Estado incorpora os bens expropriados ao seu domínio) e a desapropriação por interesse social (em que os bens expropriados são entregues a terceiros), como decorre do texto do art. 4.º, segundo o qual "os bens desapropriados serão objeto de venda ou locação, a quem estiver em condições de dar-lhes a destinação social prevista."

Mas, como o mesmo antigo Procurador-Geral da República assinalou em outro trabalho ("Aspectos Constitucionais e legais da Reforma Agrária", conferência pronunciada no Conselho Técnico da Confederação Nacional do Comércio, publicada na Carta Mensal n.º 99, de junho de 1963, desse órgão): "Frustrados os objetivos primordiais da nova figura da desapropriação, exceto quanto à possibilidade de revenda e locação, começou a generalizar-se a convicção de que somente Emenda Constitucional ensinaria uma reforma agrária de maior alcance, através da ampliação do conceito da desapropriação por interesse, expressamente admitidas restrições quanto à fixação e forma de pagamento do preço da indenização". (grifei)

Nesse sentido, vários projetos foram elaborados.

O primeiro foi redigido pela Comissão Especial instituída pelo Ministro da Justiça, em 1956, integrada dos juristas ANTÔNIO

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 161-190, 1972

NIO GONÇALVES DE OLIVEIRA, CARLOS MEDFIROS SILVA, FRANCISCO BROCHADO DA ROCHA, SAN TIAGO DANTAS e HERMES LIMA, este último relator, a qual sugeriu a seguinte emenda, dando nova redação ao art. 147 da Constituição:

"O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A União poderá promover a justa distribuição da propriedade e o seu melhor aproveitamento, mediante desapropriação por interesse social, segundo os critérios e a forma de indenização que a lei estabelecer."

Vale reproduzir a íntegra da justificação que espelha o espírito que inspirou a reforma, que, a final, veio a se concretizar através da Emenda Constitucional n.º 10.

É o seguinte o texto:

"O princípio da desapropriação por interesse social foi introduzido na Constituição de 1946 por iniciativa do então Senador Ferreira de Souza e, como figura nova do instituto, destinava-se a atender às exigências do desenvolvimento coletivo no que respeita à utilização da propriedade em benefício de maior número, toda vez que um problema dessa natureza aparecesse e reclamasse solução.

O eminente constituinte Ferreira de Souza justificou amplamente sua proposta. Dizia ele: "Na sociedade puramente individualista, que compreende a propriedade como um direito absoluto, admite-se a propriedade dos bens que não produzem e recebem valorização do próprio Estado ou do trabalho coletivo. Evidentemente, essa propriedade improdutora, que o proprietário não explora no sentido de transformá-la numa utilidade geral criando riqueza para a coletividade, é um peso para a sociedade. O proprietário tem, em seu favor, toda a proteção da lei e da autoridade, recebe-as como consequências do enriquecimento resultante do trabalho geral e da própria ação do Estado e nada lhe dá em virtude desse mesmo direito.

Deve ser possível em casos especiais desapropriá-la, a fim de tornar a propriedade uma utilidade, uma riqueza social, seja porque vá dividi-la entre os que pretendem cultivá-la, seja para outro fim de ordem coletiva."

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 161-190, 1972

"A expressão desapropriação por interesse social sempre foi entendida como instrumento de reforma visando a alterações na estrutura social, sobretudo quando esta apresenta aspectos típicos de atraso econômico, como acontece em nosso país.

Desse modo, o Professor Waldemar Ferreira identificou na desapropriação por interesse social um "meio hábil de combate ao latifúndio". O Deputado Prado Kelly, afirmando que essa figura da desapropriação é fruto da noção da propriedade como função social, caracterizou-a como o instrumento capaz de ensejar a reforma agrária ou quaisquer outras destinadas à justa distribuição da riqueza com igual oportunidade para todos. Pedro Calmom divisou na desapropriação por interesse social um instrumento da justiça distributiva. Trata-se, pois de princípio de maior alcance, atribuído ao legislador ordinário para que ele realize a reforma de nossa estrutura econômica, evitando os abalos das transformações bruscas ou violentas. No fundo há nítida expressão de confiança no poder da inteligência como força controladora do progresso social dentro da disciplina da lei.

O sentimento relativo ao atraso da estrutura agrária, levou quantos se têm pronunciado sobre a figura da desapropriação por interesse social a nela verem, especialmente, um recurso oportuno para se elevarem as condições de vida, e os níveis de produtividade do nosso meio rural.

Não foi por acaso que a Constituição falou em promover a justa distribuição da propriedade. Na Constituição de 1946, provavelmente de modo muito mais intenso do que em qualquer das anteriores, debateu-se muito o atraso da estrutura agrária brasileira — atraso social e técnico. O art. 147 da Constituição atual reflete a preocupação do legislador constituinte de então acerca desse grave problema, cuja solução é fundamental para a reorganização da sociedade brasileira em bases mais favoráveis ao rendimento de seu trabalho social produtivo.

Elevar o nível de produtividade agrícola e colocar o homem rural em condições de vida que o transformem num produtor e num consumidor mais ativo — são passos indispensáveis a que a economia brasileira alcance

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 161-190, 1972

o desenvolvimento de uma economia capitalista adulta. A verdade é que nem sequer ocorreu ainda em nosso país, sobretudo no setor agrário, a revolução capitalista nos seus modernos termos de produtividade e consumo. Visa a emenda a retirar da restrição geral do § 16 do art. 141 a desapropriação por interesse social, ou seja, a desapropriação para promover a justa distribuição da propriedade. Neste caso, é mister assegurar ao legislador duas faculdades: primeiro, a faculdade de traçar critérios compatíveis com a natureza da operação legislativa e social, que terá de incidir sobre áreas de natureza física, densidade humana e valor venal diferentes num país de tantos contrastes como o nosso; segundo, a faculdade de lançar mão de outras modalidades de indenização que não somente daquela em dinheiro a ser satisfeita, em sua totalidade, de uma só vez.

Essas faculdades justificam-se porque a desapropriação por interesse social é instrumento de reforma básica da sociedade. Assim, foi acolhida no texto da Constituição e assim é entendida pelos intérpretes e comentadores. Ela é recurso de que só extraordinariamente lançará mão o Estado, ao passo que a desapropriação por necessidade ou utilidade pública é recurso ordinário da Administração para atendimento de necessidades correntes de seus serviços.

Exprimindo o caráter nacional da política de justa distribuição da propriedade, o recurso à desapropriação por interesse social ficou exclusivamente reservado à União. Essa política possui, sem dúvida, seus aspectos regionais. Todavia, ela terá necessariamente de coordenar-se num plano geral que à União caberá executar através das etapas e modalidades aconselhadas pela experiência.

Colocar a desapropriação por interesse social na dependência de indenização prévia e em dinheiro é tornar suscetível de adiantamentos indefinidos medidas de prementes oportunidades.

Ocasionarão esse adiamento as grandes somas que, em dinheiro de contado e de uma só vez, terão de ser despendidas para a desapropriação de áreas e patrimônios que podem subir a centenas de milhões de cruzeiros e mesmo a bilhões.

Ao Estado, pelo texto atual, não se concebe sequer a

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 161-190, 1972

prática usual, reconhecida aos devedores de importantes quantias, de satisfazerem seu débito dentro de um período de tempo mais ou menos longo. À iniciativa do Estado em favor de mudanças estruturais, reclamadas pelo próprio desenvolvimento capitalista de nossa economia, não se assegura nenhuma condição hábil de realização.

Pelo contrário. A exigência da indenização prévia e em dinheiro tranca a porta às possibilidades de reformas que, entretanto, não poderão deixar de vir. A questão é saber quem as trará: se a lei, se a revolução.

A flexibilidade do texto proposto comporta soluções diferentes para situações diversas, o que parece de todo aconselhável em se tratando de desapropriação que aqui poderá abranger áreas e serviços extensos e importantes, ali áreas e serviços menos extensos e menos importantes, permitindo, desse modo, que a forma de indenização varie — ora em dinheiro, ora em título da dívida pública, ora em prazos mais longos, ora em prazos mais curtos.

A Comissão espera que a sugestão oferecida, na forma da presente Emenda, coloque o problema da desapropriação por interesse social em termos propícios a uma solução verdadeiramente compatível com os imperativos do desenvolvimento brasileiro.

Rio de Janeiro, 23 de junho de 1956." in Rev. Dir. Adm., 46/57 a 60)

Muitos outros projetos foram elaborados, surgindo, finalmente, a Emenda Constitucional n.º 10, oriunda de mensagem do Poder Executivo, de 1964, que teve a pronta aprovação do Congresso Nacional.

Nos termos dos arts. 4.º e 5.º dessa Emenda, o § 16 do art. 141 da Constituição de 1946 passou a ter a seguinte redação:

"§ 16 — É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, com a exceção prevista no § 1.º do art. 147. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competen-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 161-190, 1972

tes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior."

O art. 147, que estabelecia: "o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos", teve acrescidos os seguintes parágrafos:

"§ 1.º — Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, segundo índices fixados pelo Conselho Nacional de Economia, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinqüenta por cento do Imposto Territorial Rural e como pagamento do preço de terras públicas."

"§ 2.º — A lei disporá sobre o volume anual ou periódico das emissões, bem como sobre as características dos títulos, a taxa dos juros, o prazo e as condições de resgate."

"§ 3.º — A desapropriação de que trata o § 1.º é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaído sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o disposto neste artigo, conforme for definido em lei."

"§ 4.º — A indenização em títulos somente se fará quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro."

"§ 5.º — Os planos que envolvem desapropriação para fins de reforma agrária serão aprovados por decreto do Poder Executivo, e sua execução será da competência de órgãos colegiados, constituídos por brasileiros de notável saber e idoneidade, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal."

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 161-190, 1972

“§ 6.º — Nos casos de desapropriação, na forma do § 1.º do presente artigo, os proprietários ficarão isentos dos impostos federais, estaduais e municipais que incidam sobre a transferência da propriedade desapropriada.”

Nessa situação foi apanhada a legislação referente à desapropriação por interesse social pela Carta Constitucional de 1967. Esta, no seu art. 150, § 22, reproduziu o texto constitucional de 1946 contido no § 16 do art. 141, reportando-se ao seu art. 157, VI, parágrafo primeiro.

O art. 157 do novo texto, substituindo a expressão “bem-estar social” por “justiça social”, explícita, em seis incisos, os princípios segundo os quais se realizará a aludida justiça social. Os parágrafos 1.º ao 6.º desse dispositivo nenhuma alteração de monta trouxeram à redação que a Emenda Constitucional n.º 10, de 1964, havia dado aos parágrafos que acrescentou ao art. 147 da Constituição de 1946, salvo no sublinhar que a desapropriação para qualquer dos fins referidos no artigo só à União competiria.

Diz o parágrafo primeiro que “para os fins previstos neste artigo a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural...”, reprisando, no parágrafo terceiro, o mandamento de que “a desapropriação de que trata o parágrafo primeiro é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias...”

A Emenda Constitucional de 1969, aperfeiçoando os dispositivos em causa, mercê de uma melhor técnica legislativa, dispõe:

“É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em títulos da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.” (art. 153, § 22)

Já sob a Constituição de 1946, CARLOS MEDEIROS SILVA, em Parecer emitido quando Consultor-Geral da República, afirmava:

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 161-190, 1972

Para que o Executivo decrete uma desapropriação, seja por necessidade ou utilidade públicas, ou por interesse social, é necessário que uma lei ordinária haja, anteriormente, definido e indicado os limites em que aquelas ocorrem. A desapropriação por interesse social, para ser usada pelos agentes do Poder Executivo, requer lei definindo os casos em que ela ocorre, porque ela envolve a perda da propriedade em caráter definitivo” (Arquivos do Ministério da Justiça, n.º 46, junho de 1953, págs. 30 a 36).

Tal ponto de vista, negando ao mandamento constitucional a condição de “self-executing”, foi vitorioso, tendo, como consequência, surgido a Lei n.º 4.132, de 10 de setembro de 1962, definindo os casos de desapropriação por interesse social. A regulamentação da desapropriação por necessidade ou utilidade pública já havia sido feita através do Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941.

Hoje como se lê no texto constitucional, “A desapropriação de que trata este artigo (art. 161) é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o acima disposto, conforme for estabelecido em lei”.

De outra parte, o parágrafo 4.º do mesmo artigo 161 assegura ao Presidente da República, privativamente, a decretação das zonas prioritárias para a desapropriação por interesse social.

Verifica-se daí, sem qualquer esforço de interpretação, que tanto sob o regime de 1946, como no atual, não se pensou nunca em desapropriação por interesse social de forma desvinculada de um plano geral, único e global constituindo-se os dispositivos constitucionais em instrumentos ao alcance do Poder Executivo Federal para expropriar em benefício do bem-estar social, ou da justiça social, como disse o texto constitucional de 1967.

A desapropriação por interesse social não é, apenas, uma nova causa de expropriação a se somar aos conceitos clássicos da necessidade ou da utilidade pública. Os trabalhos parlamentares, os estudos procedidos por juristas, os comentários dos doutrinadores estão a evidenciar que a desapropriação por interesse social só guarda semelhança com o instituto expropriatório tradicional no que respeita com o seu resultado imediato, isto é, em se constituírem, tanto a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, como a por interesse social, num meio de perda da propriedade privada.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 161-190, 1972

Depois disso, em tudo e por tudo, esses institutos se diferenciam. São distintos os meios de indenização, são absolutamente diversos os objetivos visados.

CARLOS MEDEIROS SILVA, aqui já tantas vezes citado, comentando a Constituição de 1946, já advertia:

“Admitir que a inovação visa apenas a ampliar os casos de desapropriação é conclusão que não se ajusta às finalidades constitucionais. É que os casos de desapropriação por necessidade e por utilidade públicas foram sempre enumerados na lei ordinária, havendo acordo quanto à sua crescente ampliação. O objetivo da Constituição foi evidentemente o de configurar uma nova causa de expropriação, cuja efetivação não deverá ficar adstrita aos mesmos critérios que inspiraram as modalidades anteriormente conhecidas” (Revista de Direito Administrativo, vol. 29, pág. 12).

Não se esqueça, ademais, a admoestação que se fazia na justificação do projeto de Emenda Constitucional em que se pretendia introduzir alteração no art. 147 da Constituição de 1946, para o fim de se poder dar aplicação prática ao instituto da desapropriação por interesse social. Diziam os ilustres juristas, signatários de tal documento, acima transcrito na íntegra, ao justificar as duas principais faculdades que se deveriam assegurar ao legislador, isto é, a faculdade de traçar critérios compatíveis com a natureza da operação legislativa e social, a incidir sobre áreas de natureza física, densidade humana e valor venal diferentes em nosso país, e a faculdade de lançar mão de outras modalidades de indenização, diversas das que se continham no mandamento constitucional:

“Essas faculdades — diziam eles — justificam-se porque a desapropriação por interesse social é instrumento de reforma básica da sociedade. Assim foi acolhida no texto da Constituição e assim é entendida pelos intérpretes e comentadores. Ela é recurso de que só extraordinariamente lançará mão o Estado, ao passo que a desapropriação por necessidade ou utilidade públicas é recurso ordinário da Administração para atendimento de necessidades ocorrentes de seus serviços.”

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 161-190, 1972

E continua o mesmo depoimento:

“Expressando o caráter nacional da política de justa distribuição da propriedade, o recurso à desapropriação por interesse social ficou exclusivamente reservado à União. Essa política possui, sem dúvida, seus aspectos regionais. Todavia, ela terá necessariamente de coordenar-se num plano geral que à União caberá executar através das etapas e modalidades aconselhadas pela experiência.”

A matéria já tem sido submetida ao crivo do judiciário, tendo este, sob o império da Constituição de 1946, se mostrado vacilante, reconhecendo, vez que outra, competência aos Estados e aos Municípios para decretarem a desapropriação por interesse social, como é exemplo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Mandado de Segurança n.º 497 (Tribunal Pleno), onde se afirmava que o “art. 147 da Constituição Federal (1946) não distingue as pessoas de direito público que podem promover a desapropriação para redistribuir a propriedade, como não distingue as que podem expropriar por qualquer dos motivos previstos no art. 141, § 16.” (Revista Jurídica, 69/199).

Tal acórdão foi confirmado pela 3.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no recurso de Mandado de Segurança que tomou o n.º 14.458, Relator o Ministro HERMES LIMA, como se vê da Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 40, pág. 98 e segs., sendo interessante notar que um dos componentes da Turma era o Ministro CARLOS MEDEIROS SILVA.

Esse aresto, datado de 21 de junho de 1966, tem a seguinte ementa:

“Desapropriação de uma área de terras no município de Rio Grande, por interesse social. Preliminares improcedentes. O Decreto n.º 14.602, de 26.12.62, ratificador da declaração de utilidade pública para fins de desapropriação por interesse social, configura ato administrativo autônomo. Reproduziu integralmente o conteúdo do decreto que o precedeu. Procedência dos fundamentos invocados no decreto expropriatório. Competência do Estado para desapropriar por interesse social. Recurso não provido.”

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 161-190, 1972

Vale anotar, porém, que essa mesma Turma do Supremo Tribunal Federal, em acórdão proferido em 17 de junho de 1968, no Recurso de Mandado de Segurança n.º 14.656, procedente, como o primeiro, do Estado do Rio Grande do Sul, modificou o entendimento anterior, sendo seu Presidente e Relator o Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA. Diz a ementa desse aresto:

“Desapropriação por interesse social dependia de lei federal (E. C. 10). Atos inconstitucionais do Governador, por falta de competência estadual, mesmo na vigência da Constituição de 1946.”

(Rev. Trim. Jur., vol. 46/287).

Desse acórdão vale destacar as seguintes palavras colhidas no voto do Relator:

“A desapropriação por interesse social dependia de lei federal, dando competência à União. De resto, fez-se, posteriormente, alteração da Constituição de 1946, para reconhecer somente à União tal competência (E. C. 10).”

Na vigência da Carta de 1946, somente a União, com lei ordinária, Lei n.º 4.132, de 1962, poderia efetuar tais expropriações. Esta lei era necessária, conforme o Parecer de Carlos Medeiros Silva (Pareceres do Consultor-Geral da República, IV, p. 31 e segs.).

A Comissão nomeada pelo Ministro da Justiça, em 1956, para apresentar sugestões para a reforma constitucional, era constituída dos Professores Hermes Lima, Santiago Dantas, Brochado da Rocha, Dr. Carlos Medeiros Silva e por mim, então Consultor-Geral da República, tratou de tal desapropriação. Formulou anteprojeto a respeito, suprimindo, em demasia, (digo-o hoje, após lastimáveis experiências posteriores) garantias constitucionais, mas não dispensava a lei ordinária federal, a respeito, como assinalou o Relator do acórdão no MS 446, ilustre Desembargador Lourenço Mario Prunes, em notável declaração de voto.

Os atos impugnados do Governador eram inconstitucionais, por falta de competência, mesmo na vigência da Carta de 1946. A Lei n.º 4.132 só outorgava tal competência à União.”

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 161-190, 1972

Esse entendimento foi referendado pelo Tribunal Pleno do mesmo Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 22 de agosto de 1968, proferido na representação n.º 718, ao Procurador-Geral da República, sendo representado o Governo do Estado do Rio Grande do Norte.

Tal acórdão, de que foi Relator o Ministro THOMPSON FLORES, tem esta ementa:

“Representação. Declaração da inconstitucionalidade do Decreto n.º 4.527, de 11.10.65, do Estado do Rio Grande do Norte.

Desapropriação por interesse social: Somente a União pode fazê-lo. A lei a que se referia o art. 147 da Constituição de 1946 é a federal.

Procedida pelo Estado e através de decreto, não pode este prevalecer.

Aplicação do art. 147 da C. F. e da Lei Federal n.º 4.132/62, artigos 1.º e 5.º.

Preliminar de conhecimento desprezada; representação provida.”

Desse longo aresto cabe destacar as palavras do Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA:

“Mesmo em face da Constituição de 46, que não tinha esse modo de pagamento, era pacífico o entendimento — e assim o julgamos na Terceira Turma — de que só a União podia desapropriar por interesse social. Os Estados não, porque, em princípio, o que vale é a garantia do direito de propriedade, que está inscrito na Constituição, nos direitos e garantias. Excepcionalmente, os Estados e Municípios podem tomar a propriedade particular para fins de utilidade pública; agora, tomar terras para reforma agrária, só a União o pode. Assim entendeu Lucio Bittencourt, assim entenderam outros, mesmo quando o pagamento era integral. Assim se entendeu quando se quis fazer alteração constitucional e permitir o pagamento mediante títulos.”

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 161-190, 1972

Expressivo é, também, o voto do Ministro THOMPSON FLORES, no qual se lê:

"A tese mereceu discussão em vários mandados de segurança apreciados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando integrava com o eminente Ministro Eloy Rocha aquele eg. Colégio.

Alí já havíamos tomado posição. Tenho que a desapropriação "por interesse social" impunha lei especial, e esta só a União poderia expedir-la.

Razões muitas conspiram para que assim seja.

E se assim era a orientação abraçada tornou-se ela mais positiva após o advento da E. C. 10.

Hoje, nas linhas da Carta de 1967, dúvida não mais existe." (Rev. Trim. Jur., vol. 50, p. 3 a 15).

Esse acórdão, proferido na vigência do texto constitucional de 1967, hoje, sob a redação da Emenda Constitucional de 1969, de n.º 1, não mereceria qualquer reparo.

Com efeito, se forem superpostos os dispositivos constitucionais assecuratórios do Direito de propriedade, editados no Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, se há de constatar a sua coincidência. Senão, vejamos:

A Emenda Constitucional n.º 10 estabeleceu:

"É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, com a exceção prevista no parágrafo primeiro do art. 147..."

Disse a Constituição de 1967:

"É assegurado o direito de propriedade, salvo caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, VI, parágrafo primeiro..."

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 161-190, 1972

Diz o Texto Constitucional vigente:

"É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 161..."

Todos os textos, pois, à regra assecuratória do direito de propriedade opõem, como única exceção, a desapropriação, seja na forma tradicional, seja na modalidade surgida em 1946, por interesse social, sempre, porém, mediante a justa indenização prévia e em dinheiro.

A essa justa e prévia indenização em dinheiro, excepcionando a própria exceção estabelecida para a garantia da propriedade privada, todas as Constituições, desde a Emenda de 1964, opuseram, apenas, o caso especial de desapropriação por interesse social, no que respeita à propriedade rural, cujo pagamento poderá ser feito em títulos da dívida pública, observadas todas as cautelas que o art. 161 e seus parágrafos da Emenda Constitucional de 1969 estabelece, reconhecida tal modalidade apenas à União.

É de se perguntar: se apenas no caso especialíssimo de indenização em títulos da dívida pública a Constituição atual põe em relevo a competência exclusiva da União, quando se tratar de indenização prévia e em dinheiro, se há de reconhecer competência ao Estado e ao município para promover a desapropriação por interesse social?

"De lege ferenda", não temos dúvida em responder afirmativamente.

b) — Legislação ordinária

Como já foi longamente assinalado, o texto constitucional permissivo da desapropriação por interesse social, assim como da expropriação por necessidade ou utilidade pública, é de ordem programática, sem condições de auto-execução.

Inobstante, esse ponto de vista, combatido por PONTES DE MIRANDA desde o tempo da Constituição de 1946, tornou-se vitorioso, quer no plano da administração pública e legislativa, quer no plano judiciário. Em razão disso, tal como ocorreu desde o primeiro momento e ainda hoje se verifica — sempre houve a edição de leis disciplinando a matéria.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 161-190, 1972

Assim, sob a vigência da Carta Política de 1824, a lei de 9 de setembro de 1826, "marca os casos em que terá lugar a desapropriação da propriedade particular, e utilidade pública, e as formalidades que devem preceder à mesma desapropriação."

Mais tarde, o Decreto n.º 353, de 12 de julho de 1845, "designa os casos em que terá lugar a desapropriação por utilidade pública geral, ou municipal da Corte"; o Decreto n.º 641, de 26 de junho de 1852, "autoriza o Governo para conceder a uma ou mais Companhias a construção total ou parcial de um caminho de ferro que, partindo do Município da Corte, vá terminar nos pontos das Províncias de Minas Gerais e São Paulo, que mais convenientes forem"; o Decreto Legislativo n.º 816, de 10 de julho de 1855, "autoriza o Governo a estabelecer o processo para a desapropriação dos prédios e terrenos que forem necessários para a construção das obras e mais serviços pertencentes à Estrada de Ferro de Dom Pedro Segundo, e as outras estradas de ferro do Brasil, e a marcar as regras para a indenização dos proprietários", e o Decreto n.º 1664, de 27 de outubro de 1855, "dá Regulamento para execução do Decreto n.º 816, de 10 de julho do corrente ano, sobre desapropriações para construção de obras e serviços das Estradas de ferro do Brasil."

Sob a inspiração da primeira Carta Política republicana de 1891, outro não foi o procedimento do legislador ordinário, que manteve, por forma expressa, a legislação anterior "com algumas alterações", nos termos do Decreto Legislativo n.º 1021, de 26 de agosto de 1903, que ao lado de outras providências, mandou consolidar a legislação vigente (art. 2.º)

Obediente a esse ordenamento, cuidou o legislador de baixar "O Regulamento de Consolidação e Modificação do processo sobre as desapropriações por necessidade ou utilidade pública" (Decreto n.º 4.956, de 9 de setembro de 1903).

E, sob os auspícios da Carta Constitucional de 1937, edita-se o Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, que ainda vigorava com as sucessivas alterações introduzidas pelo Decreto-lei n.º 4.152, de 6.3.1942; pela Lei n.º 2.786, de 21 de maio de 1956 e pela Lei n.º 4.686, de 21 de junho de 1965, além da Lei n.º 4.593, de 29 de dezembro de 1964, que disciplina a desapropriação para as obras e combate às secas do Nordeste. Finalmente, já sob a Constituição de 1946, a Lei n.º 4.132, de 10 de setembro de 1962, "define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação."

Assim, não sobram, hoje, senão esses dois diplomas legislativos, os quais, considerando-se o momento em que foram edita-

dos ou a filosofia inspiradora do Governo, não bastam para disciplinar a matéria em toda sua extensão, mormente dentro das novas diretrizes que orientam a Administração Pública, na realização de uma política de valorização do homem.

É certo, contudo, que à base desses diplomas é possível construir o direito de desapropriação em conformidade com a tônica que anima o Governo, ou seja, a da solução comunitária solidarista, através de medidas que, longe de negar o direito do indivíduo, constituem, como preleciona ARNOLDO WALD, a verdadeira afirmação, de vez que "o verdadeiro individualismo é o que não sacrifica a sociedade ao interesse da pessoa ou do grupo, mas faz da sociedade e dos bens meios para atender ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, no plano material e espiritual" (op. et loc. cit.), posição igualmente sustentada pelo festejado Ministro JOSÉ NERI DA SILVEIRA, ao proferir seu voto em Sessão do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, realizada em 1.º 4.1971, por ocasião do julgamento da Apelação Cível n.º 26.423 — Guanabara. Discutia-se, na oportunidade, a hipótese de expropriação de bem para doá-lo a entidade privada prestadora de serviço considerado de interesse público, quando sentenciou:

"Os argumentos da Expropriada são insustentáveis. Sobre fulminá-los a lei, os direitos invioláveis da comunidade os repelem.

O direito de propriedade já não possui o sentido que lhe está sendo dado.

Impossível sobrepor o interesse de lucro de uma firma comercial na exploração imobiliária ao interesse prioritário da comunidade no preparo dos deficientes para torná-los válidos, úteis ao meio. Sustenta-se o individualismo decrepito do século XIX que não foi abalado pelo socialismo que se lhe opôs, mas perdeu conteúdo, esvaziou-se, ante o sentido comunitário que se luta por impor à convivência humana hodierna. O espírito de comunidade há de ser prevalente no convívio social. Esse espírito põe todas as relações jurídicas, inclusive as decorrentes do direito de propriedade, com esteios de harmonia social, pelo equilíbrio, lastreado no bem-estar de homem a que visa a norma. Bem-estar do homem, no sentido geral, e não no de preservação do bem-estar de minorias privilegiadas. Foi esse direito da pessoa humana, como comunidade, em geral,

que se confunde com a utilidade pública, que visou a lei e visou o decreto de desapropriação:

“Tirando toda sua força do Estado, o direito está sujeito às restrições exigidas pelo bem comum, pela utilidade geral, indispensáveis para que o Estado possa desempenhar suas funções essenciais” — SOLIDÔNIO LEITE, Desapropriação por Utilidade Pública.

(in Revista da Consultoria-Geral do Estado, vol. 2, n.º 3, págs. 52/53).

Outro, aliás, não é o sentido e o alcance da chamada desapropriação por zona ou área, a que, em realidade, a legislação brasileira nunca esteve alheia, como se pode ver dos textos legais já apontados.

A Lei de 9 de setembro de 1826 contém o germe da desapropriação de que se cogita ao admitir, dentre os casos de utilidade pública, a desapropriação para atender a “comodidade geral” (art. 2.º, 3.º).

O ato legislativo de julho de 1845, definindo como caso de utilidade pública a desapropriação para efeito de fundação de povoações” e, também, para a formação de pastagens (art. 1.º, §§ 2.º, 3.º, 4.º, do Decreto n.º 353) é, sem dúvida, outro passo no sentido do moderno conceito de expropriação por zona.

O Decreto Legislativo n.º 1021, de 26 de agosto de 1903, editado, pois, sob a Constituição de 1891, admite a desapropriação de áreas mais amplas do que as necessárias à obra pública, como decorre do seu art. 2.º, § 5.º:

“§ 5.º — Se a desapropriação tiver por fim a abertura de novas ruas, será facultada ao proprietário, que aceitar a indenização por acordo, a aquisição dos terrenos nas novas vias de comunicação, se os houver disponíveis, fixado pelo respectivo Governo o preço mínimo, independente de concorrência.”

Finalmente, o último diploma legal anterior à legislação vigente define, dentre os casos de utilidade pública, as “obras destinadas à decoração” (Regulamento aprovado pelo Decreto n.º 4956, de 9 de setembro de 1903, art. 3.º, 5.º).

E tem sido exatamente em razão de tais obras que se tem desenvolvido, modernamente, o conceito da desapropriação de áreas contíguas àquela desapropriada para a execução dos serviços pretendidos, áreas essas que se destinam a revenda.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 161-190, 1972

Essa desapropriação — como anota EDUARDO VIANNA MOTTA — “a princípio se justificou como de utilidade pública, a fim de permitir que a obra pública se completasse com edificações suntuosas e modernas, e depois passou a ser encarada, também, como um modo de colheita da mais valia decorrente do melhoramento público.” (Desapropriação por Zona ou para Revenda, in Rev. do Instituto de Direito Público, vol. 1, pág. 99).

Nesse sentido é o art. 4.º da vigente Lei das Desapropriações (Decreto-lei n.º 3.365/41):

“Art. 4.º — A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-la, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda.”

Ainda nesse mesmo diploma legal, o art. 5.º, letra i, considera de utilidade pública:

“Art. 5.º —

i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o loteamento de terrenos edificados ou não para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética.”

dando ao administrador a possibilidade de desapropriar áreas maiores do que as necessárias à obra, para o fim de destiná-las a uma melhor utilização social.

Todavia, a doutrina brasileira não tem sido de molde a encorajar o administrador — daí a timidez do Poder Público em se valer da figura considerada.

SEABRA FAGUNDES, com sua autoridade, em sua obra “Da Desapropriação no Direito Brasileiro”, ed. 1942, págs. 79/80, afirma que o nosso direito positivo só permitiria a desapropriação, além do necessário à obra, dos terrenos supervalorizados pelo serviço público realizado e não em outras circunstâncias. A seu tempo, o insigne PONTES DE MIRANDA entende que nem desapropriação das zonas excessivamente valorizadas cabe, pois, segundo ele, a indenização que o Estado poderia pretender estaria regulada na Constituição, mediante a contribuição de melhoria, instituto de recuperação da mais valia decorrente da obra pública.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 161-190, 1972

Expressa, o autor, esse seu entendimento não só ao comentar a Constituição de 1946, como o repete ao fazê-lo na Constituição de 1967 e respectiva Emenda n.º 1, de 1969, quando consagra que as Constituições brasileiras permitiram e permitem "à União, aos Estados-Membros, ao Distrito Federal e aos Municípios a cobrança da Contribuição de Melhoria. Tem aí a unidade política o caminho para se cobrar do que com as obras públicas valorizou o bem alheio. A desapropriação por valorização provável, com fito de revenda, ou sem ele, ultrapassa os limites conceptuais do art. 153, § 22, 1.ª parte (necessidade pública, utilidade pública, interesse social). É inconciliável com o direito constitucional brasileiro. Quando uma lei diz que a desapropriação abrange a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra, a que se destina e a declaração de desapropriação deve compreendê-la, é perfeitamente acorde com a Constituição. Não, onde permite que se incluam as zonas que se valorizarem extraordinariamente em consequência da realização do serviço..." (Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969, Ed. Rev. Tribs., 2.ª ed., 1971, vol. V, págs. 449/450)

Esse posicionamento dos doutrinadores tem-se feito sentir nos nossos pretórios, onde o magistério tem sido vacilante, ora admitindo ora negando, com manifestos reflexos no comportamento do Administrador.

A orientação contrária ao instituto da desapropriação por zona, data venia e com o devido respeito que merece a opinião dos eminentes publicistas que a advogam, não merece agasalho. O direito positivo brasileiro jamais a recusou peremptoriamente. Ao contrário, as palavras de que se tem valido o legislador são de molde a permitir o entendimento de sua consagração.

Segundo entendemos, EDUARDO VIANNA MOTTA, em seu trabalho, argumenta com grande vantagem sobre os opositores da respectiva idéia, apoiado nos ensinamentos de outros não menos brilhantes publicistas, tais como: JOSÉ GERALDO ATALIBA NOGUEIRA ("Natureza Jurídica da Contribuição de Melhoria", ed. Rev. Trib., 1964); OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO ("A Contribuição de Melhoria e a Autonomia Municipal", publicação da Prefeitura de São Paulo, 1952); J. H. MEIRELLES TEIXEIRA ("Estudos de Direito Administrativo", publicação da Prefeitura de São Paulo, 1949); VICENTE RAO — ("O Direito e a Vida dos Direitos", Ed. Max Limonad, 1958); EURICO SODRÉ ("A Desapropriação", ed. Saraiva, 3.ª edição), ao lado de outros, inclusive com apoio na doutrina estrangeira, que conta com autores categorizados.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 161-190, 1972

Cumpre, destarte, reconhecer e proclamar esse novo sentido e alcance, que nos dias atuais se tem emprestado à propriedade, que não admite mais a preservação de privilégios das minorias em detrimento da coletividade e do bem-estar social.

O proprietário, é certo, pode e deve contar com a proteção da lei e da autoridade, inclusive ver atualizado o preço dos seus bens mediante a aplicação da correção monetária prevista no art. 26, § 2.º do Decreto-lei n.º 3365/41 (parágrafo acrescentado pela Lei n.º 4686, de 21 de junho de 1965), quando se verificarem os pressupostos marcados em lei, nunca, porém, enriquecer à custa do trabalho geral e da ação do Poder Público, sem a correspondente contraprestação.

Sabido é, por outro lado, que são hoje as obras públicas cada vez mais significativas, dando natural valorização às propriedades beneficiadas. Para que não ocorra o locupletamento e para que esses benefícios possam ser gozados por todos, com iguais oportunidades, impõe-se a desapropriação dessas áreas, que deverão servir ao Estado dentro da lei, da ordem e da harmonia social — como instrumento de realização do bem comum e da justa distribuição dessas riquezas.

III — Considerações finais

Nos tempos que correm parece indisfarçável que, graças ao instituto da desapropriação por zona, grandes obras públicas foram possíveis. No Brasil, construiu-se Brasília e Belo Horizonte; saneou-se a baixada fluminense e a várzea do Rio Pinheiros, este em São Paulo; abriu-se a Avenida Getúlio Vargas — isto para não falar na reurbanização da cidade de Buenos Aires, ocorrida em 1912; de importantes obras em Paris e em outros países da Europa. Tais exemplos devem frutificar e para isso se impõe que o legislador pátrio, dando maior abertura à figura da desapropriação, revise a legislação existente, com a formulação de regras que espanquem as dúvidas e, de uma vez por todas, possam afastar a timidez do nosso administrador, definindo-se a expropriação por área não só como uma das possibilidades de a Administração pública se ver indenizada da mais valia senão, principalmente, para abrir a possibilidade de auto-financiamento de tais serviços ou obras, contemplada a hipótese de revender, locar, enfim, melhor aproveitar tais bens. Só assim se estará dando à propriedade o legítimo sentido que ela deve possuir: servir ao indivíduo e à comunidade.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 161-190, 1972

Conclui-se, portanto, pela proposição de que o IV Congresso Nacional de Procuradores de Estado encaminhe aos Poderes da República sugestão, no sentido de que seja revisada a legislação vigente sobre desapropriação para, explicitando-a, ampliá-la nos termos aqui preconizados, consagrada de forma expressa e indubitosa a desapropriação por zona, sempre que obras de porte, quer nas áreas urbanas quer nas rurais, sejam realizadas, com a manutenção para os expropriados da justa indenização e preço atualizado, mediante a correção monetária, nos casos previstos em lei.

De Porto Alegre para Guarapari, em 12 de setembro de 1972.

(*) Tese apresentada ao IV Congresso de Procuradores de Estado, realizado em Guarapari — ES., de 9 a 12 de outubro de 1972.

DA LIVRE CONVENÇÃO DA CORREÇÃO MONETÁRIA NOS CONTRATOS NÃO SUJEITOS ÀS NORMAS DO PLANO NACIONAL DE HABITAÇÃO

Arnoldo Wald (*)

“Inicialmente chocados com a engenhosidade brasileira em coabitar com a inflação, os círculos financeiros mundiais passaram a ver, hoje, com muito mais tolerância, quer o “gradualismo”, quer o artifício da correção monetária. É possível que venhamos, ainda, a exportar know how nessa matéria. Se não estamos em condições de exportar a virtude inatingível, já é algum conforto que tenhamos capacidade de exportar fórmulas para a neutralização do vício inevitável.”

(ROBERTO CAMPOS — Prefácio ao livro de Simonsen, Chacel e Wald, *Correção Monetária*, Apec, Rio, 1970)

“A correção monetária não é um benefício; traduz apenas um ato de honestidade.”

(DJALMA MARINHO — *Parecer*, in *Diário do Congresso Nacional*, de 26 de junho de 1971, Seção II, página 2696)

1. As origens da correção monetária no direito brasileiro se encontram nas cláusulas pactuadas por locadores e locatários no sentido de reajustarem os aluguéis de acordo com o salário mínimo ou o preço de custo de vida, numa época em que a legislação congelava os valores locativos originariamente fixados. Diante dessa prática, que data dos anos de 1950, os tribunais, depois

(*) Advogado no Estado da Guanabara e Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara.

de uma fase de perplexidade e indecisão, acabaram reconhecendo que a liberdade contratual inicialmente reconhecida às partes deveria implicar em liberdade sucessiva, ou seja, que quem podia fixar qualquer preço também deveria poder estabelecer um aluguel progressivo. Muito rapidamente, a jurisprudência se cristalizou no sentido de admitir as cláusulas de escala móvel nas locações, consagrando, assim, na prática, a primeira fórmula de correção monetária convencional, que acabou merecendo o beneplácito do Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica pela Súmula n.º 65, cuja ementa é a seguinte:

“A cláusula de aluguel progressivo anterior à Lei n.º 3.494, de 19 de dezembro de 1958, continua em vigor em caso de prorrogação legal ou convencional da locação.”

2. Posteriormente, ainda foi a prática dos negócios que ensinou a inclusão das primeiras cláusulas de escala móvel nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis e nos contratos de construção.

3. Dois anos antes da Revolução de 1964, o Governo Federal já estabelecia, para as vendas realizadas pelos institutos de previdência social, a obrigatoriedade de inclusão de uma cláusula de reajustamento de acordo com as variações do salário mínimo, como se verifica pela leitura dos Decretos n.ºs 786, 787 e 1.120, todos de 1962, que ensejaram, na área pública, a primeira experiência de institucionalização de um Plano Nacional de Habitação (V. ARNOLDO WALD, *Parecer sobre os Decretos n.ºs 786 e 787*, in *Revista Forense*, vol. 199, pág. 87 e *Revista dos Tribunais*, vol. 322, págs. 64 e seguintes).

4. A determinação, por simples Decreto do Executivo, da inclusão de cláusula de escala móvel nos contratos feitos pelos Institutos de Previdência já comprovou, desde logo, que a inovação não implicava em violar, de qualquer forma, seja a lei de usura, seja as normas que vedavam as cláusulas de pagamento em ouro, valor ouro, divisas estrangeiras e valor divisas, não havendo, no entender do Governo, qualquer espécie de conflito entre a correção monetária e as disposições dos Decretos n.ºs 22.626, de 7 de abril de 1933 e 23.501, de 27 de novembro de 1933.

5. Logo em seguida, ainda em 1963 e no primeiro trimestre de 1964, os vários Estados da Federação incluíram, por sua vez, a correção monetária nos seus contratos, fundamentados em pare-

ceres jurídicos, como se verificou tanto na Guanabara (V. *Revista de Direito da Procuradoria Geral da Guanabara*, vol. 12, pág. 611 *in fine* e seguintes), como em São Paulo (V. *Parecer publicado na Jurídica*, vol. XXIX, outubro-dezembro de 1964).

6. Verifica-se, assim que, antes da lei n.º 4.380, já se admitia a mais plena liberdade tanto dos órgãos públicos como dos particulares para inserirem, nos seus contratos, cláusulas de correção monetária, sem qualquer temor de serem as mesmas invalidadas, pois não se opunham a nenhum princípio de ordem pública vigente no direito brasileiro.

7. A correção monetária generalizou-se, todavia, com a sua regulamentação, em caráter facultativo, pela Lei n.º 4.380, de 21 de agosto de 1964, tornando-se obrigatória, para as entidades do sistema financeiro de habitação, em virtude do disposto no artigo 30 da Lei n.º 4.864, de 29 de novembro de 1965. Também cuidaram da matéria a Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964, no seu artigo 55, a Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, no seu artigo 26, § 6.º, a Instrução n.º 5, do Banco Nacional de Habitação, de 29 de janeiro de 1966, o Decreto-lei n.º 19, de 30 de agosto de 1966, a Resolução do Conselho de Administração do Banco Nacional de Habitação n.º 106, de 17 de novembro de 1966 e outros diplomas legais.

8. A dúvida que se suscita, na presente consulta, é no sentido de saber se é possível a correção monetária nos contratos de venda ou construção de imóveis realizados por empresas que não pertencem ao sistema nacional de habitação e com critérios distintos daqueles fixados na legislação referida no item anterior.

9. Interpretando a legislação, examinando a orientação fixada pelo próprio Banco Nacional de Habitação, por intermédio de sua procuradoria e analisando a jurisprudência e a doutrina sobre a matéria, concluímos que nada impede as empresas construtoras e as sociedades imobiliárias não integrantes do sistema nacional de habitação de pactuarem, livremente, a correção monetária, adotando, seja os critérios da legislação habitacional, seja qualquer outro critério.

10. Efetivamente, a Lei n.º 4.380, de 21 de agosto de 1964, conforme se verifica pelo seu título, “institui-se a correção monetária nos contratos de interesse social, o sistema financeiro para a aquisição de casa própria, cria o Banco Nacional de Habitação

(BNH) e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências." Limitou-se, pois, a lei a tratar de normas referentes às operações realizadas ou vinculadas ao Sistema Financeiro de Habitação de Interesse Social a que se refere o artigo 8.º do mencionado diploma legal.

11. Em toda a legislação posterior é constante a reafirmação de que as normas estabelecidas se aplicam ao sistema financeiro de habitação, excluindo "a contrario sensu" todas as operações realizadas fora do sistema, especialmente e a fortiori quando não destinadas à obtenção de recursos oriundos do sistema.

12. Assim, na Instrução n.º 5 do Conselho de Administração do Banco Nacional de Habitação, de 29 de janeiro de 1966, os considerandos salientam que

"a Lei n.º 4.864 reiterou a obrigatoriedade da estipulação de correção monetária em todas as aplicações do sistema financeiro de habitação, inclusive entidades estatais, paraestataes e sociedades de economia mista, em que haja participação majoritária do Poder Público em financiamento de construção ou aquisição de unidades habitacionais."

13. Também a Resolução do Conselho de Administração do Banco Nacional de Habitação de n.º 106, de 17 de novembro de 1966, fixa normas, tão-somente, com referência às "operações do Sistema Financeiro de Habitação."

14. Conclui-se, pois, pela interpretação dos textos legislativos, que a lei, no caso, pretendeu estabelecer comandos específicos para o sistema, sem vincular os demais contratantes de construção ou vendas de imóveis, embora permitindo-lhes que utilizassem o sistema de correção adotado pelo Banco Nacional de Habitação (artigo 9.º do Decreto-lei n.º 70, de 21 de novembro de 1966), e, em tal hipótese, autorizando-os a receber financiamento das entidades do sistema ou a repassar-lhes os seus créditos devidamente corrigidos de acordo com a legislação específica (art. 1.º, § 2.º, do Decreto-lei n.º 19, de 30 de agosto de 1966).

A utilização dos critérios de correção do Banco Nacional de Habitação foi autorizada, expressamente, pelo artigo 9.º, § 3.º, do Decreto-lei n.º 70, de 21 de novembro de 1966, que tem a seguinte redação:

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 191-209, 1972

"A cláusula de correção monetária utilizável nas operações do Sistema Financeiro de Habitação poderá ser aplicada em todas as operações mencionadas no parágrafo 2.º do artigo 1.º do Decreto-lei n.º 19, de 30 de agosto de 1966, que vierem a ser pactuadas por pessoas não integrantes daquele Sistema, desde que os atos jurídicos se refiram à operações imobiliárias."

Na interpretação do texto acima transcrito, é preciso lembrar que a finalidade do artigo foi permitir que créditos de pessoas não integrantes do sistema pudessem, aplicando os critérios e condições do Banco Nacional de Habitação, tornar-se passíveis de serem financiados ou descontados pelo sistema, na forma do artigo 1.º, § 2.º, do Decreto-lei n.º 19. Assim, explicitou-se uma faculdade que já existia anteriormente para esclarecer que, em tal hipótese, o crédito seria suscetível de financiamento ou desconto dentro do sistema, sem prejuízo da possibilidade para as partes de, escolhendo outros critérios, terem créditos válidos, mas que não dariam ensejo a repasse para o sistema.

É importante salientar que o artigo 9.º do Decreto-lei n.º 70 regulamenta as hipotecas e esclarece, no parágrafo 1.º, que, "nas hipotecas não vinculadas ao Sistema Financeiro de Habitação, a correção monetária da dívida obedecerá ao que for disposto para o Sistema Financeiro de Habitação". Ora, inexistente norma análoga ou simétrica para as demais operações, de tal modo que, a contrario sensu e na falta de legislação sobre a matéria, concluímos que, nas demais operações imobiliárias, que não tenham as características de hipoteca, a correção monetária é livre quanto aos critérios, requisitos e pressupostos, não se lhes aplicando as normas existentes em relação à correção realizada no sistema financeiro de habitação, salvo se as partes quiserem utilizar esta última correção nos termos do artigo 9.º, parágrafo 3.º, do Decreto-lei n.º 70 e, inclusive, para os fins do artigo 1.º, parágrafo 2.º, do Decreto-lei n.º 19, de 30 de agosto de 1966.

15. O próprio Departamento Jurídico do Banco Nacional de Habitação evoluiu no sentido de admitir a liberdade dos contratantes na escolha dos critérios de correção, desde que não se tratasse de operações realizadas pelas entidades do Sistema Financeiro de Habitação.

Inicialmente, o Departamento Jurídico entendia que a correção monetária nas operações imobiliárias só podia ser realizada nos termos previstos na Lei n.º 4.380, sob pena de nulidade, con-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 191-209, 1972

forme se verifica pelo parecer do então chefe do mencionado órgão, Dr. Renato do Amaral Machado, que, no parecer n.º 83/RAM/1965, no processo do Banco Nacional de Habitação n.º 5.198/65, concluiu no sentido seguinte:

“A correção monetária não é privativa dos órgãos integrados no sistema financeiro da habitação. As pessoas de direito privado (físicas ou jurídicas), ao convencionar a correção monetária, estão adstritas aos limites impostos pela Lei n.º 4.380.

Correção monetária é exceção benéfica com precípua finalidade social.

FORA DOS CASOS PREVISTOS OU ALÉM DOS LIMITES ESTABELECIDOS, A CORREÇÃO MONETÁRIA CONTRAVEM AO DECRETO N.º 23.501, de 27.11.1933”.

Evoluindo, o próprio Departamento Jurídico do Banco Nacional de Habitação admitiu, a partir de 1968, a mais ampla liberdade das partes na convenção das cláusulas de escala móvel quando contratadas por pessoas físicas ou jurídicas não integrantes do Sistema Nacional de Habitação, só condicionando tais contratos às exigências da legislação específica do Banco Nacional de Habitação quando utilizassem recursos do sistema. Assim, o parecer 11/18/DJ/68, firmado pelo advogado Dr. Hélio A. Queiroz e aprovado pelo Chefe do Departamento, em 8 de março de 1968, concluiu no sentido seguinte:

“Ora, se, para que o Banco Nacional da Habitação e as entidades integrantes do sistema financeiro da habitação financiem ou descontem as operações especificadas no transcrito § 2.º, é indispensável que os créditos delas decorrentes e resultantes sejam corrigidos monetariamente, é evidente ser facultado a pessoas naturais ou a pessoas jurídicas de direito privado não integrantes do sistema a adoção da cláusula de correção monetária, na forma do disposto no Decreto-lei n.º 19/66, na Instrução n.º 5 e na RC 25/67, ambas do BNH.

Nestas condições, entendemos que os não integrantes do sistema financeiro da habitação podem adotar a cláusula de correção monetária e, conseqüente-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 191-209, 1972

mente, podem as operações por eles realizadas, na conformidade da lei e das disposições regulamentares e normativas baixadas pelos órgãos competentes do BNH, ser objeto de financiamento ou de desconto por parte das entidades que integram o sistema instituído pela Lei n.º 4.380/64.

Torna-se, neste caso, relevante a integral observância, não somente de cláusula de correção, mas, principal e fundamentalmente, de todas as exigências impostas pelo poder normativo do Banco Nacional de Habitação, através de suas Instruções, Resoluções, Circulares, etc., para as operações da natureza da que se pretenda seja objeto da aplicação de recursos do sistema.”

Analisando o referido parecer, podemos concluir que, no entendimento do Departamento Jurídico do Banco Nacional de Habitação, os não-integrantes do sistema podem livremente convencionar a correção monetária, conforme as normas do Banco, se pretenderem utilizar os recursos do sistema e, de acordo com qualquer outro critério, se não utilizarem tais recursos.

16. A jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara também tem entendido que é livre a convenção de cláusula de correção monetária nas vendas de imóveis desvinculadas das entidades do sistema financeiro de habitação.

17. Existem, sobre a matéria, três acórdãos, sendo um genérico e dois específicos a respeito do assunto da presente consulta. O primeiro foi proferido pela Egrégia Segunda Câmara, em 29 de outubro de 1968, na Apelação n.º 58.648, tendo a decisão considerado válida convenção de correção monetária anterior à legislação do Plano Nacional de Habitação, conforme se verifica pela ementa, que é a seguinte:

“Compra e venda. Correção monetária nas prestações. Sua possibilidade, quando convencionada na livre manifestação de vontade, eis que não contraria nenhum dispositivo da lei, nem atenta contra a moral.”

Os dois outros acórdãos reconhecem que a correção monetária na venda de imóveis não deve, necessariamente, obedecer às normas do Plano Nacional de Habitação. São oriundos, respectivamente, da Quarta e da Terceira Câmara, focalizando contratos

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 191-209, 1972

posteriores à Lei n.º 4.380, de 1964. A decisão da Quarta Câmara foi proferida na Apelação Cível n.º 55.698, sendo relator o eminente Desembargador SALVADOR PINTO, que salientou a inaplicabilidade, no caso, da legislação do Banco Nacional de Habitação. A tese básica do acórdão se encontra na sua ementa, que tem o seguinte teor:

“Correção monetária ajustada em contrato, não a impedem as leis sobre a moeda e sobre a usura. As limitações previstas na lei que instituiu a correção nos contratos imobiliários de interesse social só prevalecem em relação aos casos nela especificadamente previstos.”

No seu voto, o Desembargador Relator salienta que:

“A Lei n.º 4.380 refere-se, tão-somente, aos contratos imobiliários de interesse social com o objetivo, declarado em seu artigo 1.º, de “estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição de casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda.”

NÃO PODE SER VÁLIDO O ENTENDIMENTO DOS APELANTES NO SENTIDO DE QUE A LEI NÃO PERMITE A CORREÇÃO MONETÁRIA NOS CASOS NELA NÃO PREVISTOS, ou seja, nos contratos imobiliários que tenham por objeto imóveis de características diversas das enumeradas no seu artigo 6.º, isto é, dos que tenham área superior a 100 m² e de valor que ultrapasse 200 vezes o salário mínimo.”

Da decisão da Egrégia Quarta Câmara foram interpostos recursos extraordinários indeferidos pelo então Presidente do Tribunal, eminente Desembargador ALOYSIO MARIA TEIXEIRA, com o seguinte despacho:

“Trata-se de dois recursos extraordinários manifestados com apoio nas alíneas “a” e “d” do artigo 114, inciso III, da Constituição do Brasil, contra o acórdão de fls. 172/175, que negou provimento às apelações dos ora recorrentes, por entender que as leis sobre a moeda e sobre a usura não impedem a correção monetária ajustada em contrato e acrescentou: “as limita-

ções previstas na lei que institui a correção nos contratos imobiliários de interesse social só prevalecem em relação aos casos nela especificadamente previstos.”

Alega o primeiro recorrente (fls. 177/182) que o contrato foi celebrado em outubro de 1964, época em que não era legal a inserção de cláusula de correção monetária do saldo devedor, a não ser nos casos previstos na Lei n.º 4.380; o acórdão recorrido teria, assim, vulnerado a Constituição de 1946, a Lei n.º 4.380, de 1964, o Decreto n.º 23.501, de 1933, o Decreto n.º 22.626, de 1933, a Lei n.º 1.521, de 1951 e, ainda, o princípio de equidade e justiça social.

O segundo recorrente (fls. 184/185) sustenta que o acórdão recorrido contrariou o artigo 85 do código Civil, o Decreto n.º 23.501, a Lei n.º 4.380 e a Lei n.º 1.521, além de divergir dos julgados apontados a fls. 185, um dos quais é deste Tribunal.

Conforme o exposto, verifica-se que não podem prosperar os recursos com apoio na letra “a”, porque o acórdão recorrido não negou vigência à Lei, tendo, apenas, interpretado cláusulas contratuais, não havendo, portanto, ensejo para o recurso extremo, em face da Súmula n.º 400, do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Quanto à letra “d”, só o 2.º recorrente apontou acórdãos conflitantes, que examinaram espécies diversas, não havendo divergência na medida exigida pela Súmula n.º 291, do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Nestas condições, indefiro os recursos.”

A Egrégia Terceira Câmara seguiu a mesma orientação ao julgar a Apelação n.º 63.720, decidindo que a correção convencional não deveria estar sujeita aos requisitos da Lei n.º 4.380, quando não se tratasse de operação realizada com as entidades do sistema financeiro de habitação, conforme concluiu, com a sua habitual clareza e proficiência, o eminente Desembargador NELSON RIBEIRO ALVES, que foi relator do feito.

18. O Tribunal de Justiça de São Paulo também reconheceu a liberdade dos contratantes de estabelecer convencionalmente a correção monetária em hipótese não prevista pela legislação. Na Apelação n.º 180.840, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça paulista entendeu que, “se a administração pública, nos

seus contratos, prevê a correção monetária, não se pode tachá-la de imoral quando avençada em contratos particulares." (**Revista dos Tribunais**, vol. 412, pág. 189) Embora se tratasse, no caso, de venda de filmes, o princípio geral aplicável à matéria é o mesmo, ou seja, o da autonomia da vontade e da plena liberdade das partes de convencionar cláusulas e condições nos casos que não se enquadram na legislação específica do Banco Nacional de Habitação.

No mesmo sentido, a Terceira Câmara do Tribunal de Alçada de São Paulo decidiu, em 18 de junho de 1969, na Apelação Cível n.º 121.366, que:

"As chamadas cláusulas monetárias, pelas quais se prevê, em contratos entre particulares, a incidência da correção monetária sobre o valor da dívida, não contrariam o Decreto n.º 23.501, de 1933, que instituiu o curso forçado, do papel moeda, tornando-se não só tecnicamente valiosas como até recomendáveis nas épocas de instabilidade monetária, como na de inflação."

19. Magistrado e professor que se tem dedicado ao estudo do direito habitacional, o Juiz do Tribunal de Alçada da Guanabara, DR. CLAUDIO VIANNA DE LIMA, examinando a evolução da administração e da jurisprudência no tocante à cláusula de escala móvel no direito imobiliário, afirma que:

"A conclusão que se retira, afinal, é a de que a correção monetária no campo imobiliário, FORA DOS CASOS LEGALMENTE PREVISTOS, É POSSÍVEL, VIGORANDO O PRINCÍPIO DE QUE A CLÁUSULA PRÓPRIA OU DECORRE DA LEI, NO CASO DO SISTEMA HABITACIONAL, OU DA CONVENÇÃO, NAS HIPÓTESES FORA DA PREVISÃO LEGAL." (**O Mercado de Capitais**, Edição da APEC, com estudos de vários autores, Rio, 1970, pág. 217)

20. No sentido da liberdade das estipulações do reajustamento de acordo com a cláusula-índice ou de escala móvel, se tem manifestado a doutrina de modo manso e pacífico. Assim, o Professor WASHINGTON MONTEIRO DE BARROS afirma que a licitude da cláusula de correção "não pode ser posta em dúvida, uma vez que não contraria qualquer princípio legal de ordem pública" (**Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações**, vol. I,

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 191-209, 1972

S. Paulo, Saraiva, 1960, pág. 81). Por sua vez, PONTES DE MIRANDA reconhece que "a função protetiva da cláusula de correção do valor monetário é do mais alto alcance para a tranquilidade social, não apresentando inconveniente" (**Tratado de Direito Privado**, Rio, Borsoi, 2a. edição, 1959, tomo XXVI, pág. 295), acrescentando o eminente mestre do direito pátrio que as leis recentes, que determinaram a correção monetária, são meramente explicitantes visando a "pôr em relevo que não é contra o direito vigente o que elas editam e que o fazem para por em uso o que não se tem praticado" (PONTES, **Tratado**, vol. 50, pág. 476). Explica-se, assim, que as normas do sistema financeiro de habitação tiveram, como finalidade, fixar um regime de utilização da correção para as entidades integrantes do mesmo, sem prejuízo de manterem a liberdade das sociedades imobiliárias não participantes do sistema para que pudessem convencionar livremente a correção de acordo com requisitos e critérios próprios (diferentes dos fixados na legislação do BNH).

21. Em recente obra que dedicou às **Obrigações de Pagamento em Dinheiro**, o Desembargador e Professor PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO sintetiza a posição da doutrina brasileira no sentido de reconhecer a validade de todas as estipulações de correção monetária não vedadas expressamente por lei. Conclui o mestre paulista afirmando:

"E se tivermos presente que são estas — a de serem ilícitas porque contrárias à ordem pública e a de atentarem contra o curso forçado da moeda — as principais objeções opostas à validade da cláusula de escala móvel propriamente dita, para logo se sentirá quão considerável é a contribuição trazida à defesa dessa validade pela correção "legal" do valor monetário das obrigações, correção que nos põe em presença do próprio Estado a reconhecer, por lei, as conseqüências da depreciação de sua moeda como medida de valor e a legalmente corrigi-la, não podendo, por isso mesmo, impedir que, paralelamente, o façam os próprios interessados, se e enquanto ainda se sintam prejudicados, dentro, é bem de ver, dos limites de sua natural, mas relativa, liberdade de disposição, traçados pela ordem jurídica" (PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, **Obrigações de Pagamento em Dinheiro (Três Estudos)**, S. Paulo, Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1971, pág. 117).

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 191-209, 1972

22. Na realidade, as aplicações que a jurisprudência tem feito da correção monetária nos campos os mais diversos, mesmo sem o amparo expresso da lei ou de convenção, nos levam a admitir que constitua ela, hoje, um verdadeiro princípio geral do direito.

Efetivamente, tem sido admitida nas apurações de haveres de sociedades, na desapropriação indireta, nas ações de responsabilidade civil em geral, nas obrigações alimentares e até na cobrança de notas promissórias, quando previamente convencionada entre as partes. A própria Lei do Mercado de Capitais (Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, artigos 26 e 28) e a jurisprudência (**Revista Trimestral de Jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal, vol. 53, pág. 21), consagraram, definitivamente, a distinção entre a correção monetária e os juros, de modo que não há mais, hoje, como confundí-los para considerar como agiotagem ou usura a cobrança da correção monetária, mesmo quando prefixada.

23. É verdade que a jurisprudência procura, atualmente, fixar as hipóteses de aplicação da correção monetária, delimitando o campo de sua atuação e esclarecendo que ela não pode incidir sem o amparo legal, ou seja, sem lei prévia. Essa tendência acaba de ser consagrada pela promulgação da Lei n.º 5.670, de 2 de julho de 1971, que firmou o princípio de só haver possibilidade de condenação ao pagamento de correção monetária quando prevista previamente em lei. O recente diploma legal, cuja constitucionalidade está sendo discutida, no momento, pelo Supremo Tribunal Federal, deve ser entendido em termos, justificando a manutenção da correção em três hipóteses:

- a) quando baseada em lei expressa;
- b) quando decorrente de acordo explícito de vontade das partes;
- c) quando fundamentada na própria natureza do débito, nas hipóteses em que constitua dívida de valor.

A posição do Supremo Tribunal Federal, na matéria, ficou bem caracterizada no acórdão da Egrégia Segunda Turma, de 30 de novembro de 1970, referente ao Recurso Extraordinário n.º 69.266, no qual a mais alta corte esclareceu que só deve incidir a correção quando prevista legal ou contratualmente ou, ainda, quando decorrente da própria natureza e finalidade do débito, na hipótese das dívidas de valor, em virtude de construção jurisprudencial.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 191-209, 1972

24. Não há, pois, qualquer espécie de dúvida quanto à validade da estipulação de correção monetária em contratos imobiliários, quer apliquem ou não os critérios da legislação específica do sistema financeiro de habitação.

25. A posição jurisprudencial corresponde, aliás, à manifestação dos desejos e das aspirações, tanto dos órgãos técnicos, como das autoridades políticas que, por dever de ofício, se têm manifestado sobre a correção monetária.

26. Assim, nas Conclusões da IV Conferência Nacional de Advogados realizada em São Paulo, em outubro de 1970, sob os auspícios do Conselho Federal da Ordem, a classe aprovou as recomendações que sobre o tema apresentou o eminente Conselheiro e Professor OTTO DE ANDRADE GIL, entre as quais se destacam as seguintes:

“Enquanto o Governo não tiver debelado, completamente, a inflação e, via de consequência, os males que ela acarrete à economia, impõe-se a correção monetária do valor da moeda, como medida de justiça comutativa.

O Estado, que reconheceu os danosos efeitos da inflação sobre as finanças públicas, instituindo, a partir de 1964, a correção monetária das dívidas e multas fiscais, e que a fez aplicar, também, no setor da previdência social, **deve estender a correção a todas as dívidas de quantia e as de valor** (alimentos; indenizações por ato ilícito; renda vitalícia), notadamente no ressarcimento de danos, a modo “a repor o patrimônio da vítima no mesmo estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito” (ARNOLDO WALD). Assim procedendo, o Governo estaria, apenas, cumprindo o preceito constitucional que estabelece a igualdade de todos perante a lei, eis que já existem várias leis que resguardam certas atividades públicas e privadas dos malefícios da inflação.” (“Apud” **Ordenamento Jurídico do Desenvolvimento Nacional**, Conclusões da IV Conferência Nacional dos Advogados, São Paulo, outubro de 1970, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, n.º 4, vol. II, setembro-dezembro 1970, pág. 20).

27. Por sua vez, as autoridades governamentais têm considerado a correção monetária como constituindo a mola propulsora

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 191-209, 1972

do **milagre brasileiro**, que consistiu na conciliação entre uma taxa de inflação decrescente e um ritmo acelerado de desenvolvimento econômico, oferecendo ao mundo um modelo econômico novo para a solução do problema inflacionário. Assim sendo, a correção monetária chegou a ser conceituada, pelo Ministro Roberto Campos, como **know how** brasileiro suscetível de exportação numa fase de inflação crescente no resto do mundo e, especialmente, nos Estados Unidos.

Todos os governos têm considerado a correção como "intocável" e "inatacável". Sobre o assunto, o Ministro Albuquerque Lima chegou a distribuir à imprensa a seguinte nota:

"A correção monetária é uma decisão de Estado tomada pelo Governo Revolucionário, sendo sua manutenção insuscetível de reexame, pois que ela se ajusta a dois objetivos de validade incontroversa: justiça social e liquidez.

A justiça social se define na oportunidade aberta a todos os brasileiros na obtenção da casa própria.

A liquidez é indispensável por definição, tendo em vista a auto-sustentação a que se obriga o sistema habitacional....."

Mais recentemente, o eminente Presidente do Banco Nacional de Habitação, Dr. Rubens Costa, ao assumir o seu cargo, declarou que considerava a correção monetária "a pedra angular de que depende todo o programa de habitação do governo".

28. Verificamos, pois, que, tanto no plano jurídico, como no campo político, a correção monetária é considerada como necessária e indispensável na atual conjuntura brasileira. A tendência existente é, tão-somente, no sentido de uma melhor adequação da correção monetária às várias hipóteses em que ela é empregada, tornando-a um instrumento mais diversificado e flexível de acordo com as necessidades existentes em cada situação ou grupo de situações. Passa-se de um sistema uniforme e abstrato para uma técnica mais concretizada e personalizada, evoluindo da roupa feita para o "sob medida", como verificamos pela diversificação dos planos e pela redução de juros que o Governo acaba de determinar nos empréstimos habitacionais, humanizando a correção monetária. Assim sendo, justifica-se que, fora

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 191-209, 1972

do sistema financeiro de habitação, se conceda às empresas construtoras a maior liberdade e flexibilidade para que possam desenvolver o mercado e aumentar o número de habitações, oferecendo aos seus clientes o leque mais amplo de alternativas nas modalidades de pagamento com correção monetária, sem que se possa ou deva impugnar qualquer uma das mencionadas formas, num clima impregnado pela autonomia da vontade, no qual as partes podem dispor de acordo com os seus mútuos interesses.

29. Finalmente, temos dúvida quanto à permanência da vedação da correção monetária das prestações intermediárias no próprio Sistema Financeiro de Habitação. Efetivamente, o artigo 6.º, letra "d", da Lei n.º 4.380, de 21 de agosto de 1964, vedou o reajustamento das prestações intermediárias e do saldo devedor a elas correspondentes, considerando tais prestações como excluídas do preço corrigível. Norma idêntica encontramos no artigo 1.º, inciso II, da Lei n.º 4.864, de 29 de novembro de 1965. É preciso, todavia, salientar que este último diploma ressalva, no seu artigo 1.º, **caput**, a vigência das disposições da Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que, no seu artigo 55, permitiu a mais ampla liberdade das partes nas empreitadas a preço reajustável, podendo, nas mesmas, os contratantes estabelecer a forma, as épocas e os índices adotados para o reajustamento, parecendo haver eventual conflito entre as disposições das duas leis, tanto mais que a última, em vez de revogar a anterior, dispos expressamente que a mesma continuava em vigor e que as normas novas se aplicariam "sem prejuízo das disposições da Lei n.º 4.591" (art. 1.º, **caput**, da Lei n.º 4.864, de 29 de novembro de 1965). Entre a promulgação das Leis n.ºs 4.380 e 4.864, iniciou-se a vigência da Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, que no seu artigo 26, parágrafo 6.º, combinado com o inciso II do mesmo artigo, permitiu a correção monetária trimestral em bases idênticas à aplicável aos créditos fiscais. Posteriormente, o referido artigo da Lei do Mercado de Capitais foi modificado para vincular a correção às variações das Obrigações Reajustáveis do Tesouro (ORTN), em virtude do estabelecido no Decreto-lei n.º 614, de 6 de junho de 1969. Já em 1965, tínhamos, pois, três sistemas de correção monetária com normas distintas:

- a) o da Lei n.º 4.380 (arts. 5 e 6) com as modificações do art. 1.º da Lei n.º 4.864/65;
- b) o da Lei n.º 4.591, de 1964 (art. 55);
- c) o da Lei n.º 4.728, de 1965 (art. 26, § 6.º).

30. Devemos esclarecer a este respeito que a correção prevista no artigo 64 da Lei n.º 4.728 não se refere, em nosso entender,

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 191-209, 1972

ao preço de venda de imóveis, mas permite a correção contábil do preço de custo para fins de imposto de renda. De fato, esclarece o artigo 64 acima referido que:

"As sociedades que tenham por objeto alguma das atividades referidas no art. 62 (sociedades imobiliárias) poderão corrigir, nos termos do artigo 3.º da Lei n.º 4.357, de 16 de julho de 1964, o custo do terreno e da construção objeto de suas transações."

O artigo 3.º da Lei n.º 4.357, de 16 de julho de 1964, torna obrigatória a correção monetária do valor original dos bens do ativo imobilizado das pessoas jurídicas de acordo com os coeficientes do Conselho Nacional de Economia. Trata-se, pois, de medida exclusivamente fiscal, sem qualquer repercussão sobre o problema objeto do presente estudo. (V., sobre a matéria, os comentários de caráter fiscal de JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, na sua obra *Imposto de Renda*, Rio, APEC, 1a. edição, 1969, n.º 5.28(30), pág. 5-94)

31. Se, em fins de 1965, já tínhamos os três regimes acima referidos, o Decreto-lei n.º 19, de 30 de agosto de 1966, modificou a sistemática até então vigente, a fim de evitar dúvidas e incertezas naquela época existentes. Nos seus **considerandos**, lembra o Decreto os aspectos negativos decorrentes da "diversidade de critérios preconizados pelas leis que regem a matéria" e pondera "a necessidade de serem uniformizados os índices que refletem a depreciação monetária adotando-se, como padrão, os fixados pelo Conselho Nacional de Economia, mas também a **conveniência de serem admitidos critérios e condições da aplicação da correção com maior flexibilidade**".

O artigo 1.º, do mencionado Decreto-lei, determina que:

"Em todas as operações do Sistema Financeiro da Habitação, deverá ser adotada cláusula de correção monetária, de acordo com os índices de correção monetária fixados pelo Conselho Nacional de Economia, para correção do valor das obrigações reajustáveis do Tesouro Nacional e cuja aplicação obedecerá à instruções do Banco Nacional de Habitação."

O parágrafo 1.º do referido artigo admite, excepcionalmente, o reajustamento com base no salário mínimo, no caso de ope-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 191-209, 1972

rações que tenham como objeto imóveis residenciais de valor unitário inferior a 75 (setenta e cinco) salários mínimos.

Finalmente, o parágrafo segundo determina que:

"O Banco Nacional de Habitação, bem como os demais órgãos integrantes do Sistema Financeiro de Habitação, poderá financiar ou descontar as operações de compra e venda, promessa de venda, cessão, promessa de cessão, empréstimo, financiamento e construção de habitação para pagamento a prazo, quando os créditos dela resultantes forem corrigidos monetariamente de acordo com o artigo 1.º deste Decreto-lei."

Parece-nos que houve, no caso, uma modificação cabal na sistemática com uma determinação legal nova obrigando as entidades do sistema a corrigir todas as operações, inclusive, em tese, as parcelas intermediárias que, se excluídas, implicariam em não realizar a correção da totalidade da operação nos precisos termos do artigo 1.º do Decreto-lei n.º 19 acima transcrito.

Entendemos, pois, salvo melhor juízo, que, em virtude do disposto no Decreto-lei n.º 19, não prevaleceu mais, a partir da data de 30 de agosto de 1966, a proibição da correção das prestações intermediárias, tanto mais que, dando nova regulamentação à matéria, não manteve o mencionado diploma a proibição de corrigir ou de fixar prestações intermediárias, só condicionando o financiamento permitido no parágrafo segundo à obediência, nas operações, dos preceitos contidos no artigo 1.º do Decreto-lei, sem qualquer referência à legislação anterior, que seria, pois, inaplicável à matéria.

32. Em virtude do disposto no Decreto-lei n.º 19, o Conselho de Administração do Banco baixou, em 17 de novembro de 1966, a Resolução RC n.º 106, na qual resolveu expressamente que

"todas as operações do Sistema Financeiro de Habitação farão referência expressa ao seu valor em Unidades-Padrão de Capital do B. N. H." (art. 1.º).

Fixando-se as operações em U. P. C. e sendo cada um dos pagamentos previstos pelo contrato representado por um certo número de UPC, cujo valor monetário varia de acordo com os índices, evidencia-se que, com a mencionada resolução, a correção monetária passou a ser imperativa em todos os instrumentos

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 191-209, 1972

do sistema, tanto em relação às prestações mensais como no tocante às intermediárias, inexistindo, aliás, a partir daquele momento, qualquer norma vedatória da contratação de prestações intermediárias, ex vi da revogação das disposições anteriormente vigentes das Leis n.ºs 4.380, e 4.864, que deixaram de estar em vigor, no particular, em virtude da existência de novas normas que regularam a matéria inteiramente e com as quais as leis anteriores eram incompatíveis (art. 2.º, parágrafo 1.º, da Lei de Introdução).

33. Acresce que a Resolução do Conselho de Administração do Banco Nacional de Habitação de n.º 66/67, de 27 de novembro de 1967, fixou normas para a contratação de impreitadas pelas entidades integrantes do sistema e, inclusive, as diretamente financiadas pelo BNH, determinando a fixação prévia, em contrato dos índices aplicáveis e estipulando que:

“Os índices pré-determinados a que se refere o item anterior, poderão ser o de custo da construção, elaborado pela Fundação Getúlio Vargas, a Unidade Padrão de Capital do Banco Nacional de Habitação, os índices calculados pelos Sindicatos da construção civil, segundo o PNB-140 ou os índices locais oficiais de custo de construção” (item 2 da Resolução RC n.º 66/67).

Abriu-se, pois, um leque de alternativas, permitindo-se a utilização pelos empreiteiros de qualquer dos índices referidos na mencionada Resolução, com maior liberdade na escolha dos índices de interesse das partes contratantes, mesmo em se tratando de operações realizadas pelo Banco Nacional de Habitação ou pelas entidades do sistema. A autonomia da vontade funcionaria a fortiori, tratando-se de transações realizadas por empresas não pertencentes ao sistema, com a mais ampla liberdade no tocante ao critério de correção, pois a elas não se aplica a citada Resolução.

34. Não cabe, no momento, examinar a legislação posterior do Banco Nacional de Habitação, nem, em particular, as Resoluções 25/67 e 36 e 37/69, porque consideramos que, desde 1966, estavam revogadas as normas que proibiam a correção das prestações intermediárias e não encontramos, na regulamentação posterior, qualquer ressurreição da mencionada vedação.

35. Concluimos, pois, que:

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 191-209, 1972

- 1.º Nas operações imobiliárias pactuadas por pessoas não integrantes do Sistema Financeiro de Habitação e não destinadas a utilizar recursos do referido sistema, é plenamente válida a correção das prestações intermediárias e do saldo devedor correspondente;
- 2.º Dentro e fora do Sistema Financeiro de Habitação, a correção pode ser trimestral, desde a promulgação da Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965 (art. 26);
- 3.º O critério de correção depende, exclusivamente, da vontade das partes pactuada no contrato, podendo a prestação variar de acordo com qualquer índice, salientando-se, entre outros, o custo de construção ou o custo de vida, de acordo com os dados da Fundação Getúlio Vargas ou do Ministério do Planejamento, a Unidade Padrão de Capital do Banco Nacional de Habitação, os índices dos Sindicatos de construção civil e os índices locais oficiais de construção (Resolução do Conselho de Administração RC n.º 66, de 27 de novembro de 1967);
- 4.º De qualquer modo, a correção monetária pactuada de acordo com as conclusões anteriores não pode ser considerada como constituindo usura ou violação das normas sobre o curso forçado;
- 5.º Em nossa opinião, mesmo no Sistema Financeiro de Habitação, a melhor interpretação da legislação específica (Decreto-lei n.º 19, de 30 de agosto de 1966), é no sentido de considerar revogada a vedação de correção de prestações intermediárias, podendo ser realizadas as operações que atendam às determinações constantes dos vários planos do BNH, incluindo-se, nos contratos, prestações intermediárias.

Rio de Janeiro, 9 de novembro de 1971.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 191-209, 1972

1. The first part of the report discusses the importance of maintaining accurate records of all transactions. It emphasizes that this is essential for the proper management of the organization's finances and for ensuring compliance with applicable laws and regulations.

2. The second part of the report provides a detailed overview of the current financial position of the organization. It includes a summary of the income statement, balance sheet, and cash flow statement, along with an analysis of the trends and variances observed over the reporting period.

3. The third part of the report outlines the key findings and conclusions of the audit. It highlights the areas where the organization's financial practices are in line with the applicable standards and identifies the specific areas where improvements are needed.

4. The fourth part of the report provides recommendations for addressing the identified issues and improving the organization's financial controls. These recommendations are based on the findings of the audit and are designed to help the organization achieve its financial goals and maintain its integrity.

5. The fifth part of the report provides a summary of the overall findings and conclusions of the audit. It reiterates the importance of maintaining accurate records and implementing effective financial controls, and expresses confidence in the organization's ability to address the identified issues and improve its financial performance.

PARECERES

PARECER N.º 2167/CGE

ESTABILIDADE e AVANÇOS

É necessário para a auferição de avanços, que o funcionário seja efetivo, não bastando ser estável. O art. 177, § 2.º, da Constituição Federal de 1967, estabilizou no serviço público os contratados, os extranumerários, o pessoal de obras e os regidos pela C. L. T., mas não lhes alterou o "status" jurídico; implica, porém, na efetivação dos funcionários interinos por ele alcançados, com direito a avanços e demais vantagens.

O Senhor Prefeito Municipal de Santa Vitória do Palmar formula consulta a esta Consultoria-Geral, nestes termos:

" Servidores estabilizados na função pública solicitam o benefício dos avanços trienais. (grifamos).
Nossa legislação sobre o assunto diz:

Lei n.º 286, de 25/10/55 (Estatuto dos Funcionários):

Art. 96 — A lei estabelecerá avanços periódicos de vencimentos para os cargos isolados ou classificados que se operarão automaticamente, de três em três anos.

Art. 97 — Somente terão direito aos avanços trienais previstos no artigo anterior os funcionários providos em caráter efetivo. (grifamos)

Art. 98 — O direito aos avanços será condicionado ao preenchimento de requisitos de assiduidade e exaço no cumprimento dos deveres na forma que a lei estabelecer.

Lei n.º 290, de 23/12/55:

Art. 4.º — Ao **servidor efetivo** será assegurado, por triênio de serviço, avanço automático de vencimentos na razão estabelecida. (grifamos)

Lei n.º 823, de 15/10/64:

É assegurado aos **funcionários de provimento efetivo** um avanço trienal correspondente a seis (6) por cento sobre o vencimento básico, em cada três anos de efetivo exercício. (grifamos)

Parágrafo único — Ficam assegurados aos **funcionários de provimento efetivo** os avanços trienais já adquiridos na vigência da Lei n.º 290, de 23/12/55. (grifamos)

Solicitamos parecer se os servidores supramencionados têm direito ao que requerem.”

É o relatório.

2. Como se observa, as leis municipais sobre concessão de avanços não foram enviadas na íntegra, tendo a própria autoridade consulente pinçado os dispositivos que, a seu juízo, incidem sobre o assunto e devem ser levados em conta no exame da matéria.

De conseguinte, salvo o caso do Estatuto Municipal do qual, existe arquivado nesta Casa um exemplar, aos dispositivos indicados é que se há de atentar para o deslinde da espécie, supondo-se que os demais artigos das leis mencionadas não interfiram na questão.

Ademais, não está esclarecido na consulta qual o “status” jurídico dos servidores ao serem alcançados pela estabilização, se se trata de extranumerários, de contratados, de interinos, etc., etc.

Tampouco informado é por via de qual dispositivo, legal ou constitucional, lograram os servidores a estabilidade, dado, entretanto, indispensável a uma correta apreciação da questão. É de presumir, no entanto, que a consulta se prenda aos problemas resultantes da aplicação, no município, do § 2.º do art. 177, da Constituição Brasileira de 1967, que conferiu estabilidade aos servidores da União, dos Estados e dos Municípios, que, à data de sua promulgação (24 de janeiro daquele ano), contassem 5 anos de serviço público.

3. O Estatuto dos servidores Municipais (Lei n.º 286, de 25/10/55), nos seus arts. 96 a 98 transcritos, consagrou a vanta-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 213-219, 1972

gem dos avanços, determinando que a lei a estabeleceria e especificando as condições a que estaria sujeita a sua concessão.

Tais dispositivos são em tudo iguais aos dos arts. 97 a 99 do Estatuto do Funcionário Público do Estado.

O estabelecimento efetivo da vantagem se deu pelas Leis municipais n.ºs 290, de 23/12/55 e 823, de 15/10/64, parcialmente transcritas no ofício-consulta.

4. Para uma boa compreensão do assunto, é conveniente esclarecer, desde logo, o que sejam **cargos públicos** e **funções públicas**, distinguindo-os entre si, e bem assim o que sejam **servidor público** e **funcionário público**.

Sobre o que sejam cargos e funções, diz expressivamente

HELY LOPES MEIRELLES:

“ **Cargo público** é o lugar instituído na organização do funcionalismo, com **denominação própria**, **atribuições específicas** e **estipêndio correspondente**, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei. **Função** é a **atribuição** ou o **conjunto de atribuições** que a Administração confere a cada categoria profissional, ou comete individualmente a determinados servidores para execução de serviços eventuais.

Todo cargo tem função, mas **pode haver função sem cargo**. As funções do cargo são **definitivas**; as funções autônomas são, por índole, **provisórias**, dada a transitoriedade do serviço a que visam atender. Daí porque as **funções permanentes** da Administração devem ser desempenhadas pelos titulares de cargos, e as **transitórias** por servidores designados ou contratados **precariamente**.” (in “Direito Administrativo Brasileiro”, edição 1966, pág. 355 — os grifos são nossos).

Acrescentemos que os cargos públicos são criados por lei, como, aliás, o dispôs o parágrafo único do art. 2.º do Estatuto Municipal referido, repetindo dispositivo igual do Estatuto Estadual.

Sem criação por lei, não há cargo público.

Por outro lado, **servidor público** é expressão de sentido **amplo, genérico** e abrange todos aqueles que prestam serviço à Administração Pública, mediante remuneração pecuniária, qualquer que seja a natureza do vínculo que a ela os ligue.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 213-219, 1972

Já a designação **funcionário** público tem significação mais restrita, compreendendo dentre os servidores apenas aqueles que ocupam **cargos** na estrutura administrativa. Trata-se, pois de uma espécie do gênero servidor público.

Todo funcionário, portanto, é servidor público; nem todo servidor, porém, é funcionário público, na acepção estatutária.

À vista de tais definições, se tem que os contratados, os extranumerários (mensalistas ou diaristas) o pessoal de obras e os regidos pela C. L. T., acaso existentes no município, admitidos para o desempenho de tarefas mais ou menos provisórias, ainda que estas se tenham prolongado no tempo, exercem **funções** públicas. Estão, portanto, abrangidos na compreensão mais ampla de **servidores** públicos, como prestadores de serviço público que são. Não detêm, porém, o "status" jurídico de **funcionários** públicos visto não serem ocupantes de **cargos** públicos.

E não sendo funcionários, desde logo se vê que não podem fazer jus a avanços.

Com efeito, consoante as leis mencionadas, verifica-se que no município, tal como no Estado, vigora o princípio de que somente têm direito à vantagem em referência os **funcionários** públicos **efetivos**, isto é, o pessoal integrante efetivo do Quadro Permanente da Administração.

Pelas leis municipais ordinárias, excluídos estão, portanto, também, dos avanços, os interinos, os substitutos, os nomeados em estágio probatório enquanto não se lhes consolida a efetividade e os que exercem cargos em comissão.

A vantagem não está, assim, adstrita à estabilidade e sim à **efetividade**. Não é necessário para sua auferição que o funcionário seja estável, mas é fundamental que seja **efetivo**.

5. Estabilidade e efetividade são institutos distintos que não devem ser confundidos.

No que se refere à efetividade, cumpre fazer-se a distinção conforme se tenha em mente exclusivamente o **cargo** ou o **funcionário** que o ocupa.

Relativamente ao cargo, a efetividade significa que é dos que devem ter um ocupante **permanente**, isto é um **titular**, e se diz então que o cargo é de **provimento** efetivo. Neste sentido, pois, a efetividade vem a ser, como diz HELY LOPES MEIRELLES: "... um atributo do cargo concernente à sua forma de provimento." (ob. cit. pág. 369)

Em relação ao funcionário, efetividade é o provimento de cargo público na condição de **titular**, isto é, de **ocupante permanente**. E se diz que o funcionário **foi provido** em caráter efetivo.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 213-219, 1972.

Neste sentido, efetividade, como diz HELY LOPES MEIRELLES, vem a ser: "... uma característica da nomeação". (ob. cit. pág. 370).

Forçadamente aos dois aspectos referidos se há de atentar para definir o funcionário efetivo: é o que está provido em **caráter** efetivo em cargo de **provimento** efetivo. E, em ambos os aspectos, se tem como **ponto de referência** o **cargo**.

Todavia, é preciso notar que ser funcionário efetivo, isto é, prover o cargo na condição de ocupante permanente, não confere ao funcionário nesta situação o direito de permanecer "ad aeternum" no cargo que ocupa. Isto já implicaria em impedir à Administração Pública o exercício do direito que lhe é ínsito de modificar a estrutura administrativa, conforme o exijam os superiores interesses do serviço público. Significa, apenas, o direito de ser mantido no cargo com **exclusão** de qualquer outra pessoa, **enquanto o cargo existir** e de somente ser afastado mediante inquérito administrativo.

Nada impede, porém, que extinto que seja o cargo, venha a perdê-lo. E em tal caso excluído será do serviço público, caso neste não seja estável.

E aqui oportuno se torna examinar o que seja estabilidade.

6. A estabilidade difere da efetividade eis que se dá não no **cargo** e sim no **serviço público**. Estável embora o funcionário, a Administração continua com a prerrogativa de extinguir o cargo por ele ocupado, transformá-lo, etc. etc. Costuma, aliás, dizer-se a respeito que o funcionário pode-se estabilizar no serviço público, mas em hipótese alguma se estabiliza no cargo. O funcionário, entretanto, uma vez estável, já não poderá ser excluído do serviço público, em consequência de tais medidas.

Em substância, portanto, a estabilidade representa o direito do servidor a permanecer no serviço público, extinto embora que seja o cargo ou julgadas desnecessárias as funções que exerça.

O direito à permanência no serviço público, todavia, se limitado apenas a isso, não representaria para o servidor segurança alguma. Daí porque o instituto da estabilidade não apenas significa o direito à permanência no serviço público, como traz ínsita, ainda, para o servidor a **garantia** de uma determinada **posição** no dito serviço público, e também um corolário necessário dessa garantia: a disponibilidade remunerada.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 213-219, 1972

7. Reza o § 2.º, do art. 177, da Constituição do Brasil de 1967:

“ São estáveis os atuais servidores da União, dos Estados e dos Municípios, da administração centralizada ou autárquica, que, à data da promulgação desta Constituição, contem, pelo menos cinco anos de serviço público.”

Conforme se depreende da consulta, a dúvida da municipalidade consulente consiste em saber se a estabilidade outorgada pelo dispositivo constitucional pode gerar o direito aos avanços para os servidores por ela favorecidos.

Quanto aos servidores não ocupantes de cargos, isto é, não-funcionários: contratados, extranumerários (diaristas e mensalistas), pessoal de obras e os regidos pela C. L. T., tem sido entendido que o dispositivo constitucional em apreço não tem a virtude de lhes alterar o “status” jurídico, tendo a Constituição apenas os tornado estáveis no serviço público, mas não se transformando em funcionários públicos, permanecendo eles na situação jurídica que antes detinham.

À vista disso, continuam sem direito a avanços, pois não há falar-se, no caso, em efetividade, “conditio sine qua non” da percepção de avanços, visto sequer serem funcionários.

8. Ocorre-nos, ainda, a possibilidade da existência de interinos no município, com cinco anos de serviço público, à data da promulgação da Constituição de 1967. Interinos, como se sabe, são os funcionários investidos precariamente mediante nomeação, em cargos efetivos, enquanto estes não são providos regularmente por um titular.

A esse respeito, cabe-nos alertar que a estabilidade extraordinária resultante do dispositivo constitucional implica na efetividade do interino.

É a orientação adotada na União, expressa no parecer H-529, de 11/7/67, do então Consultor-Geral da República, Dr. ADROALDO MESQUITA DA COSTA, no qual se lê:

“ Com referência ao interino, a estabilidade concedida importa na sua continuação no cargo, inclusive detendo o “status” de efetivo ...”

Idêntica orientação adotou a Consultoria-Geral do Estado, consubstanciada no Ofício Gab. 209/68-P-61, de 17 de outubro de 1968, do então Consultor-Geral, Dr. DANTE GABRIEL GUIMARÃES, enviado ao Governador do Estado, versando a matéria.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 213-219, 1972

Inúmeros pareceres têm sido, aliás, emitidos nesse sentido, podendo-se citar o de n.º 361/GAJ, da lavra do Consultor Jurídico MÁRIO BERNARDO SESTA, aprovado pelo Governador do Estado.

De conseguinte, os interinos colhidos pela estabilização, tornaram-se com ela efetivos nos cargos que ocupavam, com direito a todas as vantagens decorrentes da efetividade, inclusive avanços.

9. Este o parecer que, inobstante a imprecisão da consulta, cavia oferecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 21 de agosto de 1972.

Wenceslau Souza da Cunha
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2180/CGE

BENS PÚBLICOS — móveis ou imóveis — incidência da regra geral da inalienabilidade.

Inteligência do art. 840, do Regulamento do Código de Contabilidade Pública:

a) bens móveis, deteriorados ou imprestáveis, hão de ser alienados, independentemente de prévia lei autorizatória, desde que o produto da venda seja recolhido aos cofres públicos, como receita;

b) pretendendo o poder público, titular do domínio, dar ao produto da venda outra destinação, só poderá promover a alienação, após a edição de lei autorizatória.

Possui o Departamento Aeroviário do Estado (D. A. E.), erigido em autarquia estadual pela Lei n.º 5.639, de 15 de agosto de 1968, dois helicópteros, prefixos PP-ECP e PP-ECQ, imprestáveis e sem qualquer interesse para a referida entidade. Esses aparelhos pertenceram ao Estado ao tempo em que dita autarquia constituía mero órgão da administração direta. Com a transformação dela em entidade autárquica, esses bens passaram a

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 219-225, 1972

compor-lhe o patrimônio. Atualmente, devido ao estado em que se encontram, inservíveis, tais helicópteros acham-se depositados no Parque Aeronáutico de Campo dos Afonsos, do Ministério da Aeronáutica, em razão do que, ao que se informa através do telegrama de fls. 7, da Chefia Comercial daquele setor federal, dito Departamento deve à União a quantia de Cr\$ 2.537,90, a qual, agora, já deve ter sofrido acréscimo.

2. Consideradas essas aeronaves, pela própria autarquia, de recuperação antieconômica e, além disso, como se esclarece na informação de fls. 5, meras sucatas, absolutamente inservíveis, a ponto de não compensarem, sequer, o pagamento daquela dívida, oriundo do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), foi dirigido ao Exmo. Sr. Secretário dos Transportes ofício contendo proposta de cessão desses aparelhos ao referido Instituto a fim de que este possa aproveitar as peças dos mesmos em outras unidades de igual tipo, postas, mediante convênio, pelo Ministério da Agricultura, a serviço da colonização às margens da rodovia Transamazônica. Informa-se, no mencionado ofício, que, mediante prévia verificação, as peças remanescentes das unidades imprestáveis, cuja recuperação seria mais cara do que a aquisição de um novo helicóptero, podem tornar-se úteis após submetidas a tratamento e magnaflux e vir, assim, a completar aeronaves, objeto de cessão feita pelo Ministério da Agricultura. Em retribuição, o INCRA dispõe-se a saldar o débito da autarquia para com a União.

3. Ouvido o Senhor Superintendente do Departamento Central de Administração e Material (DECAM), pronunciou-se este, a fls. 10, dizendo:

“ A alienação de bens inservíveis, pertencentes ao Estado, vem sendo efetuada pelo DECAM em virtude das disposições legais sobre o assunto assim estabelecerem.

O caso em exame, pelas suas peculiaridades, refoge à alçada deste órgão, pois trata de dação em pagamento, que também é uma fórmula de alienação, em última análise.

Parece, s.m.j., que o assunto deve merecer a apreciação e outorga governamental.

É oportuno referir que o Decreto 18.765/68, refere à “alienação por leilão ou outra forma mais vantajosa...”, o que, s.m.j., dá cobertura legal à operação.”

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 219-225, 1972

4. Tratando-se, como é evidente, de bens públicos, a matéria deve ser apreciada por esse aspecto, pois, não obstante, na proposta do INCRA, entidade autárquica federal, se fale em simples cessão dos aparelhos, o que não implica, em si, em transmissão de domínio, pela destinação que se deseja dar às peças respectivas, necessariamente, deverão ser, eles, objeto de alienação em favor daquele Instituto.

5. O Código Civil classifica os bens públicos, móveis ou imóveis, no art. 66, hoje também aplicável às entidades autárquicas federais, estaduais ou municipais, como:

- a) os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças (art. 66, I);
- b) os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal (art. 66, II); e, finalmente,
- c) os dominicais, 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 (art. 66, III).

De regra, quaisquer que sejam, os bens públicos são inalienáveis, pois, como se diz, no mesmo Código, no art. 67, tais bens, os referidos no artigo anterior, só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever. Os bens públicos são, assim, em princípio inalienáveis e, portanto, deles, seu titular, ou outrem, por ele, não pode dispor. Todavia, a regra não é absoluta, cabendo, aqui a transcrição dos seguintes ensinamentos de PONTES DE MIRANDA (“Tratado de Direito Privado”, vol. II, 3a. ed., Borsoi, Rio, 1970; pág. 140/141):

“2. BENS LEGALMENTE INALIENÁVEIS — Estão fora de comércio as coisas não-suscetíveis de apropriação e as “legalmente inalienáveis”, diz o art. 69. Coisas legalmente inalienáveis são as coisas a que se proibiu, em absoluto, a alienação, coisas a respeito das quais se pode dar deslocação de classe (e. g., do art. 66, I ou II, para o art. 66, III, prevendo-se, a mais, a alienabilidade, ainda que implicitamente), ou, se estavam em classes em que os bens não podem ser alienados em virtude de regra jurídica legal, quando a lei o permita. Assim, quando o art. 67 diz: “Os bens de que trata o artigo anterior só perderão a inalienabili-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 219-225, 1972

dade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescreveu". A inalienabilidade sem deslocação de classe é peculiar aos bens do art. 66, I, e aos do art. 66, II; a inalienabilidade dos bens de que cogita o art. 66, III, é absoluta, se a lei os fez inalienáveis, de modo que somente outra lei possa permitir a alienação deles "nos casos e forma" que ela mesma estabeleça. Há, pois, quanto aos bens do art. 66, III, inalienabilidade, que lhes é peculiar, porém que contém, apenas, proibição aos órgãos do Estado, salvo se a lei os fez "legalmente inalienáveis". Assim, a lei pode fazer legalmente inalienáveis bens do patrimônio do Estado, pondo-os, desse jeito, fora do comércio, a despeito de serem patrimoniais. Somente em tal hipótese são fora do comércio; por serem fora do comércio não podem ser usucapidos. O Decreto n.º 22.785, de 31 de maio de 1933, art. 2.º, estatuiu: "Os bens públicos, seja qual for a sua natureza, não são sujeitos a usucapião" (Cf. Decreto-Lei n.º 710, de 17 de setembro de 1938). Tal regra veio a alterar os princípios, regalianamente. Assim, as duas classes, que existiam, de bens dominicais, fundiram-se numa só."

"3. INALIENABILIDADE ABSOLUTA — Se a inalienabilidade é absoluta, ou por ser peculiar à classe (art. 66, I e II), ou por tê-la estabelecido a lei (art. 69, *verbis* "legalmente inalienáveis"), o bem escapa ao direito privado da perda da usucapião. Se a inalienabilidade é relativa, o que somente pode acontecer respeito aos bens do art. 66, III, ou aos bens inalienáveis por efeito de negócio jurídico (e. g., art. 1.723), não está fora do comércio o bem. O que primeiro importa saber-se é a qual das categorias do art. 66 pertence o bem público *lato sensu*: se à do art. 66, I, ou do art. 66, II, está fora do comércio; se à do art. 66, III, é preciso indagar se há lei que o fez absolutamente inalienável. No Decreto n.º 15.783, de 8 de novembro de 1922, o art. 840 estatuiu que os bens móveis da União, que se deteriorarem e tornarem imprestáveis, hão de ser alienados, recolhido o produto aos cofres públicos, como receita, salvo o caso de haver sido, em preceito de lei, autorizada ou decretada outra aplicação ao produto da renda. A regra jurídica não somente apanha os bens de uso comum (art. 66,

I), como os de uso especial (art. 66, II) e os dominicais (art. 66, III), absoluta ou relativamente inalienáveis. Apenas se prevê que ocorram a **deterioração e imprestabilidade** (pressupostos objetivos, dependentes de verificação administrativa) e exige-se, em princípio, o recolhimento do produto da alienação aos cofres públicos."

6. Esses ensinamentos bastam para que se tenha perfeita compreensão da matéria. No tocante aos bens móveis da União — aspecto que deve ser apreciado em particular por interessar à espécie — vemos que, por força do que estabelece o art. 840 do citado Decreto n.º 15.783, de 8 de novembro de 1922 — o chamado Regulamento do Código de Contabilidade Pública — cessa a inalienabilidade tão-só pela deterioração do bem, ou pelo fato de tornar-se ele imprestável, cessação essa que se dá independentemente de outra regra jurídica que não a que se contém nesse dispositivo. Basta a ocorrência fáctica da imprestabilidade ou deterioração e o bem que era inalienável, faz-se alienável e — não só — há de ser alienado, cabendo, assim, à administração pública promover-lhe a alienação.

7. Ora, sabemos, por curial, que tal Regulamento, como o respectivo Código, Decreto n.º 4.536, de 28 de janeiro de 1922, foi incorporado à legislação estadual em decorrência da determinação contida no Ato das Disposições Transitórias da Constituição Estadual de 1947, art. 42, recepção consumada e que produz seus efeitos até os dias de hoje, a despeito da promulgação das Constituições Estaduais posteriores. Dito Código e respectivo Regulamento, com as revogações de leis posteriores, aplicam-se ao Estado e respectivas entidades autárquicas e paraestatais e serão aplicados enquanto não houver um Código de Contabilidade Pública Estadual.

8. Segue-se, daí, que a prescrição contida no art. 840, invocado, incide, também, quanto aos bens móveis estaduais e das respectivas entidades autárquicas, quando os mesmos sofrerem deterioração ou se tornarem imprestáveis.

9. Os helicópteros de propriedade do Departamento Aeroviário do Estado, cuja alienação ao INCRA, no estado em que se encontram, fora de serviço, imprestáveis, de recuperação antieconômica, inclusive no tocante às peças que os integram, as quais necessitam de tratamento especial, também inaproveitáveis para o De-

partamento Aeroviário do Estado, constituem bens móveis, razão pela qual a eles se aplica a prescrição desse art. 840, em pleno vigor na órbita estadual.

10. Não há, portanto, como primeira questão de que se deve fazer acepção, necessidade de provimento legislativo, autorizando a alienação de tais aparelhos.

11. Por outro lado, o que cumpre examinar, ainda, é o aspecto relativo aos pressupostos legais estabelecidos para a alienação de bens em geral, segundo prescreve o art. 143 do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, com as alterações que lhe foram introduzidas pelos Decretos-Leis n.ºs 900, de 29 de setembro de 1969, e 991, de 21 de outubro do mesmo ano, pois, sabido é, as disposições integrantes do Título em que esse artigo se insere, relativo às licitações para compras, obras, serviços e alienações, têm aplicação aos Estados e Municípios, em virtude do que se determinou no art. 1.º da Lei n.º 5.456, de 20 de junho de 1968, com as adaptações estatuídas nos demais artigos dessa lei.

12. De regra, segundo o disposto nesse art. 143, as prescrições do aludido Título aplicam-se, no que couber, às alienações, admitindo-se o leilão, neste caso, entre as modalidades de licitação.

13. Informa-se, no ofício de fls. 11, que o equipamento em causa já foi objeto de leilão, a que, entretanto, não ocorreu licitante. Então, nesse caso, de parte do Departamento Aeroviário do Estado, estaria dispensada a realização de novo leilão, vez que configurada hipótese do art. 126, do referido Decreto-Lei n.º 200, que dispõe:

“ § 2.º — É dispensável a licitação:

.....
c) quando não acudirem interessados à licitação anterior, mantidas, neste caso, as condições preestabelecidas.”

14. Mas a questão não pode ser considerada, apenas, do lado do Departamento Aeroviário do Estado, mas, também, do do INCRA, que é, também, autarquia, como aquele, e esse Instituto estaria adquirindo. A dispensa de licitação, no caso, encontra

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 219-225, 1972

apoio em outra hipótese do art. 126, § 2.º, daquele diploma, qual seja a de figurarem, na operação, pessoas de direito público interno, *in verbis*:

“ f) quando a operação envolver concessionário de serviço público ou, **exclusivamente, pessoas de direito público, interno** ou entidades sujeitas ao seu controle majoritário.” (grifei)

15. Concluimos, pois, que, independentemente de autorização legislativa (art. 840 do Regulamento do Código de Contabilidade Pública) e de leilão (art. 126, § 2.º, letra “f”, do Decreto-lei n.º 200/67, combinado com a Lei n.º 5.456/68), pode haver a alienação dos helicópteros em apreço, mas mediante venda, devendo-se recolher o preço como receita do Estado, fazendo este, depois, o pagamento da sua dívida para com a União.

De outro modo, isto é, fazendo-se a alienação do domínio desses aparelhos ao INCRA, em troca de este assumir essa dívida, ou mesmo pagá-la diretamente à União, imprecindível então a edição de regra jurídica legal expressa, autorizando a operação em decorrência da modalidade de aplicação do que seria o preço da alienação.

É, s.m.j., o nosso parecer.

Porto Alegre, 11 de setembro de 1972.

Nilo Damasceno Ferreira
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2171/CGE

SUBSÍDIOS DO PREFEITO.

Sua fixação, constitucionalmente, far-se-á no final da legislatura para vigorar na seguinte. Vedada, portanto, alteração no decurso da legislatura para vigor na mesma.

O Senhor Presidente da Câmara de Vereadores de Santa Maria, tendo por escopo a obtenção de um parecer, submete ao exame desta Consultoria-Geral a seguinte questão:

“1. Em setembro de 1967, a Câmara fixou os subsídios do Prefeito Municipal, inclusive sua verba de represen-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 225-229, 1972

tação. Posteriormente, não mais alterou a remuneração do Chefe do Executivo obedecendo ao que estabelece o preceito constitucional.

Perguntamos: foi legal o ato de setembro de 1967? Em caso contrário, como proceder?"

É o relatório.

2. Ao se analisar a questão proposta, de logo convém enfatizar que a "fixação dos subsídios dos Prefeitos, bem como da sua verba de representação", é atribuição da competência exclusiva das Câmaras de Vereadores, sendo que as normas disciplinadoras dessa função específica dos Legislativos Municipais — que se encontram inscritas nas respectivas Leis Orgânicas — devem, necessariamente, assentar-se no princípio constitucional básico da "inalterabilidade dos subsídios para vigor na mesma legislatura".

Com efeito, se verdade é que a Carta Maior do País abriga preceitos que não alcançam a área municipal, já pela absoluta impossibilidade de sua aplicação, ou por serem endereçados especificamente à União ou aos Estados-membros, ou, ainda, por não configurarem normas imperativas abrangentes do todo geral, menos certo não é, todavia, que ali radicam princípios — de tal sorte essenciais à mecânica de funcionamento do regime jurídico-político da Nação — que revestem visível cogência a abarcar as três esferas político-administrativas: federal, estadual e municipal.

São, tais princípios, por assim dizer, verdadeiras "ordens constitucionais" — gerais e expressas — de todo insuscetíveis de serem desprezadas e isso pelo fato mesmo de serem basilares e, assim, constituírem o arcabouço constitucional pátrio.

A inobservância nesse campo suscitará, por certo, o aparecimento de risco quanto à estabilidade das instituições maiores do país.

Nesse pensar, dentre tais princípios, podemos com facilidade apontar aquele que consagra a "independência e harmonia dos Poderes", consoante prescreve o art. 6.º do Estatuto Maior da República. É, para nós, norma que se dirige indiscriminadamente à União, aos Estados-membros e aos Municípios; sem embargo de nesta última esfera não existir, segundo alguns, "Poderes" propriamente ditos, mas sim "órgãos". Acresce, porém, que já se lhes reconhece, em grande medida, a categoria de "Poderes" em decorrência das funções que lhes são inerentes, em nada isso desigual ao que ocorre no âmbito federal e estadual, como sejam, precipuamente, o "legislar" e o "administrar".

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 225-229, 1972

Dessarte, o deverem ser "independentes e harmônicos os Poderes", conforme o texto constitucional, é um princípio de aplicabilidade coercitiva na área das municipalidades, também. Pois assim não fora, e, por sem dúvida, dar-se-ia o desequilíbrio de ação entre os Executivos e Legislativos locais, situação essa que a Carta Federal diz não dever existir.

Portanto, se considerarmos, "ad argumentum", que uma Câmara Municipal possa alterar os subsídios de Prefeito a seu talante, ainda que pretensamente autorizada pela letra da Lei Orgânica, iniludivelmente estaremos ante uma situação de dependência do Poder Executivo em relação ao Legislativo, o que será inequivocamente discordante da "voluntas constitutionis".

3. Fruto de pesquisa efetiva pelo eminente Consultor Jurídico Doutor Ivalino João Bortolan, quando no trato da mesma matéria, são as citações que, pedindo venia, passamos a reproduzir:

"A fixação da remuneração dos agentes políticos do município — prefeito e vereadores — só pode ser feita em uma legislatura para vigorar na legislatura imediata, isto é, para todo o mandato do prefeito e da Câmara seguintes. Nenhuma Câmara, salvo a primeira que se instalar nos novos municípios, poderá votar subsídio para a legislatura que estiver em curso (4 anos), sob pena de tomar resolução ilegal e, portanto, anulável por via judiciária, ou seja, por ação popular, que é o meio adequado à invalidação dos atos administrativos ilegítimos e lesivos do patrimônio público" (Direito Municipal Brasileiro, pág. 651 — HELY LOPES MEIRELLES).

Tito Costa não admite o aumento de vencimento do prefeito durante a legislatura, referindo jurisprudência no sentido de não admitir que as Câmaras alterem, para mais ou para menos, os subsídios do prefeito durante a legislatura em curso (O Vereador e a Câmara Municipal, pág. 155, in Apelação Cível n.º 165.117, do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Decidiu a 5.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo que "Não é admissível aumento de vencimentos de Prefeito para a mesma legislatura" (RDA. 99/229).

A primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime, entende a questão da seguinte maneira:

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 225-229, 1972

"Infrutífera é, de igual modo, a alegação de ofensa à autonomia dos Municípios — art. 28 da Constituição de 1946 — (arts. 16 e 15, respectivamente das Constituições de 1967 e 1969). A regra assegura a eletividade do Prefeito e dos Vereadores da Câmara Municipal. Isso não quer significar a exclusão do Município do âmbito de incidência de preceito normativo comum às áreas Federal, Estadual e Municipal, estabelecido na Lei Maior. Nesse sentido tem-se firmado a jurisprudência desta Corte, consoante se verifica de recente julgado". (Rec. Extraordinário n.º 62.594, in RDA. 102/213)

O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária e por unanimidade de votos, ao apreciar o Rec. Extraordinário n.º 60.422, decidiu, de acordo com o Relator, eminente Ministro THEMISTOCLES CAVALCANTI, **verbis**:

"Trata-se, aqui, de saber se o preceito da Constituição Federal que só permite o aumento de subsídio para a próxima legislatura é aplicável ao Município, o que não implica na interferência da União na área Municipal senão na preeminência da Constituição Federal para regular matéria que impõe procedimento comum nas três áreas — Federal, Estadual e Municipal.

A nossa jurisprudência se orienta nesse sentido, no tadamente nas numerosas representações de que conheceu este egrégio Tribunal, desde o exame da constitucionalidade da reforma Constitucional de 1926 ("Pandectas Brasileiras", Espindola, vol. I). A jurisprudência americana não diverge, e ali se discutiu se o **quorum** exigido para votação é dos membros presentes ou dos membros da Casa (Nacional Prohibition Cases 1920). Se o processo de ratificação de uma emenda constitucional foi regular (Leser versus Garnett — 1922). O Poder de ratificação do Congresso e os seus limites (Dillon versus Gloss — 1929) e tantos outros" (RTJ 47/185).

E, mais adiante, prossegue:

"Foi para evitar abusos dessa natureza (aumento disfarçado de subsídios, dividindo o expediente em três sessões distintas, correspondendo subsídios distintos)

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 225-229, 1972

que a Constituição dispos expressamente que os subsídios só poderiam ser aumentados para a legislatura subsequente.

Em hipótese muito semelhante decidiu este Supremo Tribunal Federal no acórdão — RE 40.982, com a seguinte ementa:

Exigindo a fixação de subsídio bem como a ajuda de custo, no fim de cada legislatura, a Lei Básica quis preservar o legislador da pecha de legislar em causa própria, deixando-se influenciar pela cobiça, que é sentimento fatal à natureza humana e, do ponto de vista jurídico, simplesmente imoral. Assim é que defeso ao legislador, por artifício, desdobrar o subsídio, dando-lhe a designação que lhe pareça mais consentânea ou mais sonora, a fim de aumentá-lo" (RF, 195/133) — RE 40.982 — Relator Ministro BARROS BARRETO).

4. Enfocando, agora e finalmente, a questão "in concreto", imperioso é asseverar:

a) o procedimento da Câmara Municipal de Santa Maria, em alterando os subsídios do Prefeito durante a passada legislatura, para viger ainda no seu decurso, foi providência eminentemente inconstitucional. Poderia e deveria majorar os subsídios do Chefe do Executivo somente ao final da última sessão legislativa daquela legislatura, mas com exclusiva vigência para todo o período legislativo ulterior;

b) uma vez que agiu como aqui, defrontamo-nos, ora, com um ato irreparável legalmente, porquanto a legislatura que viu consumir-se a erronia legal já se findou e, por igual, o então Prefeito beneficiado com a medida não o é mais;

c) relativamente ao atual Chefe do Executivo Santa-mariense, os efeitos conseqüências da omissão da anterior Câmara — em não fixando ao termo daquela legislatura os seus respectivos subsídios para todo o tempo de seu governo levantam-se como óbices inarredáveis a impedir, malgrado, possa ele ter os seus subsídios atualizados, devendo perceber o que percebe até o término de seu mandato.

É o parecer, "sub censura".

Porto Alegre, 22 de agosto de 1972.

Adaury Pinto Filippi
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 225-229, 1972

LAGOA MANGUEIRA — Pertence à União porque se situa dentro da faixa de fronteira (Decreto-lei 852, de 11/11/38, art. 2.º, V).

O Senhor Prefeito de Santa Vitória do Palmar encaminhou consulta a este órgão, assim exposta:

"Neste Município localiza-se a Lagoa Mangueira delimitada toda sua bacia por áreas territoriais deste Município, na qual os orizicultores fazem suas ligações para irrigar suas lavouras. Pergunta-se:

a — Se é possível cobrar uma taxa de licença pela concessão de água, uma vez que trata-se de lagoa interna, ao que parece, de propriedade do Poder Público;

b — Caso positivo, solicitamos o envio da minuta de Projeto de Lei que conceda autorização ao Executivo Municipal para aprovação pela Câmara de Vereadores."

É o relatório.

2. A Constituição Federal faz uma catalogação dos bens públicos e, entre estes, se refere a lagos. Os arts. 4.º e 5.º da Carta Magna, tratando do assunto, não são, porém, exaustivos, o que se infere dos próprios termos usados em sua redação:

Lê-se no art. 4.º:

"Incluem-se entre os bens da União:

I —

II — os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, constituam limites com outros países ou se estendam a território estrangeiro; (...)

V — os que atualmente lhe pertencem." (grifamos)

O art. 5.º arrola os bens dos Estados-membros, dizendo que se incluem entre os mesmos os lagos em terrenos de seu domínio (...)

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 230-235, 1972

Não especifica a carta federal os bens municipais.

Em seus "Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969." PONTES DE MIRANDA, a propósito do art. 5.º, comenta:

"Quer com a redação de 1967, quer com a redação de 1969, o lago que não está em terras de propriedade do Estado-membro, não é de propriedade do Estado-membro.

Se algum lago, ou lagoa, qualquer que seja o tamanho, já era reconhecido como parte integrante de algum terreno, de que alguém era proprietário, ou se era reconhecido como de propriedade de alguém, está pré-excluído, para o Estado-membro, o pressuposto de estar "em terreno de seu domínio" (isto é, de domínio do Estado-membro). O Estado-membro de modo nenhum é dono de lago que não está em terreno seu. O que poderia acontecer é que ele o adquirisse em virtude de negócio jurídico.

O lago ou lagoa somente se há de considerar de propriedade do Estado-membro: a) se o Estado-membro o adquiriu: pode tê-lo adquirido mesmo noutro Estado-membro, no distrito Federal ou em Território; b) se o lago ou lagoa é um terreno de propriedade do Estado-membro. Nenhum lago ou lagoa incluso em terreno de propriedade alheia se há de ter como propriedade do Estado-membro." (obra citada volume I, págs. 542/3)

Sendo as lagoas pequenos lagos, quando a Constituição ou a lei diz "lago", entenda-se igualmente "lagoa". PONTES DE MIRANDA tanto se refere a lagos como a lagoas ao tecer comentários aos artigos 4.º e 5.º acima mencionados.

A Lagoa Mangueira localiza-se inteiramente dentro do território do Município de Santa Vitória do Palmar, sendo cercada por terrenos de proprietários particulares. Não se situando em terrenos de propriedade do Estado nem da União, não recai sob o domínio dessas entidades da Federação, por obra da Constituição. Além do trecho acima transcrito, ensina PONTES DE MIRANDA, na obra citada (págs. 537 a 542 do volume I), que o diploma Constitucional, quando alude a águas situadas em terrenos da União ou dos Estados, não está-se referindo ao território, as-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 230-235, 1972

sento geográfico do País ou do Estado-membro, mas sim a bens que estão sob os seus respectivos domínios, por exercerem sobre eles o direito de propriedade à semelhança dos proprietários particulares.

A Lagoa Mangueira não se situa em terrenos do Estado ou da União. Também não apresenta as demais características dos lagos mencionados no inciso II do art. 4.º da Constituição. Inclui-se, no entanto, no inciso V do art. 4.º, como a seguir será demonstrado.

Entre a legislação ordinária vamos encontrar o Decreto-lei n.º 852, de 11/11/1938, o qual apresenta um dispositivo em que se enquadra a Lagoa Mangueira, atribuindo à União o domínio sobre a mesma, entre outros bens hídricos. Eis o dispositivo legal referido:

“Art. 2.º — Pertencem à União as águas:

V — dos lagos, bem como dos cursos d’água existentes dentro da faixa de cento e cinquenta quilômetros, ao longo das fronteiras”. (grifamos)

Este decreto-lei 852 acrescentou modificações ao Código de Águas, consubstanciado no Decreto n.º 24.643, de 10/7/34. Digamos, incidentalmente, que o Código de Águas, apesar de revestir a forma de Decreto, é verdadeira lei em sentido formal e material, por ter sido editado pelo Presidente da República, na conformidade com o estatuído pelo Governo Provisório, no art. 1.º do Decreto n.º 19.398, de 11/11/1930, segundo o qual o Presidente detinha o poder executivo e o legislativo, com competência, inclusive, para derogar a Constituição vigente na época.

A nosso ver, de acordo com o conceito legal de águas públicas, pelo art. 29, inciso I, do Código de Águas, já cabia à União o domínio sobre a Lagoa Mangueira. Sem dúvida esta lagoa se situa dentro da faixa de cem quilômetros ao longo da fronteira.

O Decreto-lei n.º 852/38, em seu art. 2.º, inciso V, não faz distinção entre águas, com destaque às públicas de uso comum, como o faz o art. 29 do Código de Águas, sendo aquele diploma (Decreto-lei n.º 852) de abrangência mais ampla no que respeita ao tipo de águas, para enquadrá-las no domínio público, além de alargar a faixa de fronteira, para efeito de controle sobre os bens hídricos.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 230-235, 1972

Lê-se no art. 29 (parcialmente derogado):

“As águas públicas de uso comum, bem como o seu alveio, pertencem:

I — A União:

d) Quando situadas na zona de cem quilômetros contigua aos limites da República com estas nações.”

O art. 29 também atribui outros bens hídricos à União, aos Estados e aos Municípios, os quais, no entanto, não serão aqui referidos, por não interessarem ao deslinde do problema em foco. 3. A vista do art. 29, caberia indagar se a Lagoa Mangueira se constitui ou não em água pública de uso comum, para classificá-la como bem público ou privado e fazer o seu enquadramento jurídico.

Vem à tona nesse ensejo uma questão longamente debatida na oportunidade da elaboração do Código de Águas. Conforme se lê em sua obra “Tratado de Direito Administrativo”, Themistocles Cavalcanti levantou-se contra o critério de navegabilidade que veio a prevalecer na lei, o que se mostrou insuficiente, na prática, para a repartição das águas em públicas e privadas, tendo ocorrido sucessivas modificações no Código de Águas.

O atributo da navegabilidade por muito tempo foi a característica utilizada para classificar as águas como bens públicos de uso comum do povo. Entretanto, aos poucos, ao critério da navegabilidade foram acrescidos outros para a classificação das águas como públicas, tendo em vista a necessidade de seu aproveitamento para desenvolvimento da indústria de energia elétrica, abastecimento das populações, irrigação da agricultura e da higiene pública.

Diz Themistocles Cavalcanti na obra referida que: “o critério da definição das águas públicas obedece, entre nós, ao princípio tradicional, adaptado às exigências da indústria moderna, adaptação que não foi levada a ponto de emancipar-se a nova doutrina dos conceitos que se encontram nos antigos tratadistas”. (In “Tratado de Direito Administrativo”, vol. III, pág. 186).

De acordo com o art. 2.º, b, e § 3.º do Código de Águas (Decreto n.º 24.643, de 10/7/1934), são públicos de uso comum os lagos ou lagoas navegáveis ou flutuáveis alimentados por corrente de uso comum, mesmo quando existentes dentro de propriedade particular.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 230-235, 1972

Lê-se em "Dos Bens Públicos", de José Cretella Junior, pág. 245, ed. 1969:

"Navegável, para os efeitos de classificação, é o curso d'água no qual, "pleníssimo flumine", isto é, coberto todo o álveo, seja possível a navegação por embarcações de qualquer natureza, inclusive jangadas, num trecho não inferior à sua largura; para os mesmos efeitos, é navegável o lago ou lagoa que, em águas médias, permita a navegação em iguais condições, num trecho qualquer de sua superfície (Decreto-lei n.º 2.281, de 5/6/1940, art. 6.º). O decreto-lei n.º 21.235, de 2/4/1932, art. 2.º, dispunha: "Consideram-se navegáveis os rios e lagoas em que a navegação seja possível por embarcações de qualquer espécie, inclusive jangadas, balsas e pranchas".

"Flutuável é o curso em que, nas águas médias, seja possível o transporte de achas de lenha, por flutuação, num trecho de comprimento igual ou superior a cinquenta vezes a largura média do curso no trecho" (Decreto-lei n.º 2.281, de 5/6/1940, art. 6.º)".

Por aí se vê quão complexa pode-se tornar, na prática, por esse critério, a classificação das águas caso a caso.

Diante do texto do art. 2.º, V, do Decreto-lei n.º 852, de 11/11/38, desnecessário se torna perquirir sobre a navegabilidade ou flutuabilidade da Lagoa Mangueira para efeito de sua classificação como bem público do domínio da União. Basta saber que se situa dentro da faixa de cento e cinquenta quilômetros ao longo das fronteiras.

4. O Código de Águas prevê em seu art. 36, parágrafo 2.º, que o uso comum das águas pode ser gratuito ou retribuído, conforme as leis e regulamentos da circunscrição administrativa a que pertencerem.

Somente a União poderia impor ônus para os usuários da água da Lagoa Mangueira, ou, então, delegar poderes para a cobrança, através de concessão ou permissão.

A retribuição pelo uso da água há de se dar quando a água é tratada para tornar-se potável, mas não pelo simples uso da água extraída da natureza.

Citando Teixeira de Magalhães, refere José Cretella Júnior, na obra citada, pág. 237:

"A água, considerada fisicamente e como elemento da natureza olhada abstratamente e com a sua maior generalidade, é insuscetível de apropriação exclusiva e,

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 230-235, 1972

como tal, ocupa o lugar dos outros elementos — o ar, a luz, o calor. Deste ponto de vista, está franqueada ao livre gozo, ao uso comum de todos, sem que possa converter-se nunca no domínio exclusivo de alguém. Está em linguagem usual, na comunidade negativa do gênero humano." (grifamos)

O Código de Águas assegura o livre uso das águas públicas, entre outros fins, para a agricultura, inclusive o direito de fazer represas ou açudes, sem que estabeleça a obrigatoriedade de qualquer retribuição por esse uso (arts. 117 e 119).

5. Por todo o exposto, é de concluir-se que não pode o Município consulente impor retribuição pecuniária aos agricultores pela canalização que os mesmos fazem das águas da Lagoa Mangueira. Prejudicada a indagação sobre cobrança de taxa, pois que esta só poderia ter lugar se o município prestasse algum serviço relativamente ao uso da água e se tivesse permissão da União para exploração de águas do domínio da República.

É o parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 30 de agosto de 1972.

Renita Maria Hüllen
Consultor Jurídico

PARECER n.º 2112/CGE

RETROCESSÃO. Inexistência do direito à retrocessão quando a nova destinação do bem desapropriado inclui-se entre as de utilidade pública. Natureza pessoal do direito de retrocessão.

1. A Secretaria de Segurança Pública tem interesse em construir no terreno contíguo ao seu edifício-sede, mais precisamente, na esquina da rua Prof. Freitas e Castro com a Av. João Pessoa, um prédio destinado a repartições vinculadas àquela Pasta que se encontram atualmente espalhadas por vários pontos da Capital.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 235-241, 1972

O referido terreno pertence à União e foi por essa desapropriado para nele construir-se o quartel general da 5.^a Zona Aérea, razão por que o então Secretário da Segurança Pública, Cel. Jayme Mariath, resolveu oficialiar ao comando daquela unidade para saber de sua aquiescência, ou não, em que o quartel-general fosse construído noutro local a fim de que, em caso afirmativo, pudessem ser iniciadas gestões no sentido da aquisição do terreno pelo Estado.

Em resposta ao ofício do Senhor Secretário assim se pronunciou o Comandante da 5.^a Zona Aérea:

"I — Apraz-me responder o Ofício acima referido, informando que, face ao parecer da Divisão de Engenharia desta Zona Aérea, este Comando não tem objeções quanto à troca dos terrenos objeto de seu pedido. / II — Cumpre, porém, ao Comando, alertar V. Ex.^a, quanto aos possíveis riscos de futuros pedidos de retrocessão dos terrenos desapropriados, com o fim específico de neles se construir o Quartel General da 5.^a Zona Aérea. Felizmente, há jurisprudência atual é pacífica, quanto à mudança de finalidade de terrenos desapropriados — desde que mantida a utilidade pública — como ocorre no caso em foco. (...)"

Foram anexadas ao expediente certidões do Registro de Imóveis da 2.^a Zona desta Capital, pelas quais se comprova que as desapropriações de que resultou a aquisição pela União do terreno mencionado foram todas efetivadas consensualmente, por escritura pública.

Despachando o expediente, o Excelentíssimo Senhor Secretário da Segurança solicita a respeito pronunciamento desta Consultoria-Geral.

É o relatório.

2. O instituto da retrocessão, que, segundo HELIO DE MORAES SIQUEIRA, é o "direito que tem o antigo proprietário de reaver os bens expropriados pelo preço por que o foram, se inexistentes as causas legais da desapropriação ou desvirtuados seus fins específicos" (A Retrocessão nas Desapropriações, p.47), tem seu assento legal no art. 1150 do Código Civil, que assim dispõe:

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 235-241, 1972

"A União, o Estado, ou o Município, oferecerá ao expropriário o imóvel desapropriado, pelo preço por que o foi, caso não tenha o destino, para que se desapropriou."

Comentando o referido dispositivo, leciona PONTES DE MIRANDA:

"A despeito de se achar na lei civil a regra jurídica, tal heterotopia é inoperante: o direito, a pretensão e a ação que surgem ao que sofreu a desapropriação são de direito público, e não de direito privado. Se o bem foi adquirido por outra entidade de direito público que a União, o Estado-membro, Distrito-Federal, o Território ou Município, ou por alguma entidade de direito privado, a preferência é exercível pelo desapropriante, se o vai destinar ao mesmo fim, ou pelo que sofreu a desapropriação. (...). O direito da reaquisição existe, quer se haja desapropriado bem imóvel ou bem móvel" (Tratado, tomo XIV, § 1.612,5, p. 172).

3. Mas, se isso é certo, não menos certo é que segundo a doutrina e a jurisprudência, o direito de retrocessão não há de surgir desde que, desviado da finalidade para a qual se deu a desapropriação, a nova destinação do bem esteja incluída entre os casos de utilidade pública suscetíveis de gerar o direito de desapropriar.

Doutrina a respeito ROCHA LAGOA:

"Impõe-se assinalar, entretanto, convirem tanto a doutrina como a jurisprudência ser lícito à Administração Pública que haja procedido à expropriação forçada de imóvel para determinado fim de utilidade pública, modificar a natureza da atividade a ser desenvolvida no imóvel expropriado, caso a nova atividade se encontre prevista entre as hipóteses de utilidade pública definidas pela ordem jurídica como constituindo motivos de expropriação forçada em si mesmos (art. 5.^o, Decreto-lei n.^o 3.365, acima citado). É o caso, por exemplo, do imóvel objeto do ato declaratório de utilidade pública para o fim de nele ser construída uma escola, ser posteriormente utilizado, após o término do processo

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 235-241, 1972

judicial de expropriação forçada, na construção de uma caserna. Razões de economia simultaneamente **processual e administrativa** levam doutrina e jurisprudência a negar a retrocessão quando o novo destino visa a satisfazer outro motivo de interesse público." (grifos do autor) (Parecer inserto na Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara, vol. 21, p. 447-8).

No mesmo sentido EBERT CHAMOUN:

"(...) a exigência constitucional de que a desapropriação se faça por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, legitima a utilização da coisa desapropriada, por parte do poder público, **para qualquer fim de utilidade pública**, e não apenas, especificamente, para aquele caso apontado no decreto de desapropriação." (Da Retrocessão nas desapropriações, Rio, 1959, p. 74, *apud* parecer Rocha Lagoa, op. e loc. cit.)

Também HELY LOPES MEIRELLES:

"Embora o Código Civil diga que o imóvel deverá retornar ao ex-proprietário "caso não tenha o destino para que se desapropriou", esse "destino" é de ser entendido como qualquer fim de utilidade, de necessidade pública, ou interesse social, e não somente aquele que se especificou no ato expropriatório. Assim, se um terreno desapropriado para a construção de uma escola pública for transformado em uma praça pública, não ensejará retrocessão porque tanto a destinação originária, como a que efetivamente lhe foi dada, constituem justa causa para a desapropriação." (Direito Administrativo Brasileiro, p. 505)

E, por sua vez, cancelando a doutrina, o Egrégio Supremo Tribunal Federal:

"É por isso que a jurisprudência tem entendido que o "destino da coisa expropriada" deve compreender todas as finalidades de interesse social e não somente as especificadas no Decreto (R. T. 275.261), embora com outras características (Recurso Extraordinário n.º

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 235-241, 1972

53.771, R.T.J., 39/45)." (Recurso Extraordinário n.º 67.079, Relator Ministro Temístocles Cavalcanti, RDA. 102/190)

Assim também as decisões nos Recursos Extraordinários: 52.113, de 10/10/63 (Revista Forense 206/89), 25.115, de 5/11/64 (Revista de Direito Administrativo 41/200), 53.771, de 21/6/66 (Revista Trimestral de Jurisprudência 39/495), 57.315, de 26/9/66 (Revista Trimestral de Jurisprudência 42/195).

4. Ora, se assim é, se a destinação diversa do bem desapropriado não gera direito à retrocessão desde que a nova destinação se inclua também entre as de utilidade pública, é evidente que, havendo de ser destinado o terreno cuja aquisição o Estado pretende a um fim de utilidade pública e, mais, a um fim de utilidade pública expressamente previsto no art. 5.º, m, do Decreto-lei 3.365, de 21/6/1941, ou seja, a construção de edifício para a instalação de repartições da Secretaria de Segurança Pública, não há como se possa temer qualquer pedido de retrocessão dos antigos proprietários com fundamento no desvio de finalidade do bem desapropriado.

5. Ademais, no caso em espécie, tomando ainda mais problemático qualquer pedido de retrocessão, haverá uma circunstância importante: todas as desapropriações de que resultou a aquisição pela União do terreno questionado foram celebradas consensualmente, por escritura pública, e se é certo que, segundo poderosa corrente doutrinária e jurisprudencial (cf. PONTES DE MIRANDA, Tratado, tomo XIV, p. 174, SEABRA FAGUNDES, Da Desapropriação no Direito Brasileiro, p. 401, EBERT CAMOUN, Da Retrocessão nas Desapropriações, p. 89, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 65.532, de 28/2/1969, RTJ 48/749), a consensualidade da desapropriação é irrelevante para a retrocessão, eis que não retira a coatividade do ato expropriatório, não menos certo é que existe orientação diversa, entendendo insuscetível de surgir o direito de retrocessão se efetivada consensualmente a desapropriação. Assim, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal: "Havendo o expropriado ajustado o preço e a venda, por escritura pública, não pode intentar ação de nulidade de desapropriação" (Recurso Extraordinário n.º 25.115, Relator Ministro EDGARD COSTA, Revista de Direito Administrativo, 41/200).

6. Por outro lado, quando assim não fosse, o direito de retrocessão tem sido entendido predominantemente na jurisprudência

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 235-241, 1972

como simples direito pessoal, que, inadimplido, se resolve em perdas e danos, daí decorrendo que, reconhecido que fosse ele aos antigos proprietários, tal reconhecimento apenas ensejaria a obrigação pessoal do expropriante, no caso a União, em reparar possíveis perdas e danos, sem qualquer repercussão, no entanto, em relação ao Estado, simples adquirente do bem desapropriado.

Certo, existem ponderáveis parcelas da doutrina e alguma decisão jurisprudencial que, com fortes argumentos, inclusive de ordem constitucional, sustentam a realidade do direito de retrocessão. Assim, por exemplo, AGOSTINHO ALVIM (Da Compra e Venda e da Troca, p. 18), VICENTE RAO (O Direito e a Vida dos Direitos, p. 390, nota 113), SEABRA FAGUNDES (Da Desapropriação no Direito Brasileiro, p. 397) e outros, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na recente apelação cível n.º 6.405, com o voto vencido do Dr. AMARAL BRAGA (Revista de Jurisprudência do TJRS 22/180) e o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 32.410 de 29/4/1957 (Diário da Justiça de 7/10/53).

Mas é inquestionável que, atualmente, com o apoio de TE MISTOCLES CAVALCANTI (Tratado de Direito Administrativo, vol. III, p. 105), F. WHITAKER (Desapropriação, p. 114), CLÓVIS BEVILÁQUA, (Comentários, vol. IV, p. 321-2), JOÃO LUIZ ALVES (Código Civil, p. 784), e outros, é predominante na jurisprudência, máxime do Supremo Tribunal Federal, a orientação no sentido de pessoalidade do direito de retrocessão.

Eis, com efeito, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"O art. 35 da Lei n.º 3.365, combinado com o art. 1.150 do Código Civil, autoriza a vedar a reivindicação mas permite ressarcir prejuízos ao expropriado compreendendo-se no *petitum* a retrocessão, o pagamento das perdas e danos, custas e honorários de advogado." (Recurso Extraordinário n.º 65.532, Relator Ministro Luiz Galotti, RDA 98/179)

E, no mesmo sentido, as decisões proferidas nos recursos extraordinários n.ºs 57.315, de 26/9/1966 (RTJ 9/205).

Dessa forma, por todo o exposto, ENTENDO inexistirem quaisquer impedimentos, principalmente quanto a possíveis pedidos de retrocessão por parte dos antigos proprietários, na aquisição pelo Estado do terreno questionado, eis que (a) haverá tal terreno de ser aplicado a um fim de utilidade pública expressamente pre-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 235-241, 1972

visto na letra "m" do art. 5.º do Decreto-lei n.º 3.365; (b) a sua desapropriação pela União foi efetivada consensualmente e (c) o direito de retrocessão, sendo direito pessoal **contra o expropriante**, seria sem qualquer repercussão contra o Estado, simples adquirente.

É o parecer, smj

Porto Alegre, 8 de junho de 1972

Caio Martins Leal
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2146/CGE

RECEITA E DESPESA PÚBLICAS. —
PRINCÍPIO DA UNIDADE DE CAIXA
FISCAL. LEI N.º 4.320/64.

— O princípio da unidade de caixa fiscal, dogmaticamente acolhido pela Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964, impõe que a arrecadação da receita e o pagamento da despesa, na execução orçamentária, sem prejuízo de que a receita e a despesa públicas possam ser realizadas indiretamente, por via bancária, estejam unificadas, ao menos contabilmente, nos órgãos fazendários centrais do Estado, sempre atendidas no seu processamento as normas de contabilidade pública e de fiscalização financeira e orçamentária.

Por ofício sob referência OF.GAB/000916, de 13 de abril de 1972, dirigido ao Exmo. Senhor Governador do Estado, solicita autorização o Exmo. Senhor Secretário da Educação e Cultura para que as taxas de inscrição aos Exames Supletivos de 1.º e 2.º graus, fixadas na forma do Decreto-lei n.º 532, de 16 de abril de 1969, para serem pagas pelos candidatos aos mesmos exames, possam ser "depositadas, pelos interessados, no Banco do Estado do Rio Grande do Sul S. A., e na Caixa Econômica Estadual, na

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 241-245, 1972

Capital e no Interior do Estado nas cidades-sedes das Delegacias de Educação, em conta especial a favor" daquela Secretaria, a cargo de cuja Unidade de Orçamento ficaria também o controle dos mesmos depósitos. Lembrando a destinação específica da taxa de inscrição, com a cobrança da qual se visa exatamente a atender às despesas havidas com a realização das provas referidas, argumenta a autoridade oficiante, justificando o solicitado, que o sistema de execução dos Exames Supletivos "precisa, com efeito, ficar dotado, no tocante ao uso dos recursos, de uma flexibilidade capaz de evitar venham a ser adiadas provas e exames, os quais envolvem considerável massa de interessados", por isso mesmo "não podendo as providências necessárias ao seu cumprimento, quando obrigarem as despesas, ficar na dependência dos trâmites orçamentários habituais". Por determinação do Exmo Senhor Governador do Estado, para que houvesse manifestação desta Casa, vieram os autos, distribuídos ao Gabinete de Assessoramento Jurídico.

É o relatório.

2. O deslinde da questão ora posta, problema de Administração Financeira, integra a evolução dos estados modernos na gestão da economia financeira. Foi exatamente essa evolução que levou à surgência e ao desenvolvimento dessas duas instituições constitucionais, por sua própria natureza indissociavelmente ligadas, que são as leis de orçamento e os tribunais de contas. O nascimento dos estados constitucionais, assim trazendo no seu bojo a instituição orçamentária, da qual um dos princípios estruturais é o da unidade da lei de orçamento, trouxe consigo também, na execução dessa mesma lei orçamentária, o estabelecimento das Caixas Centrais ou Gerais, para onde afluem todas as rendas públicas, ao menos do ponto de vista contábil. Vale dizer, em decorrência do princípio da unidade do orçamento, ou de sua universalidade, pelo qual "figuram obrigatoriamente no seu texto todas as receitas prováveis do exercício financeiro, e todas as despesas, inclusive as *extraordinárias*" (cf. CARLOS MAXIMILIANO, in *Comentários à Constituição Brasileira*, 3.^a ed., 1929, n.º 283, pág. 402), vigora, na execução dessa mesma lei financeira, o **princípio da unidade de caixa fiscal**. Cristalizam-se aqui, no plano da execução orçamentária, como bem aponta KARL THEODOR VON EHEBERG, as idéias de unidade e generalidade do orçamento (aut.cit., in *Compendio de Hacienda Publica*, 1945.15., pág. 38), ou, em outra formulação, o postulado da homogeneida-

de da administração pública como economia, em derivação do postulado do máximo proveito e do mínimo prejuízo sociais, no exercício da administração financeira (cf. KAREL ENGLIS, in *Introducción a la Ciencia Financiera*, 1937, pág. 67).

3. A partir mesmo da adoção da lei de orçamento como instituto constitucional, não poderia ter sido outra a orientação seguida pela nossa legislação financeira. Assim, a Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964, a qual estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados dos Municípios e do Distrito Federal, ao tratar da execução orçamentária, expressamente acolhe o princípio da unidade de caixa fiscal, quando dispõe, no seu artigo 56, que "o recolhimento de todas as receitas far-se-á em estrita observância ao princípio de unidade de tesouraria, vedada qualquer fragmentação para criação de caixas especiais", o que não é novo, no entanto, pois que, no parágrafo único do artigo 13 da Codificação das Normas Financeiras para os Estados e Municípios, aprovada pelo Decreto-lei n.º 2.416, de 17 de junho de 1940, já ficara dito que "a arrecadação constituirá um todo para atender às despesas autorizadas, sendo vedada a sua fragmentação para a criação de fundos especiais"; com o que apenas se repetia disposição antes contida entre aquelas normas orçamentárias, financeiras e de contabilidade aprovadas, para os Estados e Municípios, pelo Decreto-lei n.º 1.804, de 24 de novembro de 1939. (Parte Terceira, Resolução VII). E, antes ainda, o Código de Contabilidade da União, a teor do seu Regulamento (Decreto n.º 15.783, de 8 de novembro de 1922), não somente havia centralizado toda a contabilidade federal no Ministério da Fazenda (artigo 1.º), como determinava o recolhimento das rendas da União, arrecadadas pelos agentes ou repartições competentes, "aos cofres da Tesouraria Geral do Tesouro Nacional ou de suas delegacias, diretamente ou por intermédio das repartições postais e agências bancárias, mediante autorização do Ministro da Fazenda". (art. 150)

4. Quanto aos pagamentos, como contrapartida lógica da unificação de caixa arrecadadora fiscal, fica também a sua efetivação centralizada, ao menos contabilmente, no órgão administrativo a quem se comete o exercício da administração financeira, vale dizer, ao Ministério Federal e às Secretarias Estaduais e Municipais da Fazenda. Tanto reza o art. 65 da mesma Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964, quando dispõe que "o pagamento da despesa será efetuado por tesouraria ou pagadoria regularmente ins-

tituída; por estabelecimentos bancários credenciados e, em casos excepcionais, por meio de adiantamentos". Assim, como princípio geral, o pagamento das despesas públicas, entendido como o cumprimento das ordens de pagamento regularmente emitidas, depois de empenhada e processada a despesa, será feito, direta ou indiretamente (por exemplo, através do credenciamento de estabelecimentos bancários), mas sempre por tesourarias ou pagadorias regularmente instituídas, isto é, integradas no órgão gestor da administração financeira pública, leve esse o nome de Ministério ou Secretaria da Fazenda, Tesouro Nacional ou do Estado, ou ainda qualquer outro, pois que é definido por suas funções na estrutura administrativa estatal. Outro não era o conteúdo do art. 14 e seu parágrafo único do Decreto-lei n.º 2.416, de 17 de julho de 1940, bem como do sistema contábil público instituído pelo Código de Contabilidade Pública da União.

5. Não se compreenda, no entanto, a partir do princípio da unidade de caixa fiscal, dogmaticamente acolhido, como se viu, que a arrecadação da receita e o pagamento da despesa não se possam fazer senão diretamente pelo próprio administrador fazendário. Bem pelo contrário, não se confundem a arrecadação da receita e o pagamento da despesa com a realização da receita e despesa pública, a qual pode ser cometida a particulares, geralmente estabelecimentos bancários, como forma indireta de execução da arrecadação e do pagamento. Aliás, quanto à Administração Pública Federal, manda o Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, no seu art. 74, que seja utilizada a via bancária, sempre que possível, na realização da receita e da despesa públicas. Por isso mesmo, nada obsta a que se atenda à solicitação, *in hac specie*, do Exm.º Senhor Secretário da Educação e Cultura, no que tange ao depósito da taxa de inscrição aos Exames Supletivos de 1.º e 2.º Graus, pelos candidatos interessados no Banco do Estado do Rio Grande do Sul S. A. e na Caixa Econômica Estadual, na forma proposta. O que está vedado, no entanto, de uma parte, é que o montante decorrente de tais depósitos permaneça em conta bancária, à disposição da Secretaria de Educação e Cultura, para ser por essa Pasta livremente movimentada, sob o único controle de sua Unidade de Orçamento, ainda que tão-só para o atendimento das despesas havidas com a realização dos Exames Supletivos: obrigatório é o recolhimento desse mesmo montante, ainda que arrecadado indiretamente por via bancária, à Secretaria da Fazenda, especificamente ao Tesouro do Estado, no mínimo sob forma contábil. De outra parte, também o pagamento

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 241-245, 1972

das despesas sempre em menção não se poderá furtar aos trâmites orçamentários habituais, mediante empenho e processamento pelos órgãos fazendários e de fiscalização financeira e orçamentária, ainda que, ao final, se possa de novo recorrer às vias bancárias, na realização propriamente dita do pagamento. Refira-se, por fim, que as alegadas necessidades de urgência e de flexibilidade no uso dos recursos financeiros públicos são perfeitamente atendidas através do instituto contábil do **adiantamento**, desde que oportunamente solicitado, o qual é definido pela Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964, no seu art. 68, como o regime consistente "na entrega de numerário a servidor, sempre precedido de empenho na dotação própria, para o fim de realizar despesas, que não possam subordinar-se ao processo normal de aplicação".

6. De todo o exposto, entendo:

a) que o princípio da unidade de caixa fiscal, dogmaticamente acolhido pela Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964, impõe que a arrecadação da receita e o pagamento da despesa, na execução orçamentária, sem prejuízo de que a receita e a despesa públicas possam ser realizadas indiretamente, por via bancária, estejam unificadas, ao menos contabilmente, nos órgãos fazendários centrais do Estado, sempre atendidas no seu processamento as normas de contabilidade pública e de fiscalização financeira e orçamentária;

b) que, conseqüentemente, ainda que arrecadado indiretamente, por via bancária, não poderá permanecer à disposição da Secretaria da Educação e Cultura, para sua livre movimentação, em conta-corrente bancária, sob o único controle de sua Unidade de Orçamento, o depósito resultante do pagamento de taxa de inscrição aos Exames Supletivos de 1.º e 2.º Graus, o qual depósito deverá, obrigatoriamente, no mínimo sob forma contábil, ser recolhido ao Tesouro do Estado;

c) que, da mesma forma, ainda que realizadas indiretamente, por via bancária, deverão as despesas relativas à efetivação dos Exames Supletivos de 1.º e 2.º Graus serem empenhadas e processadas de modo habitual, a não ser que a Secretaria da Educação e Cultura, em face das alegadas necessidades de urgência e flexibilidade no seu atendimento, resolva se valer do instituto contábil do adiantamento, na forma de sua regulação legal. É o parecer.

Porto Alegre, 13 de julho de 1972.

Manoel André da Rocha
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 241-245, 1972

ESTABILIDADE.

Para obtenção do benefício inserto no parágrafo 2.º, do artigo 17 da Constituição Federal de 1967, é mister que os requisitos ali postos estejam simultaneamente presentes em 24 de janeiro de 1967, data de sua promulgação.

A. R. M. R., professora do Ensino Médio II, padrão M 4-0, contratada, em exercício na Escola Normal "Madre Amélia", em Rio Pardo, no expediente protocolado nesta Consultoria-Geral sob n.º 2331/71, requereu ao Exmo. Sr. Secretário da Administração lhe sejam concedidas:

- 1 — a estabilidade, alegando contar mais de cinco anos de magistério à data da Constituição Federal de 1967; e
- 2 — a gratificação adicional de 15%, a partir de 1.º de outubro de 1970, "data em que completou 15 anos ininterruptos de magistério estadual."

A postulante argumenta que, embora tenha sido contratada em março de 1964, para lecionar no Ensino Médio — três (3) anos antes da data da promulgação da Carta Magna — já exercia o cargo de professora do Ensino Primário desde 1955, do qual se exonerou em 1970, anexando, outrossim, para comprovação do alegado, cópias "xerox" de três certidões de tempo de serviço, fornecidas pelo Tesouro do Estado.

O processo, após cumprir pedido de diligência na Secretaria da Educação e Cultura, retornou à Pasta da Administração, onde colheu, então, pronunciamento favorável da Assessoria Jurídica, que, em longo arrazoado, concluiu que, "no cômputo do quinquênio previsto no § 2.º do art. 177 da Constituição de 24/1/67, somam-se os períodos contínuos ou descontínuos de serviços prestados ao Estado."

Inobstante essa manifestação, o Sr. Coordenador daquela Assessoria entendeu conveniente fosse ouvido este Órgão Consultivo, "ante a peculiaridade da posição funcional da espécie", isto é, levando-se em conta a circunstância da postulante, em sendo professora do Ensino Primário, em caráter efetivo, ter acumulado, pelo período de três anos, até o advento da Constituição do Brasil, para o efeito de estabilidade, o cargo de Professora do Ensino Médio, para o qual fora contratada.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 246-249, 1972

É o relatório.

Ante a peculiaridade com que se apresenta a situação da requerente, no desempenho de duas funções públicas — uma como professora do Ensino Primário, em caráter efetivo, desde 1955, e, outra, como professora contratada do Ensino Médio, em cujas funções estava regularmente investida, desde 1964, — entendemos, em que pese ao parecer da Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração, não lhe assistir direito à pretendida estabilidade na função em que se encontrava contratada. O texto constitucional, que lhe daria ensejo a essa pretensão, não vem em seu socorro, pois não poderá ela computar, para esse efeito, o tempo em que serviu, em caráter efetivo, como professora primária, do qual só agora veio a se desvincular, com o precípua e exclusivo objetivo de alcançar a estabilidade prevista no § 2.º do art. 177, da Constituição Federal de 1967.

Embora no serviço público seja possível, atendidas determinadas circunstâncias, a acumulação de duas posições funcionais, é indispensável, contudo, que se tenha em vista que o decurso do exercício de uma dessas posições não poderá correlacionar-se com a outra, vez que é vedada a acumulação de tempo de serviço, quando o funcionário exerce contemporaneamente dois ou mais cargos. Como já bem assinalava o extinto Conselho do Serviço Público,

"O servidor que acumula deve ser considerado, perante a Administração, como duas pessoas distintas, cabendo-lhe, assim, preencher, em cada posição que ocupa, todas e cada uma das exigências postas em lei para a concessão dos direitos, garantias ou vantagens correspondentes. Não é possível transferir tais requisitos de um cargo para o outro, a fim de auferir num vantagem que não pode alcançar no outro." (in Parecer n.º 7465, publicado no D. O. de 20/5/68)

Assim sendo, como a professora A. R. M. R., em 24 de janeiro de 1967, estivesse em pleno exercício de seu cargo de professora do Ensino Primário, dele só em 1970 vindo a desvincular-se, não poderá contar qualquer parcela de tempo de serviço desse cargo, para valer-se dos benefícios consubstanciados no § 2.º do art. 177, da Carta Magna Federal, com o objetivo de estabilizar-se na função em que, então, contava apenas três anos de serviço. Sua pretensão de computar tempo não-concorrente só poderia ser exitosa, se àquela data já estivesse desvinculada do

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 246-249, 1972

cargo de professora primária. Fora dessa hipótese, não há como se considerar o tempo de serviço na função de professora do Ensino Primário para obter, agora, o ato declaratório de sua estabilidade na função para a qual estava contratada.

Sobre a interpretação do § 2.º do art. 177 da Constituição de 1967, objeto de tantas dúvidas quanto à sua aplicação prática, houve vários pronunciamentos da douta Consultoria-Geral da República, todos publicados no Diário Oficial da União. Dentre eles, destaca-se o de n.º 671-H, de 16/4/1968, da lavra do insigne Dr. Adroaldo Mesquita da Costa, que, em determinado lance, afirmava:

“O que se há de perquirir é o status do funcionário na data da promulgação da Constituição. Se estava ele no exercício de determinado cargo, em decorrência de investidura regular, e contava, pelo menos, cinco anos de serviço público, a sua estabilidade, *ex vi* do disposto no art. 177, § 2.º, da Carta Magna, deve ser declarada naquela situação. São requisitos, portanto, para a auferição da vantagem, o exercício do cargo, a investidura regular neste e o quinquênio de prestação de serviço público. Tudo isso observado na data da promulgação, vale dizer, em 24 de janeiro de 1967.”

Depreende-se desse parecer que quando aquele ilustre jurista fala em “quinquênio de prestação de serviço público”, para o beneficiário lograr obter a estabilidade de que cogita o dispositivo constitucional, há de ser um lapso de tempo de serviço que, à data da Constituição, não estivesse vinculado, concomitantemente, a outro cargo. E nesse ponto, aliás, a interpretação foi bem liberal, vez que admitia que esse tempo pudesse ser prestado em qualquer esfera de direito público federal, estadual ou municipal, com ou sem interrupção.

É oportuno, ainda, assinalar que o aludido parecer declara que “a Constituição, no particular, agiu como máquina fotográfica, colhendo, **naquele momento**, a posição funcional de cada servidor.” (g. n.) Em decorrência, pois, desse pronunciamento, a suplicante, para valer-se da vantagem que a Constituição assegurou, deveria estar, por inteiro, desvinculada do cargo de professora do Ensino Primário, naquela data, ou seja, em 24 de janeiro de 1967. Não pode ela, portanto, agora, pretender computá-lo para o efeito de somar os cinco anos necessários à estabilização no cargo de professora do Ensino Médio.

Diante dessas considerações, somos pelo indeferimento relativamente ao pedido de estabilidade, devendo, no entanto, ser-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 246-249, 1972.

lhe deferido o de percepção da gratificação adicional de 15% se contar, a suplicante, com mais de 15 anos de serviço público estadual.

Salvo melhor entendimento, este é o nosso parecer.

Porto Alegre, 18 de agosto de 1972.

Emílio Rodrigues
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2153/CGE

PENSÃO — A sua concessão pelo Estado em decorrência do art. 154 do Estatuto é complementar à percebida pelo pensionista da Instituição Previdenciária. A revisão de tais pensões se fará na base de 70% do aumento concedido aos servidores ativos. O ato concessivo da vantagem deverá revestir a forma do Decreto. A Secretaria da Administração se deve cometer a tarefa de examinar a concessão de tais vantagens, inclusive suas majorações.

A — O processo CGE/489/72, em que é interessada T. P. C., oriundo da Chefia da Casa Civil, vem ter a esta Consultoria-Geral para o fim de se examinarem as seguintes questões:

- a) A pensão concedida pelo Estado à vista do art. 154 da lei n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, é complementar à percebida da instituição previdenciária, ou cumulativa com esta?
- b) As revisões de valor das pensões de que trata são realizadas à base de 70% do aumento de vencimentos respectivo, ou fazendo o valor da pensão equiparar-se aos vencimentos vigentes? O mesmo critério aplica-se às pensões concedidas antes e depois da Lei n.º 4.937?
- c) A concessão deve ser feita mediante Ato simples, como os relativos a pessoal, ou mediante Decreto segundo o estilo solene dos fundados no art. 66, item IV, da Constituição do Estado?

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 249-252, 1972

- d) A que órgão compete, na administração centralizada, o preparo dos Atos relativos a tais pensões e o controle de seus reajustes e pagamentos?

B — A Lei n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952 (Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado) estabeleceu em seu art. 154 que “O Estado assegurará, na forma a ser prevista em lei, uma pensão, nunca inferior a 2/3 do vencimento, às pessoas da família do funcionário morto em consequência de acidente ou agressão não provocada, no exercício de suas atribuições, ou por causa delas, bem como de moléstia profissional”.

Mais tarde, pela Lei n.º 4.187, de 6 de novembro de 1961, acrescentou-se a tal dispositivo um parágrafo, segundo o qual “A pensão de que trata o artigo será revisada toda vez que forem majorados os vencimentos dos servidores em atividade na razão de 70% (setenta por cento) do aumento concedido.”

Finalmente, adotando a orientação seguida pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952), estabeleceu-se que “Em caso de morte, a pensão a que alude o artigo 154 do Estatuto corresponderá ao total das vantagens percebidas pelo servidor” (Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, art. 47, Parágrafo único).

É tudo o que se encontra na lei com respeito à questão enfocada.

Trata-se de saber, em primeiro lugar, se a pensão assegurada pelo Estado, nos termos do art. 154 do Estatuto, é complementar à percebida da instituição previdenciária, ou se deve ser propiciada cumulativamente com esta última.

Como se viu, a lei é silenciosa, restando, assim, ao intérprete, em observância ao que dispõe o art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, recorrer à analogia.

Funda-se esta, como se tem observado, no princípio de verdadeira justiça, de igualdade jurídica, o qual exige que as espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes; neste sentido tal processo se constitui em genuíno elemento sociológico da Aplicação do Direito (cf. CARLOS MAXIMILIANO, “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, edição Freitas Bastos, 1947, pág. 257/258); FRANÇOIS GENY, “Méthode d'Interpretation”, vol. I, pág. 119; NICOLA COVIELLO “Manuale di Diritto Civile Italiano”, 2a. edição, vol. I, p. 82).

O Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado regula situação semelhante, qual seja o instituto da aposentadoria, dispondo que “quando o funcionário, vinculado a Instituição de Previdência Social não tiver nesta feito jus ao benefício, o Estado

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 249-252, 1972

arcará com o ônus da aposentadoria, na forma garantida por este Estatuto, continuando o funcionário como segurado obrigatório da Instituição Previdenciária, até que por ela lhe seja assegurado o direito à inatividade remunerada, caso em que **cabará ao Estado pagar somente a diferença**, se houver, nos termos da lei vigente”. (Lei n.º 1.751, de 22/2/1952, art. 177, inciso VI)

Tal disposição está a demonstrar que a aposentadoria dada 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 paga 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*.

Cuida, ainda, a consulta do problema decorrente das revisões de valor de tais pensões, devidas pelo erário estadual aos familiares dos seus servidores falecidos nas circunstâncias referidas no art. 154 do Estatuto.

Tal matéria já foi decidida por esta Consultoria-Geral, como se verifica através do Parecer DAJ/447, da lavra do douto Consultor Jurídico JORGE ALBERTO DIHEL PIRES, em cuja minuta se lê:

“A pensão devida aos beneficiários do servidor falecido em objeto de serviço deve ser majorada na razão de 70% (setenta por cento) do aumento concedido ao servidor em atividade, conforme a regra do parágrafo único, do art. 154, do Estatuto, e como decorrência do princípio de que a lei especial anterior revoga a geral tão-só naquilo que com ela se mostra incompatível.”

O parágrafo único do art. 47, da Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, não atingiu, de nenhuma maneira, o que se contém no parágrafo único do art. 154 do Estatuto, tendo o legislador se preocupado, apenas, em fixar o valor da pensão — que o Estatuto dissera não poder ser inferior a 2/3 do vencimento —

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 249-252, 1972

em uma importância correspondente "ao total das vantagens percebidas pelo servidor". A lei nova, de caráter especial frente ao Estatuto, lei geral, de nenhuma forma alterou o critério estatutário relativo à revisão da pensão.

A consequência inarredável, em tal linha de pensamento, é a de que a pensão de que se trata deverá ser revista na base de 70% (setenta por cento) do aumento concedido aos servidores em atividade, nos exatos termos do parágrafo único do art. 154 em exame.

A complementação da revisão dos proventos da inatividade, como se sabe, é decorrência da Lei n.º 3.096, de 31 de dezembro de 1956, que não abrange os pensionistas do Estado.

Diante de todo o exposto, passamos a responder aos quesitos formulados:

- a) a pensão devida pelo Estado nos termos do art. 154 da Lei n.º 1.751/52 é complementar à percebida da Instituição Previdenciária;
- b) as revisões de valor de tais pensões se farão na base de 70% (setenta por cento) do aumento de vencimentos concedidos aos servidores ativos;
- c) O ato concessivo da pensão, por competir ao Governador do Estado, deverá ter a forma de Decreto, porém sem revestir a forma solene de que se revestem os atos governamentais expedidos com base no art. 66, IV, da Constituição Estadual.
- d) Finalmente, ao que entendemos, o exame da concessão de pensões e suas majorações, nos termos da lei, é atribuição a se cometer à Secretaria da Administração, a qual, contando com os dados referentes ao pessoal do Estado, melhores condições reúne para tal mister.

Este é o parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 22 de julho de 1972.

Ney Sá
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 249-252, 1972

PARECER N.º 2163/CGE

INATIVO CONVOCADO: impossibilidade de percepção cumulativa da gratificação especial de permanência (15%), com a gratificação especial de 1/3, resultante de exercício funcional, em regime de convocação.

Exegese de conotações legais existentes entre as Leis n.º 3.383, de 6 de janeiro de 1958; Lei n.º 4.047, de 29 de dezembro de 1960; e Lei n.º 3.889-A, de 30 de dezembro de 1959.

A eficácia legal não sofre solução de continuidade, quando Lei nova estabelece disposições gerais e especiais, regulamentando matéria inteiramente tratada em Lei anterior e no mesmo sentido.

Submete-se à decisão desta Consultoria-Geral o Processo n.º 1.244/71, em que M. S. M., Comissário de Polícia, padrão 10, aposentado por ato governamental datado de 1966, e posteriormente convocado à atividade para exercer função gratificada de Diretor, FG-8, na Divisão de Transporte e Manutenção da Secretaria da Segurança, postula a incorporação da gratificação especial de 1/3 do vencimento básico do padrão, a que se julga com direito, face ao exercício funcional em regime de convocação.

Constata-se que o ato convocatório, datado de 25 de outubro de 1966, em obediência às determinantes restritivas contidas no art. 18, parágrafo único, da Lei n.º 3.889-A/59, estabeleceu para o postulante uma situação de exceção, restringindo sua gratificação, na função convocada, para a diferença entre a importância correspondente a 1/3 (do vencimento básico do padrão) e os 15%, correspondentes à gratificação de permanência, que o recorrente já havia incorporado aos proventos, em cumprimento aos dispositivos contidos na Lei n.º 4.047/60, que regulamentou o art. 178, do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado.

A Secretaria de Administração emite parecer, inserido às fls. 145 a 150, opondo-se à pretensão manifestada, argumentando a aplicação do restritivo contido no art. 18, parágrafo único, da Lei 3.889-A/59, que, incidindo sobre a situação em pauta, impede a concessão pretendida.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 253-258, 1972

Insurgindo-se, ainda, o Parecer, contra a amplitude contida no Decreto n.º 19.829/69, que julgava carente de força legal para se sobrepor ao restritivo cerceante, admite, porém, *in fine*, a hipótese de o postulante incorporar a diferença que lhe era paga a título de gratificação, nos termos do ato convocatório (fls. ... 143/CGE).

Face a tal pronunciamento, o processo foi encaminhado para nosso decisório.

Este o relatório.

2. Evidencia-se que a situação gravita em torno da possibilidade de percepção cumulativa das gratificações especiais (de 1/3 e 15%), **que se computam de naturezas idênticas.**

Em princípio, é relevante que se considere que o restritivo contido no art. 18, da Lei 3.889-A/59, fazia referência específica à Lei n.º 3.383/58, posteriormente revogada pela Lei n.º 4.047/60, que passou a reger, inteiramente, a matéria tratada na lei anterior.

Entretanto, estabelecendo-se o relacionamento formal e material, entre as duas leis acima mencionadas, compreende-se, claramente, porque o restritivo legal contido no art. 18, parágrafo único, da Lei n.º 3.889-A/59, que incidia expressamente sobre a Lei n.º 3.383/58, passou, após a revogação desta, a incidir, igualmente, sobre a lei revogatória (Lei n.º 4.047/60).

É que a lei nova (n.º 4.047/60), ao revogar a anterior (n.º 3.383/58), conservou o mesmo objeto, reafirmou a configuração do direito, ampliando sua incidência e alcance. Conservou, inteiramente, o substrato da lei revogada, revitalizando-o, no espaço e no tempo.

Face à identidade da natureza jurídica das normas, no momento da revogação de uma pela outra, não ocorreu processo de descontinuidade de eficácia, que foi mantida na ordem legislativa, pela simultaneidade. O contexto legal da Lei n.º 3.383/58, ao regulamentar o art. 178 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, estabelecia um direito: o da percepção de uma gratificação especial de permanência (15% sobre os vencimentos), para aqueles funcionários que, implementando condições de aposentadoria regular, continuassem no exercício funcional.

Tal vantagem era concedida como medida de economia para os cofres públicos, considerando-se que, ao assim proceder, o Estado evitava o preenchimento do cargo "ex novo", com pagamento de vencimento integral. Da mesma forma, oferecia-se vantagem ao funcionário, que teria oportunidade de incorporar a referida gratificação, e aumentar seus proventos, quando na inatividade.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 253-258, 1972:

O direito afirmado no texto legal referido foi totalmente conservado na lei revogatória. A revogação, na realidade, ateve-se, única e exclusivamente, à redação do texto legal.

Se não, vejamos pela transcrição. *in verbis*, do enunciado da Lei n.º 3.383/58 (revogada):

"Art. 1.º — São acrescentados ao artigo 178, da Lei n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, os seguintes parágrafos:

§ 1.º — O funcionário que fazendo jus à aposentadoria prevista neste artigo, permanecer no efetivo exercício do seu cargo, poderá requerer a concessão de uma gratificação especial correspondente a 15% (quinze por cento) sobre os estipêndios que estiver percebendo.

.....

§ 3.º — Concedida a gratificação especial instituída no parágrafo primeiro, será ela paga a partir da data da publicação do respectivo despacho no Diário Oficial, e só será incorporada ao estipêndio do funcionário, para efeito de cálculo de provento de aposentadoria, depois de cinco anos de percepção."

Em 29 de dezembro de 1960, com o advento da Lei n.º 4.047, dava-se nova formulação legal ao direito, em articulado de incidência e amplitude maiores.

Apesar de a nova lei conter, em seu bojo, artigo revogando a lei anterior, verifica-se, pela comparação, que os conteúdos eram idênticos e absolutamente compatíveis.

Pela simultaneidade da ação legislativa — revogando ao mesmo tempo que criava vantagem idêntica — não ocorreu, como já foi dito, processo de descontinuidade na eficácia legal.

No sentido comparativo propõem-se os arts. 1.º e 7.º da Lei n.º 4.047/60, em contraposição ao texto legal da Lei n.º 3.383/58, já transcrita.

"Art. 1.º — O servidor público civil do Estado, inclusive o Magistrado, o membro da Corte de Justiça Militar do Estado, o Ministro do Tribunal de Contas, que nos termos do referido Estatuto fizer jus à aposentadoria voluntária e cuja permanência no exercício

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 253-258, 1972

de suas funções for julgada conveniente terá direito a uma gratificação especial de 15% sobre os estipêndios que estiver percebendo.

.....

Art. 7.º — Revogam-se disposições em contrário, e especialmente as da Lei n.º 3.383, de 6 de janeiro de 1958.”

Verifica-se, pois, que a Lei posterior, embora revogando a norma jurídica contida na anterior, não modificou a configuração do direito, nem criou incompatibilidade de regulamentação. Permaneceu, formal e materialmente, idêntica em todo o contexto.

Apenas na redação, a nova lei alargou os conceitos da anterior, dando-lhes novas indicações da extensão.

Pela simultaneidade legislativa a força legal da eficácia, imanente ao direito configurado nas duas leis, nem chegou a ser atingida. Subsistiu, consubstanciando-se ao novo texto legal.

3. Os pressupostos jurídicos e legais da eficácia atuante e contínua, no processo de renovação legal, encontram-se resguardados no art. 2.º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Ao comentar a Lei de Introdução ao Código Civil (volume 1.º), Miguel Maria de Serpa Lopes, com grande simplicidade explica este fenômeno legislativo, que admite a continuidade da eficácia no espaço e no tempo, apesar da revogação expressa de lei anterior.

4. Esta consideração incide diretamente sobre os efeitos da revogação (expressa ou tácita) sobre outros dispositivos que lhe são direta ou indiretamente pendentes.

Donde se conclui que, no caso de a matéria da lei anterior apresentar-se inteiramente regulamentada na lei nova, a revogação do texto da lei antiga não poderá alcançar ou atingir os corolários dessa lei — uma vez que a substância da mesma se conservou (Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil — Serpa Lopes).

Interpretação jurisprudencial também aponta que, nesses casos, não ocorre revogação da norma, mas da redação do texto

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 253-258, 1972

da lei anterior, não determinando alteração de conteúdo e eficácia, preservados, substancialmente, na nova formulação legal.

Dentro desse critério é fácil compreender por que os efeitos pendentes, as complementações especiais, os dispositivos ampliativos ou restritivos, que incidiam sobre a lei revogada, continuam a efetivamente incidir sobre a nova lei.

Na situação tratada, o restritivo contido no art. 18, parágrafo único, da Lei n.º 3.889-A/59, continuou, legalmente, em vigência, atingindo a Lei n.º 4.047/60.

Para que tal não sucedesse, necessário se faria que fosse, particular e expressamente, revogado, o que não aconteceu.

5. Indiscutivelmente, o dispositivo restritivo que proibia a acumulação das gratificações especiais de 15% e 1/3, e incidia diretamente sobre a Lei n.º 3.383/58, continuou, eficazmente, a produzir efeitos restritivos, em relação à Lei n.º 4.047/60.

É conveniente que se observe o texto legal em referência (art. 18, parágrafo único, da Lei n.º 3.889-A/59), para que, co-notando-o com as duas leis mencionadas, se estabeleça a razão eficiente de sua incidência restritiva.

“Art. 18 — O servidor que concordar com sua convocação à atividade e cujo retorno à atividade seja considerado conveniente, perceberá 1/3 do vencimento básico do padrão como gratificação especial que será incorporada aos proventos, se for percebida durante cinco anos consecutivos.

Parágrafo único — A vantagem prevista neste artigo não pode ser acumulada em nenhuma hipótese com a prevista na Lei n.º 3.383, de 6 de janeiro de 1958.” (grifei)

Pela argumentação de ordem legal, já proposta, verifica-se que, apesar de revogado expressamente, o texto da Lei a que se refere o parágrafo único transcrito continuou em vigência, incidindo sobre a nova lei (de n.º 4.047/60), que conservou a essência da primeira.

E a força legal impeditiva da acumulação continuou vigente: em nenhuma hipótese seria permitido acumular-se a gratificação de 15% com a gratificação de 1/3.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 253-258, 1972

6. A pretensão do postulante, nesse sentido, não encontra apoio legal.

Entretanto, no presente caso, o interessado jamais percebeu, na integralidade, a gratificação de 1/3. Recebia apenas, pelo exercício da função convocada, **uma parcela correspondente à diferença** entre a gratificação de 1/3 e a de 15% que já incorporara aos proventos.

O restritivo legal refere-se, textualmente, à acumulação das gratificações de 1/3 e 15%. O postulante percebia a gratificação de 15% (já incorporada), mais uma importância correspondente à diferença entre uma e outra gratificação.

O Decreto n.º 19.829/69, facultou a todos os desconvidados, independente de prazo, direito à incorporação "**das vantagens em cujo gozo se encontravam**".

Atendeu a um princípio de justiça inequívoco, visto a desconvidação ter-se procedido no interesse do próprio Estado.

A percepção da diferença era a vantagem a que o postulante estava fazendo jus.

Dessa forma, com base nos termos do ato convocatório e do Decreto n.º 19.828/69, nada impede que a diferença percebida pelo postulante a título de gratificação, durante o tempo em que esteve no exercício funcional da convocação, possa ser incorporada aos seus proventos na inatividade.

Trata-se, como já foi dito, de importância decorrente da incidência do restritivo legal contido no art. 18, parágrafo único, da Lei n.º 3.889-A/59, e sua incorporação, em circunstância alguma, poderá caracterizar qualquer tipo de acumulação (soma-tório).

Dessarte autoriza-se, legalmente, que incorpore a diferença percebida, ao mesmo tempo em que se confirma a impossibilidade de acumular as gratificações de 1/3 e 15%, por carecer essa acumulação de amparo legal.

Este o parecer.

Porto Alegre, 18 de agosto de 1972.

Dilma Sulamita Schuch
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 253-258, 1972

PARECER N.º 1/CGE

As declarações de vontade, quando a lei expressamente não o exigir, independem de forma especial (art. 129 do Código Civil). A transigência reiterada às cláusulas contratuais implica em alteração, salvo se o credor, em tempo oportuno, der ciência ao devedor de que não mais consentirá nessa tolerância. **Infrações** recíprocas às normas contratuais resultam concorrência de culpa, descabendo a multa contratual prevista. Não cabe, a seu turno, reajuste de reajuste, como não admite a lei juros de juros (art. 4.º, decreto n.º 22626, de 7/4/1933). **Os** contratos interpretam-se segundo a boa-fé, as necessidades e as leis de equidade. Os fatos posteriores constituem a melhor demonstração da maneira pela qual os interessados, de comum acordo, executam o ajuste.

Na espécie, a **Secretaria de Estado dos Negócios das Obras Públicas** solicita parecer desta Consultoria-Geral sobre o contrato celebrado com a firma I. V. S/A., com sede em São Paulo e filial nesta cidade, para o fornecimento e instalação de dois (2) elevadores no edifício-sede do Palácio da Justiça, nos termos da concorrência pública n.º 1/63 PJ, publicada no Diário Oficial do Estado de 20/2/1963.

2. A firma, consoante suas propostas de fls. e contrato firmado, comprometera-se a fazer a entrega desses aparelhos dentro dos prazos exigidos, "id est", máximo de seis (6) para o primeiro e dez (10) para o segundo. O preço global — sujeito a reajustes e pagável em sete (7) prestações —, foi de Cr\$ 35.000.000, e mais 8% correspondente ao imposto de consumo incidente na operação.

3. O reajuste de preço tomaria por base as oscilações ocorridas nos custos entre os do mês da oferta (março 1963) e os do respectivo faturamento (v. fls. 48 e 56 do expediente). É verdade, por outro lado, que aí se fala em "o reajuste de cada prestação será feita na ocasião do respectivo faturamento", mas, e também

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 259-264, 1972

em "penúltimo mês anterior ao pagamento de cada prestação", acenando-se com a hipótese de esse reajuste sofrer novo cálculo, jogando com novos dados, caso ocorresse atraso superior a trinta (30) dias na liquidação da fatura apresentada.

4. O contrato, a seu turno, não traz maior clareza sobre o assunto. Antes incide no mesmo erro, colaborando, assim, para aumentar a confusão. Assim, por exemplo, a cláusula primeira, ao lado das características gerais individualizadoras dos aparelhos e preço, consigna que esse valor estará sujeito ao reajustamento previsto nas propostas, detalhe que é repetido na cláusula seguinte (segunda), com um agravante, pois que aí fala em reajustamento constante das propostas de fls. 48 e 56, "de acordo com as variações que houver nos custos normais da mão-de-obra e da matéria-prima da contratante, no mês de março de 1963 (data da oferta) e no penúltimo mês anterior ao do efetivo pagamento da prestação reajustável".

5. A contagem, de outra parte, dos prazos de entrega só começaria a fluir, na forma do estipulado em a cláusula terceira, depois da comunicação do registro do contrato no Tribunal de Contas, fato esse que ocorreu a dez de setembro de 1963 (10/09/1963), consoante cópia do ofício n.º 199/578, fls. 148 dos autos, a partir de quando vigiria o prazo da norma terceira e, a teor da IV do contrato, por dia de atraso no cumprimento desse prazo, estaria sujeita à multa de Cr\$ 15.000,00, ressalvada a hipótese de força maior "devidamente comprovada, antes de expirado o prazo e aceita pelo Exmo. Sr. Secretário das Obras Públicas, com assentimento do Tribunal de Contas do Estado" —, ou eventuais atrasos nos pagamentos.

5. Ultrapassados os prazos contratuais e instada a firma a que desse imediato cumprimento a essas disposições, ultimando a entrega e instalação dos referidos elevadores, sob o pálio de ter ocorrido atraso no pagamento das faturas considerou-se a empreiteira-contratante desobrigada da multa prevista (Cr\$ 15.000,00 por dia de atraso) e com o respectivo prazo de entrega automaticamente dilatado.

De resto, pretende ela, ainda, ter direito a reajustar as faturas dos próprios reajustamentos.

6. Diante desse fato, a Secretaria de Estados dos Negócios das Obras Públicas, através de vários pronunciamentos internos, resolveu submeter a matéria à consideração jurídica desta Consultoria-Geral, indagando:

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 259-264, 1972

- 1.º) — Se dos termos das propostas e do contrato se infere a prorrogação automática dos prazos por motivo de imp pontualidade nos pagamentos das faturas;
- 2.º) — Se não tendo a firma, no devido tempo, solicitado dila tação desse prazo, não estará ela incurso nas penalida des previstas na cláusula quarta (multa de Cr\$ 15.000,00 por dia de atraso); e
- 3.º) — Se são defensáveis os reajustamentos sucessivos de fa turas já reajustadas?

É o relatório!

7. O que se põe, na espécie, é o exame do alcance de cláusulas contratuais de um ato, por sua natureza, misto, já que ú'a emprei tada com fornecimento de material. Nada mais se busca, com efeito, do que a fixação do sentido autêntico do fim colimado pe las partes, através de sua manifestação de vontade expressada no contrato. O contrato, por sua vez, faz remissão às propostas e es tas à concorrência. Tornando-se ambas, em razão disso, partes integrantes do próprio ato jurídico "sub iudice".

8. A lei — na sua condição de dever ser produto dos homens mais sábios e experimentados —, ao disciplinar a matéria, reco nhecendo que as partes, por maior que seja seu esmero e por mais elevado o seu conhecimento, nem sempre conseguirão afas tar certas imperfeições, certas obscuridades nos atos jurídicos, traduzindo a manifestação de vontades, tornando-os estremos de dúvidas, em o artigo 85 do Código Civil, recomendou que:

"nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem";

afastando, desde logo, "o entendimento que se apegue tão-somen te à literalidade da estipulação, "quantum verba sonant", com total desprezo da rigorosa intenção dos interessados e dos fins econômicos que os aproximaram", "desideratum" que, aliás, nem sempre é fácil ao intérprete atingir, de vez que muitas vezes o movimento das partes é ditado até por meras razões de foro ín timo.

9. E, rastreando, ainda, o assunto através das clareiras deixa das pelos doutores, tem-se que os contratos em geral devem "ser interpretados segundo a boa-fé, as necessidades do crédito e as leis da equidade" (WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, In Curso de Direito Civil, parte geral, p. 192).

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 259-264, 1972

“A observância do negócio jurídico constitui um dos meios demonstrativos da interpretação de um contrato. É a maneira pela qual os interessados, de comum acordo, o executaram. Os fatos posteriores são a melhor explicação dos fatos” (id. pp. ... 192/193), já que obrigações interdependentes. Ao direito de um contratante corresponde a obrigação do outro.

Assim, portanto, o débito de um é o crédito de outro; o direito ao preço para o empreiteiro fica na dependência da execução da obra; esta (a obra), a seu turno, só é devida ao dono da obra se pagar o preço contratado.

Donde, fácil será concluir que a obrigação fundamental do empreiteiro cifra-se na execução da obra, segundo as regras usuais e ou do contrato e, paralelamente, para o dono da obra, igual obrigação é o seu recebimento e a satisfação do preço.

Ambos, com efeito, devem observar as condições estabelecidas no contrato, seja quanto à forma de pagamento, época, seja quanto à execução da obra, prazos de entrega, seja nas demais circunstâncias combinadas e previstas nesse acordo de vontades.

9. As declarações de vontade, a teor do artigo 129 do Código Civil, para sua validade não dependem de forma especial. É o caso do contrato em apreço. O reiterado cumprimento de obrigação contratual de forma diferente do ajustado — têm proclamado os Tribunais —, importa não em mera transigência, “não traduz apenas uma tolerância do credor, senão acordo de vontades, uma transigência com a cláusula contratual da parte de ambos os contratantes”, o que significa alteração de contrato.

“Sendo (o arrendamento como o é a empreitada pura ou mista) um contrato bilateral, sem forma obrigatória prescrita em lei, pode ser alterado pelas partes, em qualquer tempo, verbalmente ou por escrito” (In Repertório de Jurisprudência do Código Civil, Direito das Obrigações, ERYX DE CASTRO, vol. I, p. 213, § 154).

“Admitida a reiterada tolerância ... não pode o credor recusar ... sem antes dar ciência ... que não mais seria tolerante” (id., § 161).

10. De tal sorte que, na espécie, segundo se vê do expediente, houve tolerâncias de lado a lado, quer nas obrigações próprias de um, quanto nas do outro. O empreiteiro ultrapassou os prazos de entrega; o dono da obra não pagou na forma e nas épocas contratadas. Ambos transigiram. Houve mútua tolerância e recíproca infração às normas contratuais. Houve na execução verdadeira alteração das disposições postas no instrumento contratual. Con-

corrência de culpa, do empreiteiro, por infringência dos prazos e do dono da obra, por pagamento de forma e épocas diversas. Até o momento, contudo, ambos não só contribuíram para essa situação, quanto anuíram a ela. Não há, de conseguinte, qualquer possibilidade de falar em cominar ao empreiteiro a multa de Cr\$... 15.000,00 por dia de atraso, como o empreiteiro não tem o direito de considerar o dono da obra inadimplente, de vez que este sempre agira de forma a contrariar a cláusula dos pagamentos, contra o que jamais se insurgiu o empreiteiro, antes a ela aderiu. Impunha-se, tanto para um quanto para outro, medida formal manifestando à outra parte sua desconformidade. De resto, como ensina PONTES DE MIRANDA, “nos contratos bilaterais, a mora do devedor confere ao credor a pretensão à resolução do contrato, pretensão que há de ser exercida judicialmente e depende de sentença” ... “Antes de pedir a resolução do contrato, pode o credor fixar ao devedor prazo prudencial (Nachfrist) para purgar a mora, ou se decretar a resolução do contrato” (In Tratado de Direito Privado, vol. 23, p. 185, § 2809, inciso 7).

De resto, antes de pretender cobrar a execução vale dizer, cumprimento da obrigação do outro, importa estar em dia com a própria!

11. No caso “sub judice”, por outro lado, não tem o menor fundamento o reajuste dos reajustes, como pretende o empreiteiro. Os reajustes, a teor do contrato e a execução inicial dele deixou perfeitamente caracterizado o fato, tomariam por base os custos do mês de março de 1963, data da oferta, os do mês de faturamento. Sobre essa oscilação haveria incidência de reajuste. Não cabe, agora, modificar o entendimento e a forma de execução contratual além do que os materiais empregados têm o custo da época do uso — quando se tem, aliás, o exato valor não só dos materiais quanto da mão-de-obra realmente consumidos para realizar o serviço — e não do pagamento. Tornar a reajustar o preço seria, de certa forma, exigir do devedor juros sobre juros, o que, aliás, é defeso por lei (art. 4.º, Decreto n.º 22.626, de ... 7/4/1933). De mais a mais, as perdas e danos, se tal viesse a ocorrer, nas obrigações de pagamento em dinheiro — o que em verdade inexistiu no caso porque tal qual vem sendo executado o contrato não há sequer que falar em mora, pressuposto necessário das perdas e danos —, resolvem-se com o pagamento dos juros, custas e mais a pena convencional, se estabelecida.

12. Isso posto e para concluir, pode dizer-se que não foi a impontualidade nos pagamentos das faturas que autorizou qualquer

dilatação nos prazos de entrega, mas o silêncio e sabe-se que ele representa a concordância do dono da obra. A transigência reiterada ou não sendo a transigência reiterada serão as infrações recíprocas às normas contratuais, cumprindo-as de forma e épocas diversas, importa em alteração do contrato ou, se tal não se admitisse, ter-se-ia de aceitar a concorrência de culpa, tornando, com efeito, tanto num, quanto noutro caso, legítimo o procedimento de ambos os contratantes.

Ademais, a Secretaria de Estado dos Negócios das Obras Públicas, para que possa válida e juridicamente exigir a satisfação da empreiteira às cláusulas contratuais, deverá, a seu turno, pôr-se em dia com as suas, de vez que o art. 1092 do Código Civil diz que "nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro."

Entretanto, é insofismável houve, na espécie, verdadeira alteração tácita de cláusulas contratuais. Vale dizer, com efeito, qualquer das partes que queira **retornar** aos estritos termos do contrato deverá, preliminarmente, notificar dessa sua intenção a outra, cumprindo, contudo, antes de mais nada atualizar-se com as obrigações que lhes são próprias.

Os reajustes sucessivos pretendidos, agora, pela empreiteira, o que significa reajuste de reajuste (= a juros de juros), por totalmente infundados, não têm qualquer fomento jurídico. E, aliás, tal pretensão até contrária, às normas legais, ou melhor dizendo, infringente delas.

13. Em sendo assim, como de fato parece ser, entendo que se a Secretaria de Estado dos Negócios das Obras Públicas quiser, como já se disse, **retornar** às cláusulas do contrato, deverá, por intermédio da PROCURADORIA JUDICIAL DO ESTADO e nos termos do artigo 720 do Código de Processo Civil, notificar a empreiteira, marcando-lhe prazo razoável para ultimar os serviços, sob pena de ficar em mora, sujeitando-se a todas as consequências que desse fato possa o dono da obra (Secretaria de Estado — Estado do Rio Grande do Sul) deduzir, inclusive impondo-lhe a multa contratual, bem assim manifestar sua desconformidade com a pretensão da empreiteira de fazer reajustes sucessivos. Vale dizer, não os admitirá porque seria reajuste de reajuste, como tal, sem suporte legal.

Este o meu parecer, S. M. J.

Consultoria-Geral do Estado, em 5 de abril de 1965.

Orlando G. Vanin
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 259-264, 1972.

PARECER N.º 2131/CGE

AUTARQUIA — Dirigente. Natureza Jurídica do Cargo. Comissão ou de confiança. Características.

APOSENTADORIA — Sistema de Previdência Social vigente. Isonomia.

PROVENTOS — Fixação. Gratificações. Incorporação. Condições.

Arts. 101, 102, 153 e 165 da Constituição Federal.

Arts. 103 e 106 da Constituição Estadual.
Arts. 177, 178, 182 e 272 da Lei n.º 1.751/52.

Arts. 3.º e 7.º da Lei n.º 3.914/60.

Arts. 59, 126, 139 e 171 do Regimento Interno da Caixa Econômica Estadual (Resolução n.º 16, de 12/7/1961).

Na espécie, P. B. P., integrante do Conselho Administrativo da Caixa Econômica Estadual, como titular do cargo de Diretor, alegando contar mais de trinta e oito (38) anos de serviço público — computando-se nesse tempo de serviço: três (3) legislaturas como Deputado Estadual, dois (2) períodos como Prefeito Municipal, e mais de cinco (5) anos na condição de servidor autárquico — dos quais, os últimos — sem solução de continuidade, Diretor da Caixa Econômica —, como ocupante de Cargo em Comissão e, como tal, sujeito às disposições do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado (Lei n.º 1.751/52, art. 182), titular, com efeito, de cargo público, com direito ao regime jurídico dessa profissão, requer a Sua Excelência, o Senhor Governador do Estado:

- "a) gratificação adicional de 25%, **ex vi** do art. 110 do diploma retro citado;
- b) aposentadoria, com proventos integrais e independente de inspeção médica, em razão da faculdade atribuída pela Lei estatutária em seu art. 182;
- c) a inclusão em seus proventos da gratificação de representação, que, igualmente, vem percebendo há mais de cinco (5) anos, e que é fixada em consonância com o Decreto n.º 21.282, de 11/09/71."

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 265-282, 1972.

2. Acompanha o pedido, além de uma **grade** demonstrativa do tempo de serviço, diversas **certidões**, fornecidas por diferentes setores do Poder Público — Caixa Econômica Estadual, fls. 6; Poder Judiciário, fls. 7-8; Prefeitura Municipal de Vacaria, fls. 9 e 16; 8.^a Circunscrição de Serviço Militar, fls. 10-11; Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A, fls. 12; Prefeitura Municipal de Bom Jesus, fls. 13, 14 e 15; e Poder Legislativo, fls. 17-18.

Assim e recapitulando:

- a) Caixa Econômica Estadual, de 3/2/1967 **usque** 15/6/1972 (data do pedido), 5 anos, 4 meses e 15 dias;
- b) Prefeitura Municipal de Vacaria, de 28/1/1926 **usque** 2/1/1929 e 31/12/1951 **usque** 22/11/1954, 5 anos, 10 meses e 4 dias;
- c) Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A. 30/1/1929 **usque** 15/12/1933, 4 anos, 10 meses e 21 dias;
- d) Prefeitura Municipal de Bom Jesus, de 1.^o/4/1939 **usque** 6/6/1941; 18/6/1945 **usque** 15/3/1947 e 1.^o/1/1948 **usque** 31/12/1950, 6 anos, 11 meses e 10 dias;
- e) Poder Legislativo, de 31/1/1951 **usque** 31/12/1951, com 46 dias de faltas; de 1955 **usque** 1967, com 43 dias de faltas, 12 anos, 10 meses e 9 dias;
- f) Poder Judiciário, de 29/4/1938 **usque** 9/9/1942, 2 anos, 2 meses e 6 dias.

Deixa de ser considerado o tempo prestado no Tiro de Guerra por ser concorrente com parte daquele do Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A.

Vê-se, portanto, que o suplicante possui largo tempo de serviço público estranho ao Estado e, igualmente, ao Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A.

3. Instruído o petítório, com esses elementos, foi entregue no Gabinete do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, que na Casa Civil formou o Processo n.^o 5591/72 e por despacho de Sua Excelência, o Senhor Secretário de Estado Extraordinário para Assuntos da Casa Civil, veio a esta Consultoria-Geral

“para exame e parecer, inclusive sobre a competência para concessão da aposentadoria e a responsabilidade pelo pagamento dos respectivos proventos” (fls. 19).

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 265-282, 1972

4. Fiz incluir nova grade com cálculos parcelados do tempo de serviço e, a final, o correspondente resumo.

Esse o relatório.

5. Cumpre, em preliminar, examinar, na hipótese, a situação funcional de Diretor da Caixa Econômica Estadual, a fim de saber qual seu **status** no elenco dos servidores públicos e, por igual, a natureza do cargo que titula — se de provimento em Comissão, ou não, qual o regime de previdência e assistência social a que está sujeito, quando e em que termos pode ocorrer sua aposentadoria, quem deve concedê-la e a quem cabe a responsabilidade do pagamento dos respectivos proventos.

6. Adquire o agente o **status** de funcionário público, desde que regularmente nomeado para cargo público e, no tempo marcado, tome posse, bem assim, entre no exercício da respectiva função (ut art. 2.^o do Estatuto dos Funcionários Públicos da União e do Estado do Rio Grande do Sul, Leis n.^{os} 1.711, de 28/10/1952 e 1.751, de 22/2/1952).

Cria-se-lhe, a partir daí, em razão da investidura no cargo e correspondente exercício da atividade própria da função, uma relação de direito entre o Estado e o Servidor, graças à qual este passa a pertencer à classe do funcionalismo público, sujeito, em consequência, ao regime jurídico dessa profissão, constante do Estatuto dos Funcionários Públicos e mais normas legais aplicáveis.

O Estatuto dos Funcionários ou Servidores Públicos decorre de ordenação constitucional.

6.1. Certo, ao depois, que os servidores de Autarquias, de Empresas Públicas e os próprios extranumerários — conforme a melhor ortodoxia do Direito Administrativo — por não revestirem essas características, em sua inteireza, não estariam abrangidos no conceito de **funcionário público**.

Excluída a tendência, que se faz sentir cada vez mais robustecida (na legislação que já não os distingue — ut art. 1.^o do Ato Complementar n.^o 78, de 15/1/1970), para incluir na mencionada categoria todos os grupos de prestadores de Serviço Público, indubitado que a Empresa Pública e “a Autarquia constitui uma forma de execução direta dos Serviços Públicos” (EURICO DE ANDRADE AZEVEDO, Cargos e Vencimentos nas Autarquias, in Assuntos Municipais, pág. 553), e, inobstante terem, alguns,

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 265-282, 1972

regimes especiais, não estão fora da disciplina legal dos funcionários públicos, aplicando-se-lhes os Estatutos "no que couber" (ut art. 252, II, da Lei n.º 1.711/52).

Com o advento da Lei n.º 3.841, de 15/12/1960, no âmbito federal, também os empregados das companhias mistas estavam sujeitos às disposições dos Estatutos (ut art. 4.º), excluídos hoje desse regime, juntamente com os das empresas públicas, por expressa disposição constitucional (ut art. 170, § 2.º, da Const. Fed.), para sujeitá-los às disposições consolidadas.

No plano da administração local, é certo, *inexiste* ordenamento com semelhante comando expresso. Mas, tal como afirma THE-MÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI (apud Rev. Dir. Adm., vol. II, fasc. I, 1945, pp. 1-6), nenhum agente do Poder Público pode ser privado de uma das duas relações existentes no sistema legal brasileiro — ou direito público ou direito privado, *verbis*:

"Entre as entidades autárquicas e os seus funcionários, só pode existir uma das relações conhecidas em nossa estrutura legal e constitucional — ou de direito público (regulada por normas legais e asseguradas as garantias constitucionais) ou de direito privado, asseguradas também as vantagens e direitos atribuídos pela lei aos empregados.

Não há uma terceira categoria; ninguém deve ser excluído dos regimes acima enumerados, quanto aos direitos inerentes aos estípidios, estabilidade, aposentadoria, etc."

E, o mesmo autor, mais adiante, não ignorando a controvérsia existente a respeito, afirma:

"**Natureza das relações funcionais** — Mas, para bem definir a posição desses funcionários ou empregados, é preciso ter em vista a natureza de suas relações com a entidade jurídica de que dependem. Serão funcionários públicos, equiparar-se-ão, porventura, aos empregados regulados pela legislação do trabalho ou constituirão uma terceira categoria?

Sob ponto de vista legal, não parece necessário recorrer a um terceiro sistema, embora haja conveniência em atribuir certa elasticidade ao regime de trabalho, adaptando-o às condições peculiares a cada atividade.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 265-282, 1972

A diferenciação no quadro funcional é muito mais insistente do que no serviço público.

CASTRO NUNES é daqueles que sustentam a sua qualidade de funcionário público. Declarou-o em 1943, no recurso extraordinário n.º 6. 838, de São Paulo:

"As autarquias, sendo órgãos de administração do próprio Estado, órgãos paraestatais, o que lhes acentua o caráter público, os funcionários dessas autarquias são funcionários públicos.

Não desconheço, acrescenta, a controvérsia que a esse propósito existe. Há opiniões que entendem são funcionários públicos; outras sustentam que são funcionários ou empregados que recebem a colaboração do objetivo da autarquia. Se esse objetivo que a autarquia tem por fim realizar é de ordem industrial, econômica, bancária, esses funcionários recebem a marca da atividade exercida pela autarquia, e passarão a ser funcionários públicos no sentido de que, desempenhando embora serviços descentralizados da administração do Estado, eles desempenham serviços do Estado. Alguns autores, entre os quais DUGUIT, vão além e entendem que mesmo os empregados das empresas concessionárias são funcionários públicos."

Dois grandes nomes ainda admitem a qualidade de funcionários públicos aos funcionários das entidades autárquicas, isto é, dos serviços públicos descentralizados: COSTA MANSO e VALDEMAR FERREIRA.

O primeiro, na Corte Suprema: "Sendo a Caixa Econômica um estabelecimento público, os seus funcionários são funcionários públicos".

O segundo, na Câmara dos Deputados, em 1934, ainda sobre as Caixas Econômicas: "que elas são estabelecimentos públicos, ou sejam serviços públicos descentralizados, dotados de autonomia administrativa, ou autarquias administrativas que podem classificar-se em direito *constituendo* como pessoas jurídicas de direito público, que os seus funcionários são funcionários públicos".

ALBERTO DEMICHELI entende que os funcionários das entidades autárquicas são funcionários públicos, e, portanto, com direito a todas as vantagens (remuneração, jubilação, pensões, indenizações especiais, etc.), sem que isso importe em reconhecer as peculiaridades

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 265-282, 1972

de sua situação, que acompanham as peculiaridades inerentes a cada autarquia.

Daí o denominá-los funcionários *sui generis*.

Mas, acrescenta: quais os princípios gerais e quais as suas derrogações? E responde: Devem-lhe ser aplicados aqueles princípios que não são incompatíveis com as suas funções e as exigências especiais do serviço autônomo, descentralizado e pelas condições especialíssimas de cada serviço.

Não importa a natureza dessas relações em atribuir maior rigidez ao seu regime jurídico. A teoria do estatuto permite uma perfeita adaptação das normas às condições peculiares de trabalho.

O Ministro RUBEN ROSA, com muita lucidez, esclarece, entretanto, tratando das Caixas Econômicas, que a qualidade de funcionários públicos pressupõe a sua inclusão nos quadros efetivos de uma repartição pública.

Esse fundamento tem encontrado também guarida no D.A.S.P., notadamente em uma exposição de motivos (de 6/6/38), onde, aliás, certamente por equívoco, se nega às entidades paraestatais a qualidade de **serviço público**.

Ora, isso não é absolutamente possível, nem se considerando a natureza autônoma desses serviços.

É certamente por esse motivo que a administração pública federal tem negado geralmente essa qualidade de funcionário público aos funcionários autárquicos, especialmente nos casos concretos das Caixas Econômicas. É o que esclarece SÁ FILHO, em parecer de agosto de 1940, como Procurador-Geral da Fazenda Pública. E essa tradição é encontrada em decisões outras, como o Aviso n.º 60, de 19 de abril de 1942, do Ministério da Fazenda, etc.

Conclusões — Mas, pelo fato de não serem funcionários públicos no sentido formal, nada impede que se considerem de direito público, isto é, fora da legislação trabalhista comum, esses funcionários. E isso pelas seguintes razões:

- a) pela natureza jurídica das autarquias;
- b) pela natureza estatal dos seus serviços;
- c) pela conveniência e interesse público;

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 265-282, 1972

- d) pelas incompatibilidades criadas pela lei, quanto à acumulação de proventos, à contagem do tempo de serviço, etc.;
- e) pela responsabilidade penal nos crimes funcionais.

Temos, portanto, como absolutamente seguro que a natureza das relações entre funcionários e autarquias é eminentemente de direito público, dada a natureza jurídica daquelas entidades.

Efetivamente, as entidades autárquicas são verdadeiros serviços públicos descentralizados, entidades públicas a que a lei atribui autonomia, mas sem lhes tirar o cunho estatal, com todas as consequências práticas e doutrinárias que daí decorrem.

Mas, ao mesmo tempo que mantém a sua integração nas atividades e fins estatais, a lei desliga essas organizações de certos compromissos, formalidades e padrões burocráticos inerentes aos órgãos da administração pública.

Apesar dessa autonomia, porém, estão os órgãos autárquicos adstritos ao cumprimento dos próprios fins do Estado, entre os quais se encontra a proteção jurídica dos seus funcionários.

Não vemos, portanto, como de um modo geral podem ser negados aos funcionários ou empregados das autarquias os mesmos direitos fundamentais assegurados aos funcionários ou empregados públicos." (id. pp. 4-6)

6.2. O legislador constituinte, na Carta Magna Federal e na Estadual, sensível, por certo, a essa eventual discussão, preferiu — no capítulo dos "Funcionários Públicos" — falar genericamente em "Cargos Públicos" (art. 97, C. F.) ou "Servidores Públicos" (art. 88, C. E.) e na Seção "Das Leis e Processo Legislativo" (art. 57, II, C. F. e art. 32, IV, C. E.), em "Cargos, Funções e Empregos", quando se refere ao pessoal para os serviços públicos.

6.3 Com efeito, servidor público tanto o é o titular de cargo ou o exercente de função na administração pública direta ou indireta, em suas diversas modalidades de provimento, isto é, efetivo, em comissão, interino, substituto (art. 12, Leis n.ºs 1.711/52 e 1.751/52), quanto o é o simples ocupante de emprego, aplicando-se a todos a correspondente disciplina legal, que, na omissão,

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 265-282, 1972

cumpra faze-la incidir até por extensão do disposto em o art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Funcionário público, *lato sensu*, portanto, será todo aquele que exercer cargo, função ou emprego no serviço público e receber o pagamento dos cofres públicos.

Mas, o só status de funcionário público não subjetivará, de pronto, todos os direitos configurados nos respectivos ordenamentos jurídicos. A Lei, por via de consequência, poderá alterar as situações vigentes, quer para conferir novos encargos, quer para ampliar ou reduzir direitos e vantagens (*ut* Revista da Consultoria-Geral n.º 2 — Parecer n.º 29, pp. 205-222).

O servidor — gradativa e paulatinamente — pelo exercício do cargo, função ou emprego, vai adquirindo direitos e usufruindo os benefícios previstos na ordem legal vigente ao tempo de seu nascimento. E a aposentadoria — conforme acentua A. GONÇALVES DE OLIVEIRA —

“... é, ..., matéria de ordem legislativa. Os tribunais prestigiam este asserto, ao decidirem: “A aposentadoria regula-se pela lei vigente ao tempo em que foi deferida. (Ac. do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Orosimbo Nonato, na Revista de Direito Administrativo, vol. IV, p. 157”. (*apud* Rev. Dir. Adm., n.º 45, p. 552)

Os atos concessivos desse favor legal são meramente declaratórios e não constitutivos do Direito.

6.4. No rol dos direitos e vantagens assegurados aos Servidores Públicos do Estado do Rio Grande do Sul (como, de resto, se defere a todo trabalhador nacional), sobressaem os da assistência e previdência social, deferível segundo um dos sistemas a que, obrigatoriamente, estarão sujeitos. De um lado, a do regime nacional, contemplado na Lei Orgânica de Previdência Social (Lei n.º 3.807/60), pagável pelo Instituto Nacional de Previdência Social, garantindo ao trabalhador-segurado, entre outros favores, **aposentadoria**

- a) por invalidez;
- b) por motivo de idade; e
- c) por tempo de serviço;

e, de outro lado, a do regime próprio, contemplado em legislação específica, como a dos servidores públicos tanto no plano fe-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 265-282, 1972

deral quanto no estadual, pagável pelo ERÁRIO, enquanto atribuíveis as vantagens ao próprio servidor e, quando devidos aos familiares-dependentes, pelo Instituto de Previdência correspondente — IPASE IPE, que confere idênticos favores. E, igualmente, possuem regime próprio os economiários, isto é, servidores das Caixas Econômicas.

6.5. Importa, aqui, enfatizar que só estão excluídos dos benefícios da Previdência Nacional unicamente “os servidores civis e militares da União, dos Estados, Municípios e dos Territórios bem como das respectivas Autarquias, que estiverem sujeitos a regimes próprios de previdência.”

Logo, ninguém poderá ficar à margem dos benefícios da Previdência Social.

7. Em tais condições, também o prestador de serviço público, em qualquer de suas modalidades, de conformidade com o respectivo regime previdenciário, previdência nacional ou da previdência especial (regime próprio), fará jus, inclusive, ao benefício da aposentadoria.

7.1. O Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado, repetindo regra de Carta Magna, garante a todo servidor público **aposentadoria**:

- a) por invalidez;
- b) compulsoriamente, por implemento de idade, aos 70 anos; e
- c) facultativamente, por implemento de tempo de serviço, aos trinta e cinco (ou trinta) anos de serviço público (*ut* art. 101 da C. F.; art. 103 da C. E. e arts. 177 e 178 da Lei n.º 1.751/52).

7.2. De conseguinte, a Lei determina o nascimento e os termos do benefício.

Diz a lei:

“Art. 182 — As disposições relativas à aposentadoria aplicam-se ao funcionário em comissão que contar mais de cinco anos de exercício efetivo e ininterrupto em cargos de provimento dessa natureza”.

“Parágrafo único — Se o funcionário provido em comissão, sem ser titular de cargo de provimento efetivo, for atacado de uma das moléstias enumeradas no art. 177,

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 265-282, 1972

IV, aplicar-se-á em seu favor o dispositivo do artigo independentemente de tempo de serviço, desde que se tenha submetido, antes da posse no cargo em comissão, à inspeção médica prevista neste Estatuto para o provimento dos cargos públicos em geral". (ut Lei n.º 1.751/52, grifei)

"Art. 101 — O funcionário será aposentado:

- I — por invalidez;
- II — compulsoriamente, aos setenta anos de idade; ou
- III — voluntariamente, após trinta e cinco anos de serviço.

Parágrafo único — No caso do item III, o prazo é de trinta anos para as mulheres." (ut Constituição Federal)

"Art. 103 — O funcionário será aposentado:

- I — por invalidez;
- II — compulsoriamente, aos setenta anos de idade;
- III — voluntariamente, após trinta e cinco anos de serviço, se do sexo masculino, ou após trinta anos, se do sexo feminino." (ut Constituição do Estado)

"Art. 177 — O funcionário será aposentado:

- I — quando tiver atingido ou vier a atingir a idade de 70 anos ou outra inferior que a lei estabelecer, em virtude da natureza especial do serviço;
- II — quando verificada a sua invalidez para o serviço público;

.....

Art. 178 — Será aposentado, independentemente de inspeção de saúde, se o requerer, o funcionário que contar mais de trinta e cinco anos de serviço." (ut Lei n.º 1.751/52)

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 265-282, 1972

Com alguma variante agasalha semelhante disposição o Estatuto do Servidor Público Federal (art. 180, A).

7.3. Logo, e aceitando o princípio de que o exercício vai conferindo, paulatinamente, o privilégio de usufruir as vantagens marcadas em lei, indúbio que esse conjunto de regras objetivas disciplina os direitos dos servidores, marca o nascimento do benefício e o da vantagem conferida.

7.4. O titular de cargo de provimento em Comissão, de consequente, está, também, contemplado com o benefício da aposentadoria nas mesmas hipóteses em que o detentor de cargo de provimento efetivo ou emprego público, exigindo-se-lhe, porém, que

- a) por implemento de idade, aos 70 anos, e
- b) por implemento de tempo de serviço, aos trinta e cinco (ou trinta) anos de serviço, conte mais de cinco (5) anos de exercício efetivo e ininterrupto em cargos de tal natureza, e
- c) por invalidez, com qualquer tempo de serviço, se tenha submetido a exame de saúde no respectivo ingresso (ut art. 182 e parágrafo único, da lei n.º 1.751/52).

Pressupõem, com efeito, as hipóteses (a) e (b) — (I) Implementação de uma ou outra das condições (Implemento de idade ou tempo de serviço) e (II) Exercício, sem solução de continuidade, em cargos de provimento em Comissão, por tempo superior a cinco (5) anos e, a (c), invalidez superveniente, não se cogitando, nessa circunstância, do tempo de serviço.

Em outras palavras — efetividade real pelo exercício das atribuições correspondentes à função ou efetividade ficta, casos em que, embora afastado do cargo, o tem a Lei como se em exercício (tais como: férias, licenças, prestação de serviço militar, eleitoral, judicial e outros obrigatórios por lei, etc., conforme autorizado pelos Estatutos, ut arts. 79, Lei n.º 1.711/52 e 167, Lei n.º 1.751/52), sem ruptura do vínculo em cargos de provimento dessa natureza, (não reclama, dessarte, o mandamento legal que o exercício seja no mesmo cargo, mas sim de igual forma de provimento e não haja solução de continuidade):

- a) no caso de implemento de idade aos 70 anos, que complete o respectivo tempo de exercício — cinco (5) anos — antes de incidir na compulsória, e, bem assim, no

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 265-282, 1972

momento de completá-los, ainda exerça uma função de tal natureza; ou

b) no caso de implemento de tempo, possa somar trinta e cinco (ou trinta) anos de serviço público, computável, para esse efeito, inclusive o tempo federal e municipal (ut arts. 102, § 3.º, C. F. e 106, C. E.), observada a exigência de cinco (5) anos de exercício no cargo em comissão; ou

c) no caso de invalidez, com qualquer tempo de serviço, não exige a lei outra condição além do exame de saúde por ocasião do ingresso.

7.5. ADROALDO MESQUITA DA COSTA, ao tempo de Consultor-Geral da República, examinando matéria semelhante, não só proclamou e reconheceu esse direito de aposentadoria do titular de cargo de provimento em comissão nos termos prescritos na Lei, como, ainda, o da revisão dos estipêndios, com estas palavras:

"SEVIDOR DE AUTARQUIA — CARGO EM COMISSÃO — APOSENTADORIA.

13. O Decreto 48.089-60 nada mais é do que um ato declaratório.

A Lei é que determina, com sua vigência, o nascimento do benefício, o da vantagem, nos termos nela prescritos.

Interpretar-se de modo contrário, seria levar ao absurdo de se considerar o decreto como ato capaz de inovar disposições de leis.

14. Nestas condições, ante o exposto, concluo da seguinte forma:

a)

b) A data de vigência da Lei n.º 1.741/52, preencha o funcionário os requisitos exigidos, motivo pelo qual é lícito o amparo de que se cogita;

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 265-282, 1972

c) A revisão dos proventos há de ser sempre com base nas alterações de vencimentos que ocorrem para o símbolo em que se aposentou (CC-5; (Apud RDA n.º 81, p. 380 e segts.)

8. No caso sub examine, a Caixa Econômica Estadual, a exemplo das Federais (antes da unificação e transformação em empresa pública), ao tempo da vigência do Decreto n.º 19.834, de 8 de abril de 1931, é estabelecimento público de natureza autárquica, tal como disposto na Lei que autorizou sua criação, respectivo regulamento e correspondente regimento interno (Lei n.º 3.914/60, art. 1.; Decreto n.º 11.250/60; art. 1.º; e Resolução n.º 16, de 12/7/1961, art. 1.º), aplicando-se, "no que couber", aos seus servidores e aos seus dirigentes, a disciplina legal dos funcionários públicos, e vinculados esses servidores ao regime de previdência e assistência social do sistema próprio (ut art. 7.º, da Lei n.º 3.914/60 c/c o art. 272 da Lei n.º 1.751/52).

8.1. Os servidores das Caixas Econômicas têm sistema próprio de previdência e assistência social, criado pela Lei n.º 3.149, de 21 de maio de 1957 — com as modificações posteriores — Lei n.º 4.518/64 e Decreto-Lei n.º 809/70 — regulamentado pelo Decreto n.º 43.913/58, em razão do que os servidores das Caixas Econômicas Federais são segurados ditos obrigatórios do Serviço de Assistência e Seguro Social — SASSE —, enquanto os servidores das Caixas Econômicas Estaduais não passam de segurados ditos facultativos (art. 3.º, da Lei n.º 3.149/57; art. 4.º do Decreto n.º 43.913/58 e 8.º da Lei n.º 4.518/64), esses com limites de idade e tempo, para fazer a inscrição, a par de estreitados os seus benefícios, sem observância da proporcionalidade do salário-contribuição com o salário-benefício.

8.2. Semelhante discriminação, por ofensiva do princípio da isonomia (art. 153, § 1.º, C.F.), entendo que merece severas críticas, ainda mais quando, pela Carta Magna (art. 165, XVI), se assegura a todo trabalhador nacional (deles não se excluindo os servidores ou prestadores de serviço público) os benefícios da Previdência Social, e mais ofensiva se torna a predita discriminação, quando se sabe que a Lei Orgânica da Previdência Social exclui do seu rol de beneficiários "os servidores (...) bem como das respectivas autarquias, que estiverem sujeitos a regimes próprios de previdência" (art. 3.º, I, da Lei n.º 3.807/60), sem falar no fato de estar criando odiosa discriminação entre brasileiros em

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 265-282, 1972

razão do local de trabalho, fazendo, assim, distinções entre beneficiários, em razão da procedência, quando se sabe que até mesmo em matéria tributária é repelida tal diferenciação (ut art. 20, incisos I, II e III, C.F.).

8.3. Assim, dentro dessa ordem de idéias e considerações — ressalvado sempre o juízo dos doutos —, entendo que os servidores da Caixa Econômica Estadual são necessária e obrigatoriamente segurados do Serviço de Assistência e Seguro Social dos Econômiários — SASSE —, inclusive os dirigentes de tais entidades, embora estes não se constituam — *stricto sensu* — em empregados autárquicos, eis que nomeados, com prazo certo, pelo Chefe do Poder Executivo, na hipótese, art. 3.º da Lei n.º 3.914/60, com atribuições definidas em lei e, nessa qualidade, nos termos da Lei n.º 1.751/52 (ut art. 167, IX, c/c o art. 168, IV), exercendo Comissão do Governo em autarquia estadual. Esse detalhe não os priva, todavia, da condição de prestadores de serviço e, como tal, segurados da Previdência Social.

Entendo, com efeito, que a matéria, nesse particular, merece maior exame, cabendo ao serviço jurídico da autarquia, depois de bem considerado, adotar, se for o caso, as correspondentes medidas.

9. O serviço público se compõe de cargos e funções que, embora permanentes, por sua natureza, reclamam formas diversas para o seu provimento e vacância. Tem-se, de um lado, os cargos providos em caráter efetivo, em que se confere ao titular, que serve bem, a certeza de permanência no serviço público, adquirindo o direito de se estabilizar; são os ocupantes de cargos em caráter efetivo; enquanto outros há em que, partindo do pressuposto da disponibilidade do cargo, o titular permanecerá nele enquanto merecer a confiança da autoridade. Esses funcionários estão sujeitos ao *uuto* do titular do poder e tem por base da relação jurídica a *confiança*. Tais cargos, por suas características, de livre nomeação e exoneração, não conferem aos seus titulares segurança, eis que dependentes, por inteiro, da vontade do Estado, desconhecendo seus ocupantes a figura da estabilidade.

O venerável SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL — depois de preconizar que o poder de exonerar está implícito no de nomear livremente —, afirmou que a demissibilidade *ad nutum* pressupõe o exercício de cargo de confiança e tais características correspondem aos Cargos em Comissão. Assim, titular de cargo de confiança há de ser, necessariamente, ocupante de Cargo em

Comissão (apud MANDADO DE SEGURANÇA N.º 8693-DF, in Referências da Súmula do Supremo Tribunal Federal, JARDEL NORONHA — ODALEA MARTINS, vol. 2, 1968, Súmulas 21/35, p. 75).

A Consultoria-Geral do Estado, em momento anterior, não só definiu sua posição como, ainda, afirmou a existência de cargos que, pela natureza das funções, conteúdo, forma e posição hierárquica, são, tipicamente, Cargos em Comissão. O silêncio da lei, em aparente omissão, não é suficiente para descaracterizar os pressupostos do cargo, *verbis*:

“3. O cargo de Diretor-Presidente do Departamento da Loteria do Estado é cargo de provimento em comissão.

Cargos em comissão são os que só admitem provimento em caráter provisório. Destinam-se às funções de confiança dos superiores hierárquicos. Sua instituição, embora permanente, não descaracteriza seu desempenho sempre precário, sujeito ao *nutum* da autoridade competente para provê-lo. Trata-se de cargo em confiança, cujo provimento e vacância está na proporção direta do interesse da autoridade a que a lei confere tal prerrogativa.

4. Poder-se-ia argumentar, louvando-se nas normas constitucionais transcritas, que os cargos de direção do Departamento da Loteria do Estado não são em comissão, porque a lei que os criou não os declarou tais de modo expresso.

Partir-se-ia, na espécie, de uma aparente omissão legislativa, para se negar o conteúdo de toda a norma que criou os cargos hierarquicamente superiores na Loteria Estadual.

A omissão aparente de um termo, *data venia*, não é suficiente, para descaracterizar um posto de chefia nitidamente criado em lei, com funções de hierarquia superior estadual bem definidas, pressupostos essenciais do cargo em comissão.

Para fixar o sentido e alcance da lei, para revelar o pensamento que anima suas palavras, os quais, muitas vezes, não correspondem à terminologia empregada,

para suprir lacunas motivadas por termos inadequados, para compreender a lei com a finalidade de bem aplicá-la, é que existe a interpretação.

"Interpretar uma lei é revelar o seu sentido e o seu valor, estabelecendo qual a sua eficiência num dado meio social, onde tenha de atuar", segundo M.M. SERPA LOPES, in *Comentários à Lei de Introdução do Código Civil*, p. 102.

.....

Aplicados tais princípios ao problema, percebe-se que os cargos de Diretor-Presidente e de Diretor do Departamento da Loteria do Estado possuem conteúdo, atribuições e forma típicos dos cargos em comissão, eis que são de livre nomeação e exoneração do Governador do Estado, e se destinam a postos de chefia da Administração Estadual. Muito embora a lei não dissesse, no ato de criação, que eram cargos em comissão, a própria lei que os criou lhes deu todas as feições tais e, por isso mesmo, são cargos em comissão." (apud *Revista da Consultoria-Geral do Estado*, n.º 2, pp. 95-103, Parecer n.º 73/USE).

10. Induvidoso, assim, que o Diretor da Caixa Econômica, na condição de membro do Conselho Administrativo, ocupa cargo de provimento em Comissão e seu status funcional é o de servidor autárquico, exercendo Comissão do Governo do Estado.

11. A autarquia, pessoa de direito público contingente, nasce da lei e, nesse ordenamento legislativo, são estabelecidas as regras básicas do novo ente jurídico criado.

Com efeito, a lei que autorizou a instituição da Caixa Econômica Estadual, fiel a esses postulados, no art. 7.º — embora discutível, em termos, esse mandamento para efeitos das relações do ente criado com terceiros — afirmou o princípio da só responsabilidade da autarquia para com os seus agentes funcionais, eliminando, por inteiro, qualquer responsabilidade do Estado, inobstante a condição de ente criador, inclusive com relação à previdência e assistência social, ordenando a inscrição no órgão próprio correspondente. Repetem o mando, o Regulamento — em seus artigos 16 e 17 e o Regimento Interno, artigos 59 e seguintes.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 265-282, 1972

Logo, a responsabilidade do pagamento cabe à própria Caixa Econômica ou à correspondente Instituição de Previdência e, a exemplo do que ocorre com o Estado — art. 177, inciso VI, da Lei n.º 1.751/52 — na hipótese da não-obtenção dos benefícios junto ao respectivo órgão previdenciário e enquanto isso não se verifique — o ônus das vantagens, aposentadoria no caso, devem correr à conta da pessoa de direito que tomou seus serviços, isto é, a Caixa Econômica Estadual, continuando o prestador de serviço segurado na Instituição Previdenciária até que lhe assegure o direito à inatividade remunerada.

12. O ato de inativação, na hipótese, seria do Conselho Administrativo, se regulamentado o capítulo da aposentadoria. Como inexistem as instruções de que cogita o art. 126 do Regimento Interno, deverá ser do próprio Governador do Estado.

13. Os proventos a que fará jus o interessado são os fixados para o cargo de Diretor, excluídas as gratificações de representação e outras que eventualmente receba **propter laborem**, já que, nesse particular, a regra é a da não-incorporação, a teor do magistério de HELY LOPES MEIRELLES, *verbis*:

"...essas gratificações só devem ser percebidas enquanto o funcionário está prestando o serviço que as ensejam, porque são retribuições pecuniárias **pro labore faciendo e propter laborem**. Cessado o trabalho que lhes dá causa, ou desaparecidos os motivos excepcionais e transitórios que as justificam, extingue-se a razão de seu pagamento. Daí porque não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem são auferidos na disponibilidade e na aposentadoria, salvo quando a lei expressamente o determina, por liberalidade do legislador. (Dir. Adm. Bras., 2.º ed., p. 412)" (apud *Revista da Consultoria-Geral do Estado*, vol. 2, pp. 108-115).

14. Não faz jus, igualmente, à gratificação adicional de 25% requerida por não implementar os pressupostos legais para o gozo desse benefício, que, no caso, seriam vinte e cinco (25) anos de efetivo serviço na Caixa Econômica, de acordo com o disposto em o art. 139, combinado com o art. 171 e seguintes do Regimento Interno.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 265-282, 1972

15. À vista do exposto concluo:

- a) O servidor autárquico é também servidor público e, guardadas as peculiaridades dos respectivos entes — inclusive da legislação especial —, fica sujeito à disciplina legal da profissão, aplicável até por determinação do art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro;
- b) O titular de cargo de provimento em Comissão — compreendendo-se nele o de dirigente da Caixa Econômica Estadual (Diretor) —, fez jus à aposentadoria, nos termos do art. 182 da Lei n.º 1.751/52, desde que, além do tempo de serviço ou implementação de idade, some, sem interrupção, cinco (5) anos de exercício em um ou mais cargos de provimento dessa natureza ou, de acordo com o parágrafo único desse mesmo artigo (art. 182), na hipótese de invalidez — com qualquer tempo de serviço, se tenha submetido a exame de sanidade, por ocasião do ingresso, salvo se vinculado a outro regime de previdência, quando esse favor ser-lhe-á devido pelo órgão previdenciário correspondente, mas, enquanto não lhe for prodigalizado esse benefício pela Instituição de Previdência, arcará com o ônus, *in casu*, a Caixa Econômica Estadual;
- c) O servidor público só está excluído do regime nacional de previdência social, quando sujeito a regime próprio;
- d) Os proventos de aposentadoria, excluídas as gratificações *propter laborem*, corresponderão ao salário-benefício, na proporção do salário-contribuição, que, em termos serão os do cargo respectivo;
- e) Expedirá o ato a autoridade competente, no Órgão Previdenciário e, enquanto essa instituição não o reconhecer, o órgão próprio da autarquia, e inexistindo regulamentação interna, como no caso *sub examine*, o próprio Chefe do Poder Executivo.

É o meu parecer, *sub-censura*.

Porto Alegre, 3 de julho de 1972.

Orlando Giraldi Vanin
Consultor-Geral do Estado

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 265-282, 1972

PARECER N.º 2148/CGE

TEMPO DE SERVIÇO — Servidor não-titulado de Cartório Distrital. Prova insuficiente na Justificação Judicial.

H. R., servidor autárquico, trabalha há 35 anos (fls. 34), dos quais onze (11) em Cartório Distrital, aproximadamente quatro (4) anos em serviço público municipal (fls. 4), e os restantes vinte (20) anos de serviço, até 13/05/71 fls. 34), foram prestados à Companhia Estadual de Energia Elétrica, desde a época em que se constituía em Comissão Estadual de Energia Elétrica.

Foi levantada dúvida persistente, por pareceres vários (fls. 14, 18, 35), na entidade de origem, sobre o cômputo ou não do tempo de trabalho prestado ao citado Cartório Distrital, ainda que não se duvide de ser tal ofício verdadeiro serviço público, mas, para cujo exercício não mostrou o requerente a titulação hábil exigível, que o qualificaria como servidor público de direito.

Reiterando o pedido de cômputo de tal tempo de serviço, pretende o requerente provar o tempo ocorrido e sua qualificação de serviço público, mediante "Declaração de Boa conduta" do titular daquele Cartório (fls. 3); posteriormente mediante Certidão (fls. 12) extraída dos autos do processo de Justificação Judicial, e a final anexando ao processo os autos da Justificação Judicial por solicitação desta Casa.

Vem o processo a esta Consultoria, que promoveu várias diligências sobre prova de matéria de fato a fim de emitir parecer. É o relatório.

2. Não titulação do requerente no cargo por ele declinado como efetivamente exercido.

A questão primeira e prejudicial das demais, levantada com relevo em todo o processo, é aquela de se saber, com certeza jurídica, se o trabalho prestado pelo requerente o foi na qualidade de servidor público ou de simples empregado do titular do Cartório, por vínculo ainda não regido pela CLT (Decreto-lei n.º 5.452, de 01/05/43) mas tutelado pelos arts. 1216 e seguintes do Código Civil (Lei n.º 3.071 de 01/01/1916).

Com efeito, já à época da prestação de serviço do requerente, a forma de contratação vem expressa no artigo 133, do Decreto-lei n.º 9, de 26 de fevereiro de 1940 (DOE 27/02/40), nestes termos:

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 283-290, 1972

"Os salários dos ajudantes serão ajustados por escrito com os serventuários a que servirem. **O contrato será aprovado pelo juiz de direito** da comarca e, na Capital, pelo juiz que exercer as funções de diretor do foro." (grifei)

E, quando o serventuário tivesse contratado mais de um ajudante, deveria comunicar ao juiz competente tal fato, a fim de se saber qual deles exercia a titulação em caso de substituição ou ausência.

Portanto, pela prova trazida aos autos, e na exata dimensão dessa prova, não demonstrou o requerente sequer ter sido contratado.

3. Ademais, já no início da prestação de serviços, as disposições de admissão de servidores públicos estipulavam que os mesmos seriam aceitos em conformidade com os requisitos da lei ordinária.

Para o postulante, a lei ordinária era o Código de Organização Judiciária da época, Lei Estadual n.º 346, de 6 de abril de 1925, que em seu artigo 219 assim dizia:

"As primeiras nomeações para os ofícios de justiça que esta lei estabelecer ou que forem criados, nos termos do art. 122, serão feitas sem dependência de concurso."

Mas, exigia o artigo 220 do mesmo Código:

"Os juízes, membros do Ministério Público, **serventuários e empregados da justiça não poderão assumir o exercício dos cargos para que foram nomeados sem apresentar seus títulos de nomeação** à autoridade competente para lhes deferir o compromisso." (grifei)

Tal norma foi reiterada pelo Decreto-lei n.º 9, de 26 de fevereiro de 1940, que dispunha no art. 130:

"**Nenhum serventuário de ofício de justiça pode exercer as suas funções fora do termo ou distrito designados no título de nomeação, nem antes do compromisso. O compromisso é prestado perante o juiz de direito nas sedes de comarca, e perante o juiz municipal, nos termos anexos.**" (grifei)

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 283-290, 1972.

As exigências para o exercício de cargos e funções públicas eram deixadas para a lei ordinária, já pela Constituição Federal de 1891, com as emendas de 7 de setembro de 1926, lendo-se em seu artigo 73:

"Os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial, que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas."

A Constituição Federal de 16/07/1934 não revogou as disposições da lei ordinária, por exemplo, o Código de Organização Judiciária citado acima, pois seu artigo 187 mandava:

"Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariarem as disposições desta Constituição."

Portanto, para o requerente, as condições eram as que o então Código de Organização Judiciária citado estatuiu, conforme se disse acima.

4. Dispõe o artigo 89, do Decreto-lei n.º 9/40, "verbis":

"São funcionários auxiliares da justiça:

I

II

III — Os serventuários dos ofícios seguintes:

a) notariado; b) escritanias; c) registro de imóveis; d) registro civil de pessoas naturais; e) registro civil das pessoas jurídicas; f) registro de títulos e documentos; g) **ajudantes desses ofícios** (grifei); h) avaliadores; i) distribuidores; j) contadores; k) depositários públicos e seus fiéis; l) porteiros dos auditórios;

IV — Oficiais de justiça;

V — Intérpretes e tradutores.

Não pôde o requerente, em momento algum do processo, ou não lhe ocorreu, apresentar algum título oficial de investidura regular.

Na justificação judicial, posteriormente apresentada, não se pronunciou a testemunha primeira no sentido de qualificá-lo como titulado a exercer ofício de justiça, mas como avulso, "na qualidade de irmão do titular" (sic.) Essa testemunha estava al-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 283-290, 1972

tamente qualificada para esclarecer sobre a investidura do justificante, pois é escrivão do mesmo Cartório em que trabalhou o justificante e sabia perfeitamente avaliar a intenção e o peso de seu depoimento, para os fins da Justificação Judicial. Se mais e melhor não disse, foi porque não podia.

Convém notar que o artigo 89 do Decreto-lei n.º 9 declina os serventuários e os seus ajudantes a qualquer título (letra h). Em nenhum desses títulos se qualificou o requerente, em todas as suas alegações de defesa; disse ser ESCRIVENTE (fls. 2, 3, 11, 12, 22, 38), denominação imprópria para enquadramento nos termos do artigo 89 acima; mais próxima a AMANUENSE, que no dizer de Buarque de Holanda (Dicionário...), "é escrevente, funcionário encarregado de fazer cópias, registrar diplomas e correspondência oficial", ou, no dizer de Laudelino Freire J. L. Campos (Dicionário...), "é empregado de repartições públicas, encarregado geralmente de fazer cópias, registros e alguma correspondência oficial. 2. Escrevente copista. 3. Secretário."

5. Aliás, esta última qualificação calha perfeitamente com a minuciosa pesquisa feita pelo Assistente de Coordenador desta Consultoria-Geral, de fls., que assim se expressa:

"Não encontrei em nenhum dos termos a assinatura do requerente H. R. mesmo porque, não é atribuição de Escrevente assiná-los, cumprindo-lhe apenas transcrevê-los. Os atos estão subscritos por B. M. R., que se declara Ajudante."

E, note-se, a posição do Ajudante de Cartório à época era precária, conforme expressa o artigo 135 do Decreto-lei n.º 9, de 26 de fevereiro de 1940:

"Os ajudantes não podem ser despedidos, enquanto bem servirem, salvo por proposta do serventuário do ofício ou no interesse do serviço público, por pedido motivado do juiz de direito da comarca, ao Governo."

Contém a expressão — enquanto bem servirem — a conotação de exercício de cargo demissível "ad nutum" pela autoridade superior.

Se a situação do irmão do requerente, que era titular incontestante, era precária, como se vê de toda a matéria regulada pelo citado Código de Organização Judiciária (arts. 133, 135), quan-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 283-290, 1972

to mais a situação do requerente, que era mero Amanuense de Cartório, pago pelo irmão, Ajudante Oficial, que, por sua vez, jamais qualificou o requerente como seu ajudante, conforme também depõem as testemunhas do processo de Justificação Judicial.

6. Nem então, nem agora, cumpriu o requerente, conforme a prova citada, "os requisitos constantes das leis, regulamentos e instruções expedidas pelos órgãos competentes", pelo que não se lhe pode qualificar aquele tempo de trabalho, no Cartório Distrital, como tempo de serviço público, porque não tinha o requerente a titulação imposta por lei, para o exercício de cargo ou função pública, condição legal e constitucional de sua qualificação como servidor público de direito. Pela prova apresentada poderia ser funcionário de fato.

E, se assim não fosse — pela justificação judicial apresentou:

Prova insuficiente para deferimento de seu pedido administrativo inicial e, posteriormente, também, para seu petitório judicial de Justificação Avulsa.

7. A segunda questão a considerar é a prova bastante da **continuidade** dos serviços prestados pelo requerente, no Cartório de seu irmão, que ocupava o cargo de Ajudante, por titulação normal, conforme se vê dos documentos juntados aos autos em fotocópias (fls. ...).

No processo, pela "Declaração de Boa Conduta", o irmão do requerente não explicita em dias o tempo trabalhado e não afirma ter sido tempo **ininterrupto** (fls. 3). O depoimento da testemunha ocular do Escrivão daquele Cartório (fls. 7 JJ), instado sobre os fatos, vai até a afirmação máxima de que o requerente era remunerado pelo irmão que o auxiliava muito, nada esclarecendo sobre a continuidade dos serviços prestados. Da mesma forma o depoimento da segunda testemunha. Não há, à evidência, provas da continuidade de serviço questionada e exigida, nos termos do artigo 166 da Lei n.º 1751/52:

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

E, em seu parágrafo primeiro:

"Serão computados os dias de efetivo exercício à vista das folhas de pagamento ou das fichas funcionais."

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 283-290, 1972

8. Na ausência da situação legal, antes enfocada, cabia ao requerente adotar o procedimento inserto no art. 168 do mesmo Estatuto:

“Computar-se-á, ainda, integralmente, para aposentadoria:

1 — O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal, inclusive correspondente ao desempenho de mandatos eletivos;

Parágrafo único — O tempo de serviço a que se refere este artigo computar-se-á em face de comunicação de frequência, de certidão passada por autoridade competente ou por justificação avulsa produzida em juízo.” (grifei)

E usou de seu direito de ação com propriedade, pois enquanto o artigo anteriormente citado exigia contagem de tempo **dia a dia**, este último aceita **período ou tempo maior comprovado** por via da justificação.

No entanto, o justificante não alcançou o objetivo na ação judicial pois, pelo exame feito do que contém na justificação intentada, não provou o tempo em dias nem a continuidade do período alegado no seu petitório inicial.

O ônus da prova cabia ao justificante, que ciente da controvérsia sobre seu tempo de serviço, conforme se lê a fls. 8 do processo, não cuidou de provar exatamente o que faltava para legitimar ser tempo de serviço.

9. A Justificação Judicial é processo acessório, no qual o mérito do pedido está vinculado a outro processo ou prova.

De PLÁCIDO E SILVA doutrina, em “TÉCNICA FORENSE e PRÁTICA PROCESSUAL”, 2a. edição, 2.º volume, 1946, p. 693:

“Na técnica processual, processo acessório entende-se todo aquele que se intenta, preliminarmente, ou dentro de uma outra ação, para consecução de medida que venha assegurar ou ressaltar direitos do autor ou do réu.”

E no mesmo volume e obra, sob p. 519:

“A justificação é homologada por sentença, pelo que deve ser assistida por quem tenha interesse nela, mes-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 283-290, 1972

mo não sendo o seu requerente. Quando se tratam de justificações, onde não há interesse pessoal de terceiros, pelo menos aparentemente, **deve ser citado o órgão do Ministério Público** para que assista e acompanhe. É o caso, por exemplo, da justificação para reificação de nome ou para prova de idade.”

Se para preservar interesse de terceiros entende o autor se deve citar o órgão do Ministério Público — é evidente — em matéria de máximo interesse do Estado, como é a da espécie, deveria ter sido citado o Representante do Ministério Público e do Estado por promoção do justificante. Assim procedendo, estaria não só firmando a autenticidade das provas feitas mas também a sua suficiência, ou não, perante o Estado.

Ainda, conforme ensina JOÃO BONUMÁ, em DIREITO PROCESSUAL CIVIL, vol. 3, 1946, p. 425:

“Consiste a justificação na inquirição de testemunhas sobre os fatos alegados e na juntada de quaisquer títulos ou documentos que os comprovem (Cód. Proc. art. 736).”

“A parte citada para a justificação **poderá contestar as testemunhas, reinquiri-las e pronunciar-se sobre os documentos dos quais terá vista em Cartório por 24 horas** (Cód. Proc. art. 737).

“Não poderá, porém, contestar o pedido, alegar matéria de fato ou de direito para a prova de sua contrária intenção, porque a justificação não é **causa**, nem meio idôneo para a prova de fatos ou relações jurídicas de caráter contencioso, fazendo objeto atual de alguma demanda ou litígio. Da mesma forma lhe é defeso excepcionar, impugnar, reconvir ou recorrer.”

“Como as justificações avulsas não firmam, nem estabelecem direitos, a sentença que as julgar será apenas uma homologação e nunca um julgamento de mérito ou de fundo, produtor de coisa julgada. Por isso, o valor das provas que elas produzem será apreciado e discutido quando o justificante as apresentar em juízo em ação regular ou quando delas se quiser valer, perante quaisquer tribunais ou repartições administrativas.” (grifei)

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 283-290, 1972

Ocorre que não logrou, pela prova produzida, alcançar como evidente ter sido ele remunerado pela entidade pública, em vez de sê-lo pelo irmão em caráter particular; e não trouxe nenhum assentamento original da época da prestação de seu trabalho no Cartório, para início de prova, eis que a "Declaração de Boa Conduta" firmada pelo próprio irmão, é de caráter particular e não formalmente jurídica, para os fins que intenciona o justificante alcançar.

Eis porque o Conselho do Serviço Público proclamou:

"Não é possível admitir-se que, mediante justificação, se prove a investidura na função pública. Limite da faculdade outorgada no parágrafo 2.º do art. 166 do Estatuto." Parecer 3435, DOE 07/01/57, M. Difini. (grifei)

E acompanhando a doutrina acima exposta:

"o conhecimento e apreciação do que se contém na justificação judicial tem lugar no processo em que ela for oferecida como prova. É a mesma admissível como comprovante de tempo de serviço público, quando não mais existam os documentos ou assentamentos necessários à extração das certidões correspondentes." (Parecer 3976) (grifei)

Em serviço público tão formalmente documentado, como o é aquele serviço judiciário, seria praticamente impossível não haver prova do trabalho prestado pelo requerente, na qualidade que alega ter de servidor público.

10. Como a justificação judicial não faz coisa julgada, poderá o requerente proceder, com toda cautela exigida, para a prova cabal de suas alegações, a nova justificação judicial.

No entanto, pela matéria de fato e de direito trazida aos autos do presente processo, é insuficiente a prova produzida do tempo de serviço e de sua qualidade de serviço público, pelo que deve ser indeferido o pedido de reconsideração dos despachos anteriores.
É o Parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 14 de julho de 1972.

Flávio José Zanini
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 283-290, 1972

TRABALHOS FORENSES

APOSENTADORIA NOS TERMOS DO ART. 197 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 1.º, § 2.º, LETRA A, II, DA LEI N.º 5315, DE 12/9/67

CONTESTAÇÃO

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu representante judicial,

CONTESTANDO a ação declaratória que lhe movem **A. L.** e outros (Proc. n.º 66.325) perante esse **MM. Juízo**, respeitosa-mente diz e requer a **V. Exa.** o que segue:

Preliminarmente

1. Ilegitimidade de partes.

O objeto da presente declaratória — reconhecimento da existência de direito dos **AA.** a terem registrados, pelo **Colendo Tribunal de Contas do Estado**, seus atos de inativação, e consequente validade destes — decorre, segundo assertiva da inicial, da negativa daquele Colegiado em cumprir tal formalidade.

Sustentam, ainda, os **AA.** que o Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem (**DAER**), autarquia estadual, já lhes outorgara a aposentação, nos termos do art. 197, da Constituição Federal; expedidos que foram os respectivos atos.

Logo, o pedido, no presente feito, não há de se dirigir contra o ora Contestante e nem mesmo contra o órgão seu (**DAER**), da administração descentralizada. Sim contra o **Tribunal de Contas** que, dentro da sistemática constitucional-administrativa do País e, pois, do Estado, não integra o **Executivo**. É este um

Poder, enquanto os Tribunais de Contas — com características para-judiciais, diz-se, para-judiciárias — constituem-se em entidades autônomas, de fiscalização financeira e orçamentárias, definidas constitucionalmente (arts. 70 e segs., da C. F.).

Como a relação jurídica que aqui se pretende ver proclamada seria entre os AA. e o Tribunal de Contas, não há porque seja o Estado do Rio Grande do Sul considerado como parte, na presente lide:

“A melhor conceituação de parte é a de CHIOVENDA e REDENTI: “aquele em cujo nome se pede uma atuação da lei (autor) e aquele contra a qual ou em face do qual a atuação é pedida (réu)”.

(Principii, 578). — cit. p. LOPES DA COSTA, “Dir. Proc. Civil”, vol. 1, p. 222, ed. 1947, Konfino.)

Já que os próprios AA. reconhecem, inicialmente, haver o DAER, autarquia estadual, expedido seus atos de inativação, vale dizer, reconhecido o seu direito — como, então, mover-se a presente declaratória contra quem a teria, já, reconhecido?!

A ilegitimidade de parte, quanto ao Estado, eminente Julgader, é, assim, flagrante; motivo pelo qual se deve excluí-lo da lide.

2. Antes, porém, é de ser argüida a incompetência do nobre Juízo Singular de Primeira Instância, para apreciar a matéria.

E, então, ratifica o Estado, em sua íntegra, as razões para tanto expedidas pelo ilustre patrono do Colendo Tribunal de Contas; em sustentando, com profusão de argumentos e invulgar brilho, ser este feito da competência originária do Eg. Tribunal Federal de Recursos.

3. Insurge-se, igualmente, o Estado do Rio Grande do Sul, contra o requerimento dos AA., para que “seja o DAER, na pessoa do seu Diretor Geral, chamado a integrar a lide como litisconsorte necessário...”

Pretendem com isso, em se valendo da posição adotada por aquela autarquia, baseada em pareceres de seus consultores, fazer prevalecer orientação que, ver-se-á, não é a do Estado, quanto à espécie sub-judice.

Aparentemente, mas tão só aparentemente, existiria, no caso, “comunhão de interesses” entre os AA. e o DAER, pelo fato de que ambos proclamam a legitimidade dos atos cujo registro foi sustado pelo Tribunal de Contas. Daí apelarem aqueles para o litisconsórcio necessário, de parte do DAER.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 293-301, 1972

Ocorre, porém, que o DAER, como entidade autárquica estadual acha-se jungido, em suas relações para com terceiros (e seus servidores o são), ao ordenamento e à orientação da Administração Centralizada. Trata-se, aí, do princípio do controle administrativo ou da tutela que esta, inobstante o reconhecimento de autonomia aos entes autárquicos, reserva para si e de que não pode prescindir.

“A fim de manter a coerência harmônica do todo administrativo e reter sua integridade, posto que a função das pessoas autárquicas é idêntica à que exercita em sua manifestação administrativa, mantém-nas sob controle. Com isto reconstitui, de certa forma, a unidade que quebrou e que nunca poderia romper totalmente, sob pena de mutação qualitativa em a natureza de tais pessoas.”

(“Natureza e Regime Jurídico das Autarquias”, C. A. BANDEIRA DE MELLO, RT, p. 305).

Logo, divergindo de posição o Estado e o DAER — com a encampação, por parte deste, da pretensão dos AA. — só ao Estado incumbe defender os interesses do todo administrativo:

“Em todo e qualquer confronto entre entidades políticas e entidades administrativas, independente da área constitucional em que residem umas e outras, prevalecem sempre as prerrogativas das pessoas políticas e predominam suas posições sobre os interesses, pretensões ou privilégios das pessoas meramente administrativas.”

(autor e obr. cit., p. 485).

É, pois, de ser inadmitida a presença, na lide, como litisconsorte necessário, do DAER; a qual só seria admissível, se reformulando a orientação até aqui adotada, vier aquele órgão a conciliar seus interesses com os do Estado.

4. Descabimento da declaratória.

A simples leitura da peça preambular e, especialmente dos documentos de fls. 85 e 86, revela a inviabilidade do “remedium juris” tentado pelos AA. para lograrem a sacramentação de apsentadorias a que faltam suportes fáticos e legais.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 293-301, 1972

E a inoportunidade da via declaratória exsurge por **duas razões básicas**:

- a) desejam os AA. que, **ultima ratio**, o Judiciário interprete o art. 197, da Constituição Federal e os dispositivos da Lei n.º 5315; que o complementou;
- b) pretendem o reconhecimento de uma relação jurídica que, segundo confessam na inicial, já estaria sendo **violada**, ao negar-lhes, o Tribunal de Contas, registro dos atos de inativação.

4.1. Realmente, todo o esforço dos postulantes — concentrado nos itens 13 usque 19 da peça inicial — dirige-se à tentativa, frustra, em demonstrar o que uma profusa **legislação**, inclusive de diplomas já revogados, **entende por “operações de guerra”, “teatro de operações”, “operações bélicas”, “ex-combatentes”** etc.

E essa preocupação evidencia-se, quando asseveram:

“Ora, semelhante prova (referem-se à exigida pelo T. Contas) — impertinente no caso dos suplicantes não importa na limitação do **conceito de ex-combatente**. Tal conceito seria, quando muito, dado pelo texto do artigo (1.º da lei 5.315) em que também não se faz distinção alguma entre os integrantes de Força do Exército”. (cf. item 19, da inicial).

Nada mais do que isso — interpretação de dispositivos legais — eis a pretensão dos AA., através da presente declaratória. Evidentemente, porém, esse não é o instrumento processual adequado:

“A ação declarativa não cabe para se interpretar a lei. Seria absurdo que se confundisse o seu objeto, que é afirmar ou negar a existência de relação jurídica, com o **dicere jus**, que no sistema jurídico brasileiro só se tem **incidenter**, ou como premissa dos julgamentos, ainda na espécie do recurso extraordinário, por ser a interpretação invocada, diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal. Não pode servir para fixar interpretação de lei (3a. C. Cível do Trib. Apel. D. Fed., 12.X.45, RF 105.516; O. D. 42.406), posto que, no declarar a relação jurídica, tenha de interpre-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 293-301, 1972.

tar a lei ou, até, adotar uma dentre duas ou mais interpretações, ou outra, que ao juiz pareça acertada.” (PONTES DE MIRANDA — “Tratado das Ações”, tomo II, p. 39, Ed. RT, 1971).

Os pronunciamentos de nossos Tribunais, nesse mesmo teor, são reiterados, negando à ação declaratória instrumentalidade para a pura e simples interpretação de lei:

“Se a meta da ação declaratória é afirmar ou negar a relação jurídica, então descabe simplesmente para apurar o sentido da lei, por envolver caráter acadêmico, incompatível com a missão judiciária.”

(Ac. 2a. C. Cível, TJ, de Est. R. Jan., de 13.VIII-59, Agr. n.º 9998, Rel. Itabaiana Oliveira, in Alexandre de Paula, “O proc. Cív. à luz da jurisprud.” vol. XXII, p. 43).

4.2. De outra parte, admitem os AA. explicitamente, no pedido, a **ocorrência de um ato violador**, de parte do Colendo Tribunal de Contas, atentatório ao direito de que se julgam titulares.

Como, então, simultaneamente, intentarem uma **ação declaratória** que tem como pressuposto — na lição de PEDRO BATISTA MARTINS, R. F., v. LXXXIV, 1940 — a existência “da **incerteza objetiva** que se possa verificar relativamente a certas **relações de direito**”?!

No presente caso, nenhuma incerteza objetiva ocorre. Pelo contrário, acertadamente ou não, o Tribunal de Contas **pronunciou-se**, agiu ou — se o quiserem os AA. — **violou direito que os mesmos deteriam**. Incerteza, pois, não há!

A oportunidade, conseqüentemente, de ajuizamento de uma declaratória está perempta:

“A lei e a doutrina só admitem a ação declaratória para **prevenir a violação**, nunca, porém, após esta e com o objetivo de corrigi-la.”

(Ac. unan., da 1a. Turma do STF, 21.XI.57, Rec. Extr. 34759, Rel. Barros Barreto, in “RTJ”, vol. 4, p. 320; e Apenso D. J., de 18.VIII.58, p. 2342).

7. Outrossim, o postulado pelos AA. implicaria em nulificar-se um ato administrativo — o do Tribunal de Contas — perfeito

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 293-301, 1972

e legítimo; o que, igualmente, não é da índole da ação declaratória:

“Não pode ser objeto de ação declaratória, pedido de nulidade de ato administrativo”. (Ac. un., 2a. C. do TJ, de S. Paulo, 31.VII.58, Apel. n.º 88.059, Rel. A. Oliveira Lima, “Rev. Tribunais”, v. 280, p. 328).

Assim, eminente Julgador, por todas essas preliminares, não de ser os AA. considerados **carecedores da presente ação declaratória**, evidentemente inadequada à espécie.

Mérito

O objeto da presente ação — reconhecimento aos AA. do direito à aposentadoria, nos termos do art. 197 da Constituição Federal e art. 1.º, § 2.º, letra a, II, da Lei n.º 5315, de 12/9/67 — já tem sido amplamente apreciado pela Consultoria-Geral do Estado.

Em parecer sob n.º 641/DAJ, de 15 de abril de 1968 (cópia inclusa), o ilustre consultor jurídico Dr. Ney Sá, situou adequadamente, o problema:

“Ora, se a lei anterior, de n.º 3.906/61 foi argüida de inconstitucional, por ferir o art. 191, § 1.º, da Constituição de 1946, pela mesma razão e com os mesmos fundamentos se há de dizer que a lei n.º 5315/67 é inconstitucional. E aqui por duas razões: uma, por ampliar indebitamente o disposto no art. 178 da Constituição vigente; outra, por ferir o art. 100, III, da mesma Carta, dispositivo correspondente ao art. 191, § 1.º, da Lei Maior revogada.”

E, assim, justificava, com precisão, seu ponto de vista, aquele consultor:

“É evidente que “participar efetivamente de operações bélicas implica em estar presente no local onde se feriu a guerra, em outras palavras, no teatro de operações na Itália, no caso especial da Força do Exército, tanto mais que o dispositivo constitucional se dirige, expressamente, ao ex-combatente integrante da Força Expedicionária, cujos elementos são exatamente aqueles que foram enviados para o palco de operações, na Itália.”

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 293-301, 1972

2. Semelhantes conceitos conservam plena atualidade, inobstante expendidos na vigência da Carta de 1967, já que a atual Constituição em seu art. 197, mantém, como **pressupostos** ao favor da aposentadoria antecipada, a satisfação desta prova:

- a) participação efetiva;
- b) operações bélicas.

E desde que o tenham sido por **ex-combatentes!**...

Pretendem os AA., no entanto, que a **lei complementar n.º 5315**, tenha vindo colocá-los, ulteriormente, ao abrigo daquele benefício.

A discussão, a esta altura, chega a ser até bizantina, tão esmiuçada vem sendo, através de variados pareceres, quer da Consultoria, quer do Tribunal de Contas, quer do DAER.

A improcedência, porém, do pedido dos AA., é palpável. Bastante é atentar-se para o **valor hierárquico das leis complementares** — como o é a Lei n.º 5315 — matéria já tão bem analisada por VICTOR NUNES LEAL:

“O problema reveste-se de interesse prático, entre nós, porque mais de uma vez já se tem procurado, no Brasil “regulamentar” a Constituição, na intenção ingênua ou maliciosa de se permitir na lei aquilo que a Constituição, embora em forma pouco precisa, não permite.”

(autor cit. — “RDA”, v. 7. p. 382).

3. Ainda que acolhendo, apenas, **ad argumentum**, a viabilidade de uma **lei complementar** “ampliar” ou “elasticizar”, alterando-o substancialmente, um dispositivo constitucional, nem assim os AA. fariam jus à aposentação especial que pretendem.

E isso porque a própria Lei n.º 5315, — previdente ou desavisadamente — explicitou, em seu art. 1.º, § 3.º que

a prova de ter servido em zona de guerra não autoriza o gozo das vantagens previstas nesta lei.

Que significa isso senão que a lei complementar curvou-se, como não poderia deixar de fazê-lo, ao preceito da Lei Maior, com seus **pressupostos participação efetiva/operações bélicas**, sempre que **desempenhadas**, uma e outras, por **ex-combatente!**?

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 293-301, 1972

Daí a concluir que a mera prestação por parte dos AA. — de serviço militar, coincidente com o período de conflagração, em zona de guerra constitua-se no pleno preenchimento dos requisitos constitucionais; vai um abismo...

Outro não é o entendimento já manifestado pelo **Egrégio Supremo Tribunal Federal**, em apreciando matéria idêntica — em que o requerente inquinava de inconstitucional dispositivo da lei paulista correspondente ao § 3.º, do art. 1.º, da Lei n.º 5315 — idêntica a que aqui se debate:

“Pelo visto, inexistente o alegado antagonismo entre a Carta Magna e a lei local. Em ambas se impõe, para o desfrute do direito pleiteado, que o seu pretendente **haja participado, efetivamente, de operações bélicas, na Segunda Guerra Mundial**, quando ele, apenas, segundo se vê dos autos, se deslocou de Santos para Cubatão, em missão de vigilância e segurança do litoral.

Como se assevera no v. acórdão incriminado, estão ausentes, no caso, os dois requisitos, que o tornariam apto a obter o seu desideratum: a sua **participação nas operações bélicas com a concomitante integração na Força Expedicionária.**”

(“Rev. Trim. Jur.”, vol. 58, p. 217 — ac. unan. da 2a. Turma, Rel. A. Nogueira).

4. Por último, cabe sustentar que, ao contrário do que pretendem os AA., a simples inserção, do termo “Força do Exército”, não constante da Carta de 1967 (art. 178), e presente na vigente Constituição (art. 197), não tem o dom de convertê-los, é bem o termo, em ex-combatentes.

Continuam, ausentes, insiste-se, os pressupostos antes já abordados e que, invariavelmente, figuram em ambos os textos **constitucionais**: ser o beneficiário **ex-combatente, ter participado efetivamente** da 2a. Guerra Mundial, e ser, essa participação, **em operações bélicas.**

Aos que não se enquadram nesse trinômio não há salvação...

Termos em que, protestando por todos os meios de prova — inclusive documentos, perícias, testemunhas etc. — espera o

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 293-301, 1972

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL ser, afinal, julgada improcedente a presente ação e condenados os AA. nas custas e honorários advocatícios.

P. Deferimento.

Porto Alegre, 12 de agosto de 1972.

pp. Caio Lustosa
(Unidade de Defesa Judicial da CGE)

DA APROPRIAÇÃO DO CRÉDITO FISCAL PELOS TORREFADORES DE CAFÉ

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos do Agravo de Petição n.º 17.539, em que contende com T. C. L., Ltda. e outros, vem interpor **recurso extraordinário** para o Colendo Supremo Tribunal Federal, com fundamento no artigo 119, III, letras “a” e “d”, dizendo o requerendo o que segue:

1. A inconformidade do Recorrente é **parcial**, restringindo-se o presente recurso ao ponto exposto a seguir.

2. É que, em sua maior parte, a decisão recorrida está de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A hipótese é assaz conhecida:

Três operações de circulação de mercadorias: a) venda de café em grão pelo produtor ao INSTITUTO BRASILEIRO DO CAFÉ; b) revenda ao torrefador, por preço muito inferior, sem emissão de nota fiscal; c) saída do café, torrado e moído, do estabelecimento do torrefador para o consumidor. Como não houvesse emissão de nota fiscal, na segunda operação (documento fiscal idôneo), entendem os Estados que, na última operação, é devido integralmente o imposto, sem a redução determinada pela Constituição: “abatendo-se em cada operação o montante cobrado nas anteriores.” O Supremo Tribunal Federal já decidiu, porém, que os torrefadores têm o direito de abater, isto é, o chamado “crédito fiscal.”

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 301-312, 1972

3. A inconformidade do Recorrente começa onde acaba a conformidade da decisão recorrida com a jurisprudência daquele Tribunal.

4. Efetivamente, a decisão recorrida contrariou a jurisprudência nele predominante, expressa na Súmula 546:

“ Cabe a restrição do tributo pago indiretamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte **DE JURE** não recuperou do contribuinte **DE FACTO** o quantum respectivo.” (os grifos são meus).

5. E negou a vigência do artigo 166 do Código Tributário Nacional:

“ A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo (os grifos são meus), ou no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.”

6. Até a data do acórdão, os Impetrantes, ora Recorridos, recolheram mais imposto do que o devido, relativamente às mercadorias que saíram de seus estabelecimentos, por se lhes negar o direito de abater o montante cobrado nas operações anteriores, isto é, por se lhes negar o direito de lançar a seu crédito o imposto referente às mercadorias que entraram em seus estabelecimentos (créditos fiscais. Decreto-Lei n.º 406, de 31/12/68, art. 3.º, § 1.º: “A lei disporá de forma que o montante devido resulte da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente às mercadorias saídas do estabelecimento e o pago relativamente às mercadorias nele entradas.”)

7. Todo o imposto pago, inclusive a quantia indevida, repercutiu sobre o consumidor, porque incluído no cálculo do preço de venda, fixado pelo INSTITUTO BRASILEIRO DO CAFÉ (documentos de fls. 487 e 488). Portanto, foi o consumidor que suportou o respectivo encargo financeiro.

8. Ora, se houve pagamento a maior e, portanto, indevido; se o pagamento a maior foi relativo ao imposto sobre circulação de mercadorias, tributo indireto; e, se esse pagamento a maior foi suportado pelo consumidor, contribuinte de fato, é certo que a decisão recorrida não poderia ter determinado a restituição da

importância paga a maior. Muito menos em mandado de segurança, em que não é possível prova pericial para se demonstrar a existência ou inexistência de repercussão.

9. Entretanto, a decisão recorrida determinou essa restituição, relativamente às operações realizadas após o ajuizamento do mandado de segurança, atribuindo aos impetrantes um crédito igual às importâncias pagas a maior, no período decorrido entre a data da inicial e a do acórdão. Textualmente:

“O ... representante da Consultoria Jurídica do Estado entende e alegou, em sua sustentação oral, que, se deferido o mandado por esta Câmara, seus efeitos deveriam iniciar-se a partir do ato deferitório. Não concordo com essa tese. O mandado de segurança produz efeitos a partir do ajuizamento da inicial. Desde esse momento, o Estado teve notícia da litigiosidade da questão. Aliás, na espécie foi concedida a liminar, autorizando as impetrantes e creditarem-se do ICM, quando da entrada da mercadoria em seus estabelecimentos.”

10. É certo que, proposta a presente ação, foi deferida a liminar. Entretanto, é igualmente certo que a sentença denegatória do mandado, proferida em 1ª instância, cassou a liminar. Ora, denegado o mandado de segurança pela sentença, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária (Súmula 405). Devemos, pois, ignorar a liminar e raciocinar como se jamais tivesse existido. Manifesto, pois, o erro do acórdão, quando argumenta: “Aliás, na espécie foi concedida a liminar, autorizando as impetrantes a creditarem-se do ICM, quando da entrada da mercadoria em seus estabelecimentos.”

11. Também é certo que, de regra, as sentenças condenatórias produzam efeitos desde o ajuizamento.

A doutrina processual assevera, de maneira mais ou menos uniforme, que as sentenças meramente declaratórias retroagem à data em que se formou a relação jurídica ou em que se verificou a situação jurídica declarada; as condenatórias retroagem à data em que o devedor foi constituído em mora, e, portanto, à data da citação; as constitutivas têm geralmente efeitos *ex nunc*, isto é, para o futuro, produzindo efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença. Excepcionalmente, têm efeitos *ex tunc*

(SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 1a. ed., São Paulo, Max Limonad, 1963, v. 3.º, p. 40-1; MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, 2a. ed., Rio, Forense, 1962, v. 3.º, p. 529; REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues. *Curso de Direito Processual Civil*, 6a. Ed., São Paulo, Saraiva 1963, v. 3.º, p. 34; COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, B. Aires, Aniceto Lopes, 1942, p. 181).

12. Todavia, o efeito predominante (força) do mandado de segurança não é condenatório. É mandamental.

"As sentenças mandamentais... só têm eficácia *ex nunc*: não se manda no passado, manda-se no presente e a partir do presente ou de qualquer dia futuro. Se há eficácia *ex tunc*, não é de mandamento." (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2a. ed., Rio, Forense, 1959, t. 5.º, p. 192).

13. Portanto, se é verdade que a concessão da segurança retroage, muitas vezes, à data do ajuizamento, isso se deve à existência de algum efeito condenatório, juntamente com o mandamental, predominante.

14. Ora, esse efeito condenatório não pode produzir a sentença, no presente caso, porque acarretaria a restituição de tributo indireto que repercutiu, com manifesta violação do artigo 166 do Código Tributário Nacional.

15. Para se chegar a essa conclusão, não é preciso se entrar na discussão, tantas vezes estéril, da eficácia das sentenças. Basta que se considere que o processo é instrumento para a aplicação do direito material. Não se pode, pois, obter, através do processo, aquilo que nega o direito material: a restituição de tributo indireto que repercutiu! Por isso é que o acórdão recorrido deve produzir efeitos apenas desde a data em que foi proferido: porque, fazê-lo retroagir à data do ajuizamento importa em restituição de tributo indireto, através do mecanismo do crédito fiscal, sem prova de que os vendedores assumiram o respectivo encargo financeiro!

16. A regra geral da retroatividade das sentenças condenatórias à data da demanda decorre do princípio de que a demora do

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 301-312, 1972

processo não deve reverter em dano para quem tem razão. Quando há repercussão, a Lei nega ao contribuinte *de jure* o direito à restituição do tributo pago indevidamente, porque o dano foi suportado por outrem, isto é, pelo contribuinte de fato. O ajuizamento da presente ação não impediu a repercussão. Não levou os Impetrantes a diminuírem proporcionalmente os preços. O dano decorrente da demora foi suportado pelos consumidores. Por isso, os Imperantes não apenas têm em seu desfavor a lei material, como não podem se agasalhar à sombra da lei processual.

ISTO POSTO, Senhor Presidente, requer o Estado do Rio Grande do Sul se digne Vossa Excelência receber o presente recurso, ordenando seu processamento, nos termos da Lei.

Porto Alegre, 31 de julho de 1972.

José Maria Rosa Tesheiner
Coordenador da Unidade de
Defesa Judicial

AGRAVO

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu representante judicial firmatário, nos autos do Agravo de Petição n.º 17.539, de Porto Alegre, em que são agravante T. C. L., Ltda. e outros, e agravado o ora requerente, inconformado com o despacho que inadmitiu o Recurso Extraordinário que interpôs do respeitável acórdão de fls. 560 e seguintes, dele vem agravar, com fundamento no art. 6.º da Lei n.º 3.396, de 2 de junho de 1958.

2. Assim fazendo, o Estado do Rio Grande do Sul PEDE E ESPERA que Vossa Excelência se digne reconsiderar o despacho de fls. 581/582, porque assenta em evidente equívoco, que Vossa Excelência há de querer reparar. Esse lapso em se afirmar num primeiro passo que não se discutiu nos autos a questão da repercussão do tributo, e num segundo passo, em reconhecer concretamente que a repercussão não houve e era impossível, porque o preço de venda do café era fixado pelo IBC.

3. A questão da repercussão do ônus financeiro integral do imposto, pela sua inclusão no preço do produto, sem consideração

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 301-312, 1972

de qualquer crédito relativo às operações anteriores, está posta na manifestação do Estado a fls. 483, item 4, e documento de fls. 487; foi retomada pelo Ministério Público, a fls. 495, item 2.2.; foi reconhecido na sentença, a fls. 508; foi objeto de considerações pelas agravantes, a fls. 517, item 2.º, e a fls. 524, onde as agravantes reconhecem tranqüilamente que é a autarquia cafeeira que, ao fixar o preço do café, não permite a apropriação do crédito fiscal; o tema da repercussão está tratado ainda nas contra-razões de Agravo, a fls. 545/546, itens 7 a 11; a questão foi posta novamente no Parecer do Ministério Público, na segunda instância, a fls. 552/553, onde se conclui que, em face do sistema adotado pelo IBC para a fixação do preço do café considerando um acréscimo percentual corresponde à responsabilidade integral por parte dos torradouros pelo pagamento do ICM, sem utilização de qualquer crédito fiscal relativo às operações anteriores, é óbvio que os torradouros não sofrem prejuízo ao efetuarem o pagamento do ICM; finalmente, foi a questão ainda levantada com o memorial chegado às mãos dos ilustres magistrados que integram a Câmara recorrida, e na sustentação oral pronunciada no julgamento, tanto que deu lugar à manifestação do relator, a fls. 567.

4. De outro lado, tratando-se de um imposto tipicamente indireto, caberia às impetrantes — e não ao Estado — provar que suportam o ônus financeiro do imposto, isto é, que não o fizeram repercutir sobre os adquirentes. Não só as impetrantes não o fizeram, como os autos contêm prova inarredável da existência dessa repercussão, por isso que o ônus integral do imposto (produto da alíquota pelo preço de venda) sem utilização de qualquer crédito fiscal, foi considerado na fixação do preço, estabelecido pelo IBC para todo o território nacional (fls. 487). A única hipótese possível de inexistência de repercussão, ante tais fatos, se daria se o café fosse vendido abaixo do preço estabelecido pelo IBC, o que não é o caso, e dependeria de prova por parte dos torrefadores.

5. Confiando em que Vossa Excelência há de reconsiderar o despacho agravado, para o efeito de admitir o Recurso Extraordinário, pelos fundamentos ora levantados, pelos da petição de fls. 571, que reitera suprimimentos de Vossa Excelência, requer o traslado das seguintes peças:

- a) impetração de fls. 2 a 14;
- b) informações de fls. 473 e seguintes;
- c) petição de fls. 482 e seguintes;
- d) documentos de fls. 486 a 491;

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 301-312, 1972

- e) parecer de fls. 493 e seguintes;
- f) sentença de fls. 507 e seguintes;
- g) contra-razões de fls. 542 e seguintes;
- h) parecer de fls. 552/553;
- i) acórdão de fls. 560 e seguintes;
- j) petição de fls. 571 e seguintes;
- l) despacho agravado de fls. 581/582.

6. Caso Vossa Excelência não reforme a decisão agravada, requer o processamento do presente Agravo, para seu conhecimento e provimento pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal.

PORTO ALEGRE, 6 de novembro de 1972.

Jorge Arthur Morsch
Consultor Jurídico

COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1. A questão dos autos diz respeito com a restituição de tributo indireto considerado indevido.

2. Seu melhor esclarecimento parte da distinção entre as três situações seguintes.

3. Sejam três comerciantes varejistas, denominados A, B e C, que operam no mesmo ramo, com idêntica margem de lucro e idêntico volume de despesas. Seja de 20% sobre o preço de aquisição a margem comum de lucro, e de 25% sobre o preço de aquisição e mais o ICM, o volume comum de despesas. Suponhamos, por motivo de comodidade, que a alíquota do ICM seja de 10%.

I

4. O comerciante A é o comerciante padrão, cujas operações se processam exatamente dentro das boas normas comerciais e fiscais. A mercadoria que A adquire por Cr 100,00 é vendida por Cr\$ 150,00 com obediência estrita às convenções supra mencionadas. A composição de seu preço de venda é a seguinte:

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 301-312, 1972

Quadro 1

Custo da mercadoria	Cr\$ 100,00
Lucro	Cr\$ 20,00
Despesas	Cr\$ 25,00
ICM	Cr\$ 5,00
Preço de venda	Cr\$ 150,00

5. Obtem o montante de ICM devido multiplicando o preço de venda (Cr\$ 150,00) pela alíquota (10%), e abatendo do produto obtido o montante de imposto pago nas operações anteriores. O montante do imposto pago nas operações anteriores vem destacado na nota fiscal, e por ocasião da entrada da mercadoria no estabelecimento ele é registrado nos livros fiscais como um crédito (daí o nome de crédito fiscal). Na hipótese o crédito é de Cr\$ 10,00. O débito fiscal é o produto do preço de venda pela alíquota. No caso é de Cr\$ 15,00. Abatendo o crédito do débito, restará para o comerciante A um saldo devedor, a recolher ao Erário, de Cr\$ 5,00.

6. Na escrita fiscal do comerciante A, essas operações ficam registradas esquematicamente desta forma:

QUADRO 2

Crédito	Débito
10,00	15,00

Saldo devedor a recolher pelo comerciante A Cr\$ 5,00.

7. É óbvio que nesta hipótese foi respeitado o princípio constitucional da não-cumulatividade do tributo e que a totalidade do ICM que incidiu sobre a mercadoria foi suportada pelo consumidor; na formação do preço da mercadoria, estão incluídos tanto os Cr\$ 5,00 recolhidos pelo comerciante A, como os Cr\$ 10,00 recolhidos nas operações anteriores, consignados no quadro 1 dentro do item custo de mercadoria.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 301-312, 1972

II

8. Mas há que considerar também a hipótese da inobservância constitucional da não-cumulatividade do tributo. É o caso das situações seguintes.

9. O comerciante B também adquiriu a sua mercadoria por Cr\$ 100,00 e a revendeu por Cr\$ 150,00. Mas como as notas fiscais relativas à aquisição não estivessem revestidas das formalidades legais, não pôde se apropriar do crédito fiscal relativo ao imposto pago nas operações anteriores. Não obstante, está a postular o reconhecimento do direito que originalmente lhe foi negado. Em face desses elementos, a composição do seu preço de venda é a seguinte:

QUADRO 3

Custo da mercadoria	Cr\$ 100,00
Lucro	Cr\$ 10,00
Despesas	Cr\$ 25,00
ICM	Cr\$ 15,00
Preço de venda	Cr\$ 150,00

10. Como tenha sido negado ao comerciante B valer-se do crédito fiscal relativo ao imposto pago nas anteriores incidências, ele calcula o imposto simplesmente aplicando a alíquota sobre o preço de venda: $150,00 \times 10\% = 15,00$, sem qualquer abatimento. Na escrita fiscal do comerciante B, essas operações ficam registradas desta forma:

QUADRO 4

Crédito	Débito
nihil	15,00

Saldo devedor a recolher pelo comerciante B Cr\$ 15,00.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 301-312, 1972

11. Nessa segunda hipótese não foi respeitado o princípio constitucional da não-cumulatividade, pois foram recolhidos ao erário Cr\$ 25,00 de ICM, quando a alíquota desse tributo é 10% e o preço máximo alcançado foi de Cr\$ 150,00. Mas o ônus da cumulatividade não foi transferido ao consumidor, que pagou pela mercadoria adquirida ao comerciante B o mesmo preço que pagaria pela mercadoria do comerciante A, e sim suportado pelo próprio comerciante B, que viu reduzida para 10% a sua margem de lucro pré-fixada em 20%.

III

12. O comerciante C também encontrou obstáculo ao aproveitamento do crédito fiscal relativo às anteriores incidências do tributo, mas ao invés de se preocupar com a possibilidade da redução da sua margem de lucro, e atento à natureza indireta desse tributo, tratou logo de computar no preço de venda a totalidade do imposto, sem consideração a qualquer crédito. A composição de seu preço de venda ficou sendo a seguinte:

QUADRO 5

Custo da mercadoria	Cr\$ 100,00
Lucro	Cr\$ 20,00
Despesas	Cr\$ 25,00
ICM	Cr\$ 16,11
Preço de venda	Cr\$ 161,11

13. Assim como na hipótese anterior, relativa ao comerciante B, o comerciante C também calculou o imposto simplesmente aplicando a alíquota de 10% sobre o preço de venda de Cr\$ 161,11: Cr\$ 16,11. Não há qualquer crédito a abater. Na escrita fiscal do comerciante B, essas operações são assim registradas:

QUADRO 6

Crédito	Débito
nihil	16,11

Saldo devedor a recolher pelo comerciante C, Cr\$ 16,11.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 301-312, 1972

14. É outra hipótese de cumulatividade do ICM, pois para uma alíquota de 10% e um preço máximo de 161,11, o erário veio a receber nas diversas etapas Cr\$ 26,11. Mas nessa hipótese, quem suportou o ônus da cumulatividade foi o consumidor, que encontrou incluído no preço pago, tanto os Cr\$ 16,11 recolhidos pelo próprio comerciante C, como os Cr\$ 10,00 relativos às etapas anteriores, e que integravam o custo da mercadoria, quando da sua aquisição pelo comerciante C. Aliás, que esse não suportou qualquer parcela se evidencia da inalterabilidade da margem de lucro, que permaneceu nos 20% convencionados.

IV

15. As operações de circulação realizadas pelos comerciantes B e C são cumulativas: houve pagamento indevido de tributo. Mas podem B e C invocar o princípio da não-cumulatividade para pleitear o direito de registrarem agora os créditos fiscais relativos a operações já realizadas?

16. O comerciante B tem esse direito. O quadro 3 evidencia que o indébito tributário foi suportado pelo comerciante B, que teve mesmo reduzida sua margem de lucro. O reconhecimento em seu favor do crédito fiscal relativo às incidências anteriores, no valor de Cr\$ 10,00, importará no reajustamento do quadro 3, com a eliminação das suas distorções. Com efeito, com a apropriação do crédito fiscal de Cr\$ 10,00 o item relativo ao ICM irá diminuir de Cr\$ 15,00 para Cr\$ 5,00, e o lucro crescerá de Cr\$ 10,00 para Cr\$ 20,00. Em consequência, o quadro 1, eliminada a cumulatividade e sem qualquer enriquecimento sem causa.

17. Mas o comerciante C não tem esse direito. O quadro evidencia que o indébito tributário foi suportado pelo consumidor, e que o lucro do comerciante C, apesar do indébito tributário, se manteve nos 20%. Se se reconhecesse ao comerciante C o crédito fiscal relativo às incidências anteriores, no valor de Cr\$ 10,00, não se estaria a fazer outra coisa senão ampliar a sua margem de lucro, passando dos 20% convencionados para 30%, pois a isso levaria a devolução ao comerciante C de um imposto que ele não suportou! Ademais, a apropriação do crédito de Cr\$ 10,00 a posteriori não eliminaria a cumulatividade do tributo, que continuaria sendo cumulativo para o consumidor, que suportou os Cr\$ 26,11 de ICM.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 301-312, 1972

A hipótese dos autos

18. Alegando infração ao princípio da não-cumulatividade do ICM, os impetrantes vieram postular o reconhecimento dos créditos relativos à aquisição de café. Logo, não se trata da hipótese concernente ao comerciante A.

19. Também não se trata da hipótese do comerciante B: o ônus da cumulatividade não foi suportado pelos torrefadores impetrantes. O café foi colocado no mercado aos preços fixados pelo Instituto Brasileiro do Café. Esse preço inclui uma margem de lucro, cuja redução nem ao menos foi alegada pelos impetrantes. Para a formação desse preço, o IBC computou também o ônus integral do imposto, à alíquota máxima, **sem considerar qualquer crédito** relativo às incidências anteriores. Isto está provado, a fls. 487.

20. Então, fica certo que a hipótese dos autos é idêntica a do comerciante C, que desde logo inclui o ônus integral do imposto, sem considerar qualquer crédito, como um elemento de composição do preço da mercadoria.

21. Ora, se a admissão do registro de créditos posteriormente à realização da operação constitui uma devolução de imposto; e se essa restituição é assegurada a quem não suportou o ônus do tributo (hipótese do comerciante C, que é também a hipótese dos autos), sem dúvida alguma nega-se a vigência do art. 166 do Código Tributário Nacional e se contraria a jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, expressa na Súmula n.º 346!

22. Ao invocar finalmente as razões expostas na petição de interposição do Recurso Extraordinário, o Estado do Rio Grande do Sul manifesta a sua confiança no provimento do presente Agravo, com a determinação da subida de apelo extremo para o conhecimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Assim espera, por ser de Justiça.

Porto Alegre, 6 de novembro de 1972.

Jorge Arthur Morsch
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 301-312, 1972

JURISPRUDÊNCIA

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 70.028 — ESPÍRITO
SANTO**

EMENTA:

1. É de se distinguir o mineral em estado bruto, "in natura", do produto que se obtém com a sua industrialização.

O imposto único sobre minerais incide no primeiro, é óbvio, mas não no segundo.

Incidindo neste o IPI, incide no mesmo o ICM.

Decidindo por este modo, o acórdão local não contrariou o artigo 22, X, da C.F. de 1967, texto anterior ao da Emenda n.º 1.

2. Divergência jurisprudencial não demonstrada.

3. Recurso extraordinário não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos de recurso extraordinário n.º 70.028, do Espírito Santo, em que o recorrente C. J. I. C. e recorrido o ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, decide o Supremo Tribunal Federal, por sua Segunda Turma, unanimemente, não conhecer do recurso, de acordo com as notas juntas.

Brasília — DF, 5 de junho de 1972.

Eloy da Rocha
Presidente

Antonio Nader
Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro ANTÔNIO NEDER (Relator): O Diretor da Receita do Estado do Espírito Santo notificou a C. J. I. C. para pagar o ICM sobre os produtos de sua fabricação, quais sejam tijolos, lajotas, etc.

Por não se conformar com a exigência fiscal, a referida empresa impetrou segurança contra esse ato à Justiça daquele Estado.

Alegou, em resumo, que, por ser contribuinte do imposto único sobre os minerais com que fabrica os seus produtos, nenhum outro imposto poderá incidir sobre os mesmos.

As duas instâncias locais negaram a segurança, prevalecendo em ambas o entendimento condensado na seguinte ementa do acórdão com que o Tribunal espírito-santense julgou o caso (fls. 70):

"A operação realizada com tijolos ou lajotas de barro não incide no imposto único sobre minerais. Quem fabrica e vende telha, tijolo ou lajota de barro não está vendendo mineral em estado bruto ou "in natura", ou beneficiado. Outra é a finalidade do produto industrializado, sobre o qual não incide o imposto único sobre minerais, mas o imposto sobre produtos industrializados, denominação atual do antigo imposto de consumo. E o imposto sobre produtos industrializados não exclui a incidência do imposto de circulação de mercadorias." (sic)

Ao acórdão assim ementado, C. J. I. C. interpôs o presente recurso extraordinário, e o fez mediante invocação das letras a e d da norma constitucional que versa a matéria, qual se lê na fl. 77.

Quanto à letra a, sustenta a recorrente que a decisão impugnada contrariou o art. 22, X, da C. F. de 1967, texto anterior ao da Emenda n.º 1.

Quanto à letra d, afirma que o acórdão recorrido está em divergência com os que esta Corte julgou, o RE n.º 65.371 e o RMS n.º 18.131.

Admitindo o apelo pela letra d, a recorrente não o arrazoou, mas o Estado recorrido ofereceu estas contra-razões!... (lê).

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 315-318, 1972

A ilustre Procuradoria-Geral da República opinou deste modo (fls. 93):

"1. Recurso extremo, fls. 73-75, arrimado em os permissivos das letras "a" e "d", III, do artigo 114 da Constituição da República.

2. O apelo tivera processamento deferido, via do respeitável despacho que se lê a fls. 83, unicamente pelos fundamentos da letra "d".

3. O venerando julgado de fls. 49-70, delongado e profundo, apreciou com justiça a controvérsia, decidindo-a de maneira irreparável.

4. A Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, a fls. 81, emitira PARECER, com o qual estamos em consonância, deixando patente o descabimento do recurso.

5. Posto isto, opinamos não se conheça do apelo, e, se conhecido, que se lhe negue acolhida."

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro ANTÔNIO NEDER (Relator): O acórdão recorrido distinguiu o mineral em estado bruto, ou "in natura", do produto que se obtém com a sua industrialização.

E decidi que o imposto único incide no primeiro e não incide no segundo, e, ainda, que, incidindo neste, o imposto sobre produtos industrializados, incide no mesmo o ICM.

Ora, decidindo por tal forma, o acórdão recorrido não contrariou o art. 22, X, da C. F. de 1967, texto anterior ao da Emenda n.º 1, senão que com ele se harmonizou.

Não se tem como vislumbrar em tal decisão qualquer contrariedade à referida norma constitucional.

No que respeita à divergência entre o acórdão recorrido e os que o STF proferiu no RE n.º 65.371 e no RMS n.º 18.131, é de se julgar que ela não se configura.

Em ambos esses acórdãos apontados como padrões de divergência, a discussão versou matéria diferente, qual seja incidência do imposto de indústria e profissões sobre empresas mineras, ao passo que, no caso ora discutido, a controvérsia restrin-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 315-318, 1972

giu-se à incidência do ICM sobre produtos que resultam da industrialização do mineral, e não da incidência do ICM no mineral bruto ou "in natura".

Vê-se que é diferente a matéria do acórdão recorrido e a dos acórdãos apontados como padrões, estes publicados na RTJ, 43/638 e na RTJ, 47/717, respectivamente.

A inviabilidade do recurso é manifesta e dele não conheço.

É o que voto.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 14.332 — SEGUNDA CAMARA CÍVEL ESPECIAL — PORTO ALEGRE

Imposto sobre Circulação de Mercadorias.
Crédito fiscal. Estorno.

Mercadorias adquiridas em outro Estado da Federação e, posteriormente, vendidas a firma exclusivamente exportadora, ao abrigo da imunidade fiscal. Pretensão à manutenção do crédito fiscal.

Inadmissibilidade, pois recolhido o tributo no Estado do Paraná e não aproveitado o crédito fiscal decorrente da entrada da mercadoria no estabelecimento da compradora em face da saída ocorrer ao abrigo da imunidade fiscal, o crédito, instituído com a finalidade de evitar a cumulatividade do tributo, deixou de existir.

O Estado do Rio Grande do Sul, que nada recebeu, não deve suportar o encargo do crédito fiscal não aproveitado pela imunidade da operação de saída da mercadoria. Apelações necessária e voluntária providas, em parte a primeira e integralmente a segunda.

Doutor Juiz de Direito da 2.^a Vara dos Feitos da Fazenda Pública, 1.º apelante; O Estado do Rio Grande do Sul, 2.º apelante; O Segundo Apelante e I. C. B. S. A., apelados.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 318-331, 1972

ACÓRDÃO

Acórdam, unanimemente, em Segunda Câmara Cível Especial do Tribunal de Justiça, prover em parte a apelação necessária e integralmente a voluntária interposta pelo Estado, na conformidade e pelos fundamentos constantes das notas taquigráficas anexas, que passam a integrar este acórdão.

Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o eminente Dr. Edson Alves de Souza.

Porto Alegre, 23 de dezembro de 1971.

Manoel Brustoloni Martins
Presidente

José Barison
Relator

RELATÓRIO

O DR. JOSÉ BARISON — Sr. Presidente, trata-se de ação ordinária ajuizada por I. C. B. S. A., contra o Estado do Rio Grande do Sul, com o objetivo de anular notificação fiscal e seus efeitos. Narra que foi notificada pela Fazenda do Estado para recolher à Exatoria Estadual de Erechim a quantia de Cr\$ 102.877,92, constituída das seguintes parcelas: imposto — Cr\$ 89.250,80; e acréscimo de 70% sobre Cr\$ 19.481,61. A origem da ação fiscal repousa na orientação da fiscalização do ICM, segundo a qual, fazia sistematicamente o estorno do crédito fiscal originado pela entrada de produtos industrializados de madeira de produção própria, em seu estabelecimento de Erechim, por ocasião da saída dos mesmos produtos faturados a empresas exclusivamente exportadoras, que corresponde à operação equiparada à exportação, a teor do disposto no Ato Complementar n.º 35, art. 7.º, § 2.º, I e Decreto-lei n.º 406, de 31 de dezembro de 1968, art. 1.º, § 5.º.

Tomando conhecimento de que esta orientação era errada, pois os dispositivos da legislação estadual em que se baseava foram declarados inconstitucionais pelo egrégio Tribunal Pleno, creditou-se do valor correspondente aos estornos feitos no título "pagamentos antecipados."

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 318-331, 1972

Em consequência disso foi notificada, constando da notificação simultaneamente as exigências de estorno da quantia de Cr\$ 69.769,19, saldo não utilizado, e a de pagamento integral da importância de Cr\$ 89.250,80. Este é evidentemente um erro da notificação fiscal, pois que, feito o estorno determinado, o valor do crédito fiscal que teria sido utilizado indevidamente, segundo a fiscalização, seria aquele apontado na própria notificação como "importância a recolher com acréscimo de 70%, ou seja, Cr\$... 19.481,61.

Assim, ao certificar-se de que os estornos a que procedera em sua contabilidade fiscal entre fevereiro de 1968 e março de 1969 estavam errados, anulou ditos lançamentos, creditando-se a soma dos respectivos valores, os quais foram expressamente consignados nas guias de recolhimento n.ºs 2.484 e 2.749. Mesmo errada ou indevida a anulação de estorno, não poderia a fiscalização lançar o acréscimo de 70%, mas sim o de 35% e assim a pretensão fiscal deveria cingir-se a Cr\$ 19.481,61 e o acréscimo de 35% que importa em Cr\$ 6.818,56, totalizando Cr\$ 26.300,17.

Entende, entretanto, que seu procedimento foi acertado e não deve recolher sequer a importância indicada e que pode manter em sua contabilidade fiscal e utilizar o crédito constante da guia 2.749, no valor de Cr\$ 69.769,19. Assim entende porque são inconstitucionais os dispositivos da legislação tributária estadual que determinaram o estorno do crédito fiscal oriundo da entrada de produtos industrializados em estabelecimento que promova sua saída posterior ao abrigo de imunidade tributária, pois, como decidiu o egrégio Tribunal de Justiça do Estado, aos Estados e ao Distrito Federal falha competência para legislar relativamente à incidência de ICM sobre produtos industrializados, porque essa tributação foi excluída de sua esfera tributária.

Mas o Estado do Rio Grande do Sul, ao determinar o estorno em oposição ao disposto no art. 24, § 5.º, da Constituição de 1967, ou art. 23, § 7.º, da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, em verdade faz incidir o tributo sobre parte do preço do produto exportado (o preço de entrada), no caso preço pelo qual foi transferido do estabelecimento produtor próprio para estabelecimento comercial que vendeu o produto a empresas exclusivamente exportadoras, e assim invade área que lhe é defesa, criando uma obrigação tributária, um ônus onde a Constituição quis que fosse nenhum.

Faz referência ao Agravo de Petição n.º 4.848, em que o egrégio Tribunal Pleno decidiu pela inconstitucionalidade de dis-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 318-331, 1972

positivos da legislação estadual e cita ainda a opinião de Amílcar de Araújo Falcão. E continua: "A denominação "estorno de crédito fiscal" não modifica o essencial, isto é, o produtor que transferiu produtos de sua própria elaboração do estabelecimento produtor para o estabelecimento comercial, ao vendê-los, em operação equiparada à exportação, é constrangido a debitar-se o valor do imposto correspondente ao preço de entrada da mercadoria.

A Fazenda Estadual ampara-se, para fazer a exigência, no que dispõe a Lei Estadual n.º 5.373, de 27 de dezembro de 1966, art. 10, § 1.º, I, declarado inconstitucional pelo egrégio Tribunal de Justiça, dispositivo cuja parte final é a seguinte: "A dedução prevista neste artigo não se estende ao valor do imposto pago relativamente à entrada de mercadoria cuja saída posterior esteja no abrigo de imunidade, não-incidência ou isenção."

E pede a declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo legal, na parte em que determina o estorno do crédito fiscal produzido pela entrada de produto industrializado em estabelecimento que venha a promover a sua saída ao abrigo de imunidade, com a consequente anulação da notificação fiscal, e ainda pede a redução da pretensão fiscal para que seja apenas considerada no valor de Cr\$ 26.300,17.

Citado, o Estado ofereceu contestação, na qual concorda com a redução pedida, mencionando que foi a mesma consequência de erro de cálculo. E continua: "O pedido da autora é improcedente, porque não encontra amparo legal e também porque pretende, curiosamente, que o Estado do Rio Grande do Sul lhe devolva o imposto que pagou no Estado do Paraná. A alegada inconstitucionalidade do inciso I, do § 1.º, do art. 10, da Lei n.º ... 5.373, de 1966, exige prévia consideração a respeito do fato gerador do ICM e dos limites da imunidade estabelecida pelo § 5.º, do art. 24, da Constituição de 1967, bem como da técnica empregada para assegurar o princípio constitucional da não-cumulatividade do tributo.

Menciona que a Emenda Constitucional n.º 18, de 1965, que reformulou o sistema tributário nacional, estabeleceu novo elenco de tributos e nova distribuição de competência impositiva, e deferiu a competência aos Estados sobre operações relativas à circulação de mercadorias realizadas por comerciantes, industriais ou produtores e que essa competência foi mantida e regulamentada pelo CTN, pela Constituição de 1967, pelo Decreto-lei n.º 406, de 1968, e pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, que deferiu igualmente aos Estados competência

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 318-331, 1972

para instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias (art. 23).

E aduz: o assento constitucional e legal do imposto sobre circulação de mercadorias incide sobre a circulação econômica ou jurídica de riquezas revelada pela saída da mercadoria.

O ICM não é tributo sobre a produção, sobre mercadorias ou produtos. A tributação sobre produtos industrializados está compreendida na esfera da competência tributária da União. Como o ICM incide sobre a operação de circulação, compreende-se que cada saída é um fato gerador distinto. A incidência do tributo dar-se-á tantas vezes quantas forem as saídas, sem que tal implique em tributação "em cascata" em decorrência da técnica da não-cumulatividade.

Nesta ordem de raciocínio, chega-se à conclusão de que a expressão "e não incidirá sobre produtos industrializados destinados ao Exterior" constante do então § 5.º, do art. 24, da Constituição Federal de 1967, há que guardar sintonia com o inciso II do mesmo art. 24, isto é, a não-incidência é para a operação de exportação, é para a saída destinada à exportação, mas não poderá abranger as operações anteriores que forem tributadas legitimamente, pois não havia a imunidade resultante da destinação ao Exterior.

A hipótese de incidência realizada gerou o direito ao tributo e à receita firme, indevolúvel pelo Estado que o cobrou porque então a operação não se afigurava de exportação ou equiparada. Como o ICM incide sobre operações, uma de cada vez e não sobre produtos, há que se entender que a imunidade era e é efetivamente sobre as operações conhecidas como de exportação, como dispunham o Ato Complementar n.º 35 e o Decreto-lei n.º 406.

Cita opinião de Pontes de Miranda no sentido de que a imunidade objetiva é considerada apenas no momento em que se torna conhecida a sua destinação ao Exterior.

Salienta que o princípio constitucional da não-cumulatividade do ICM deu origem à técnica do crédito fiscal, pela qual o contribuinte lança a seu crédito o valor do imposto pago relativamente às mercadorias entradas em seu estabelecimento. O crédito fiscal supõe que tenha sido indevido e pago o imposto sobre a mercadoria que entrou no estabelecimento. Se o imposto não era devido ou se, embora devido, não foi pago, ilegítimo é o crédito fiscal proventura lançado, impondo-se o seu estorno.

Com efeito, o sistema da não-cumulatividade implica na correlata obrigatoriedade de estorno do crédito fiscal quando a saída subsequente seja intributável.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 318-331, 1972

Introduzindo o princípio da não-cumulatividade para o imposto de circulação de mercadoria pela Emenda Constitucional n.º 18 e consagrada nas Constituições posteriores, acompanhou-o a técnica inerente à sua aplicação, a obrigação do estorno dos créditos fiscais relativos às entradas de mercadorias cuja saída posterior estivesse ao abrigo de imunidade, não-incidência ou isenção. Para realizar a sistemática da não-cumulatividade imposta constitucionalmente ao ICM, editou o Estado do Rio Grande do Sul, e o fizeram os demais, a Lei n.º 5373, de 27/12/66, regulamentada pelo Decreto n.º 18.389, de 20/1/67, prevendo o estorno do crédito fiscal relativo à entrada de mercadoria cuja saída posterior não seja tributável. E pergunta: Por que o estorno?

A sistemática da não-cumulatividade, que significa tributação sobre o valor acrescido da operação, facilita a elaboração de esquema da contabilidade. E elabora a seguinte hipótese: uma empresa, com estabelecimento no Paraná, transfere para outro estabelecimento no Rio Grande do Sul partida de madeiras no valor de Cr\$ 100.000,00. O imposto, 15%, por ser interestadual, é recolhido no Paraná e por ocasião da entrada o estabelecimento gaúcho se credita desse valor. Se a próxima saída estiver ao abrigo da imunidade, o valor acrescido não terá gravame, mas o crédito proveniente da entrada da mercadoria deverá ser estornado sob pena de o contribuinte cobrar do Rio Grande do Sul o imposto que pagou no Paraná.

É a hipótese dos autos.

Ao efetuar vendas a comerciante exclusivamente exportador, não se debita de imposto algum por esta operação pois aí se opera a não-incidência. Mas, relativamente ao crédito do imposto que fizera em sua escrita fiscal por ocasião da entrada da madeira que posteriormente não ocasionou débito fiscal em seu registro, há que haver o competente estorno sob pena de vir o contribuinte a receber em devolução do Rio Grande do Sul o valor do tributo que ele, contribuinte, voluntária e legalmente (porque a operação anterior ainda não era conhecida como de exportação), recolheu no Estado onde o produto industrializado foi produzido.

Quem nada recebeu, não está em condições de devolver. O indébito, se existente, há de ser reclamado alhures. A imunidade para exportação é restrita à operação mesma de exportação e por extensão àquela operação anterior em que a exportação já era conhecida e certa. O estorno não é forma de tributação. Esta já se verificou em momento anterior por ocasião da saída da mercadoria e o contribuinte dela se credita para enfrentar o dé-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 318-331, 1972

bito fiscal oriundo da tributação da saída, o que constitui a não-cumulatividade do imposto.

O contribuinte se credita do imposto pago relativamente às mercadorias entradas e se debita do imposto relativamente às mercadorias saídas, o que redundará na só tributação do valor acrescido. Mas, se a saída não for tributada, o crédito fiscal, obviamente, perde a sua razão de ser.

Na espécie, a autora industrializou a madeira no Estado do Paraná e ali recolheu o imposto, mas omitiu na inicial esse fato, que a notificação fiscal comprova. Assim é válida a notificação e devido o imposto com a ressalva já manifestada relativa à redução.

A autora ofereceu réplica. Menciona que, face à confissão do Estado relativamente ao excesso de lançamento, reduz a pretensão à anulação do saldo de Cr\$ 26.300,17, e ao reconhecimento de legitimidade do desestorno com o direito ao uso do crédito de Cr\$ 69.769,19, que mantém suspenso.

Em debates renovaram as partes as alegações anteriormente expostas, sendo que na instrução não foi produzida nenhuma outra prova.

O magistrado, prolatando sentença, menciona decisão do Tribunal de Justiça no sentido da pretensão da autora. Salienta que a operação de exportação é considerada de modo integrado. Constatado o destino — Exterior — o produto está imune a qualquer tributação, abrangendo tal imunidade todas as operações anteriores.

O favor fiscal previsto na Constituição açambarca a operação de exportação em sua integridade e, se diversos os momentos fiscais da operação, a imunidade atinge a todos, mesmo que ocorrentes em unidades federativas diversas. Isso por ser o produto destinado à exportação considerado objetivamente imune ao ICM, como é enunciado na Súmula n.º 536. Verificada a exportação, a imunidade constitucional abrange tudo, fazendo-se presente na primitiva circulação. Se ali se exigiu imposto, cumpre ser devolvido sob a forma de crédito fiscal, pouco importando se o foi pelo próprio Estado-membro ou por outro. O território nacional é uma só unidade fiscal. E julgou procedente a ação para anular a notificação fiscal e declarar a inconstitucionalidade do art. 10, § 1.º, I, da Lei n.º 5373, de 27 de dezembro de 1966. Condenou o Estado ao pagamento das custas e honorários de advogado da autora em 5% sobre o valor da causa e recorreu "ex officio".

Intimadas as partes, publicada a sentença, o Estado do Rio Grande do Sul apelou tempestivamente. Pretende a reforma da

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 318-331, 1972

sentença. Sustenta que a autora quer a imunidade no pagamento do ICM por destinar os produtos a firmas dedicadas exclusivamente à exportação. Além de não pagá-lo, pretende possuir crédito fiscal. A entrada de mercadorias ocorreu no Estado do Paraná, onde recolheu a autora o ICM, sendo de notar que a autora vende seus produtos tanto no mercado interno quanto no externo. Reedita argumentos da contestação e salienta que o crédito fiscal tem existência somente quando o ICM é devido e foi pago e a operação subsequente não estiver imune ao tributo em causa. Não é, porém, o que sucede à apelada, que paga o imposto ao Estado do Paraná e credita-se do mesmo. Efetua com o produto nova operação, saída, imune de tributação e mesmo assim quer creditar-se do tributo pago alhures para se compensar em outra operação (saída) de outro produto que nada tem a ver com tal cadeia de atos. Essa forma de aplicar a lei não é de se admitir. Falta correspondência entre uma e outra operação e são diversas as pessoas jurídicas, sujeitos ativos do imposto. Admitindo os argumentos de que as operações são integradas, tratando-se de produtos destinados à exportação e que a imunidade a todos alcança e cobre, como está na sentença, simplesmente inexistiria imposto nem poderia existir crédito fiscal. Aí há contradição na sentença. Se indevido o imposto, mas foi cobrado, cabe restituí-lo quem o recebeu.

Recebido o recurso, respondendo-o a autora reporta-se ao memorial oferecido em primeira instância e aduz que o disposto no art. 24, § 5.º, parte final da Constituição de 1967, e art. 23, § 7.º, da Emenda Constitucional n.º 1, constitui imunidade objetiva que visa a favorecer o produto. E assim tem entendido o Tribunal de Justiça do Estado e o Supremo Tribunal Federal: a imunidade só se perfaz se alcançar as duas operações que ordinariamente ocorrem na exportação de quaisquer produtos, venda do produtor a firmas exportadoras e venda ao Exterior. Quando o produtor transfere a madeira de Santa Catarina ou do Paraná para o Rio Grande do Sul, o imposto incide porque ainda não se configurou a destinação ao exterior, mas vendido o produto à empresa exclusivamente exportadora, ocorre ao abrigo da não-incidência que, para ser integral, deve-se verificar sem consequência de ordem tributária, porque não existe se tiver que debitar-se por qualquer importância mesmo que a título de estorno de débito fiscal, pois aí o produto estaria sendo onerado por imposto que a Constituição não quer que incida. Daí a conclusão: se o imposto foi pago em operação anterior tributável, o crédito correspondente existente na contabilidade fiscal do contribuinte deve permanecer, despidendo-se assim o produto da carga tribu-

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 318-331, 1972

tária que, por força constitucional, não deve onerá-lo nas vendas ao Exterior. E a Constituição fala em operações para indicar que todas, desde o produtor, estão ao abrigo da imunidade. E admite que o crédito fiscal é relativo à entrada de produto industrializado que transferiu de suas serrarias no Estado do Paraná.

Subiram os autos e nesta instância emitiu parecer o Dr. Procurador da Justiça, no sentido de ser dado provimento parcial aos recursos oficial e voluntário, para julgar a ação procedente apenas no que se refere à retificação dos cálculos da notificação fiscal.

Lancei o relatório escrito e o eminente colega Dr. Edson Alves de Souza revisou.

É o relatório.

V O T O

O DR. JOSÉ BARISON (Relator) — Sr. Presidente, a imunidade relativa ao ICM, na hipótese de ser o produto industrializado destinado à exportação, é norma constitucional (art. 24, § 5.º, da Constituição do Brasil de 1967, atual art. 23, § 7.º, da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969). E a não-incidência abrange todas as operações, desde que o produto se destine ao Exterior ou a situações equiparadas, como no caso de ser a venda efetuada a empresa exclusivamente exportadora ou quando a mercadoria é remetida para a zona franca porque é considerada operação integrada, conforme decisões do egrégio Tribunal Pleno nos agravos n.ºs 4848, de 31 de março de 1969, e 5450, de 17 de março de 1969, orientação jurisprudencial que, prevalente no Pretório Excelso, mereceu a Súmula 536, assim enunciada: "São objetivamente imunes ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias os produtos industrializados em geral, destinados à exportação, além de outros com a mesma destinação, cuja isenção a lei determinar".

A legislação estadual, na parte em que impedia a dedução do imposto pago ou deferido relativamente à entrada de mercadorias cuja saída posterior estivesse ao abrigo da imunidade — Lei Estadual n.º 5373, de 27/12/66, art. 10.º, § 1.º, I, e art. 25, IX, e Decreto Estadual n.º 18.389, de 20 de janeiro de 1967, art. 30 — foi julgada inconstitucional pelo egrégio Tribunal Pleno, através dos agravos indicados, pelo fundamento de que frustravam a imunidade prevista na Lei Maior, em decisões unânimes, o que dispensa a renovação da arguição, na forma do art. 221, § 3.º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, "in verbis": "A deci-

são declaratória ou denegatória da inconstitucionalidade, se for unânime, constituirá para o futuro decisão definitiva, de aplicação obrigatória nos casos análogos, salvo se a Câmara, Grupos ou Câmaras Cíveis Reunidas, por motivo relevante, achar necessário provocar novo pronunciamento do Tribunal Pleno sobre a matéria."

Assim já decidiu a 1.ª Câmara Cível, in "Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça", volume 17, pág. 153.

Na espécie inexistem motivos a reclamar nova manifestação do egrégio Tribunal Pleno, pois a matéria em debate quanto às causas determinantes da imunidade são as mesmas e, se aceita pela colenda Câmara, estará ressalvada a falta de arguição do incidente de inconstitucionalidade.

A pretensão da autora assenta na inconstitucionalidade da legislação estadual mencionada e por ela pleiteia a anulação de notificação fiscal, que cancelou o lançamento de crédito fiscal pela entrada de mercadoria adquirida em outro Estado — Paraná — onde foi pago o ICM, mas cuja saída ocorreu sob o abrigo da imunidade pela venda a empresa exclusivamente exportadora equiparada à destinação ao Exterior, na forma do Ato Complementar n.º 35, art. 7.º, § 2.º e Decreto-lei n.º 406, art. 1.º, § 5.º.

A inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados da legislação estadual importa em considerá-los inaplicáveis e mesmo inexistentes, pois ato contrário à Constituição nada tem de lei e porque feriam e frustravam a imunidade objetiva referente aos produtos industrializados destinados ao Exterior ou a situações assemelhadas, mas a inconstitucionalidade declarada não se converteu em outro dispositivo legal determinante da permanência do crédito fiscal, em todas as hipóteses, mas, afastada a proibição de ser deduzido o imposto pago, como regra geral, permite o exame de cada caso concreto.

Na sistemática do ICM o imposto cobrado pelo mesmo ou outro Estado constitui o crédito fiscal que, em decorrência das operações subseqüentes, será abatido, impedindo a cumulatividade do tributo, que é norma constitucional (art. 23, II).

Assim surgiu a questão posta em juízo: a autora, que também opera no ramo interno, lançou crédito fiscal originado pela entrada de produtos industrializados de madeira, de produção própria, em seu estabelecimento de Erechim, que pretende manter face à saída dos mesmos produtos faturados a empresas exclusivamente exportadoras.

Os autos esclarecem, pois nas contra-razões a autora admite que a madeira foi transportada do Estado do Paraná, onde o im-

posto foi pago, pois ainda não se destinava à exportação, crédito que seria utilizado em operação posterior. A madeira, entretanto, foi vendida a empresa exclusivamente exportadora e por essa razão imune ao tributo; e por isso seguiu a orientação do fisco, e estornou o crédito, que assim deixou de existir. Mas, face ao conhecimento de que o egrégio Tribunal Pleno havia julgado inconstitucionais os dispositivos da Lei Estadual 5373, de 1966, e Decreto n.º 18.389, de 1967, tornou sem efeito o referido estorno e novamente lançou o crédito fiscal, dando margem à notificação fiscal que pretende anular através desta ação.

A repercussão da inconstitucionalidade da legislação do Estado na parte referida pode ser alegada validamente pela autora, como fundamento da anulação pretendida? Importa, desde logo, em revigorar o crédito fiscal que fora estornado e novamente lançado a seu favor, objeto agora da notificação fiscal como causa direta e imediata da venda da madeira a empresa exclusivamente exportadora?

Essa é a questão.

O crédito fiscal tem por finalidade evitar a cumulatividade do imposto, mas, cobrado sobre operação imune, assim consideradas todas as que antecederam a que destinou a mercadoria ao Exterior por se tratar de operação integrada, em princípio permanece, pois a incidência e cobrança foram indevidas. Nessas condições, a solução seria simples se o tributo fosse pago no Estado do Rio Grande do Sul, pois indevidamente recebido por estar ao amparo da imunidade, deveria ser restituído e o seria pela manutenção do crédito fiscal, permitida, portanto, a dedução que a inconstitucionalidade dos tributos legais primitivos facultou.

E refiro a simplicidade da solução não só porque o crédito fiscal teria resultado da entrada da mercadoria no estabelecimento do contribuinte localizado no Rio Grande do Sul, mas, e principalmente, porque quem receberia indevidamente o tributo seria o Estado do Rio Grande do Sul.

A espécie dos autos, entretanto, possui nuances que a distingue e particulariza, representada exatamente pelo pagamento do ICM no Estado do Paraná e lançado em crédito fiscal pela autora no Rio Grande do Sul, com a finalidade — já ficou expresso — de evitar a cumulatividade pelo aproveitamento do imposto pago na operação posterior que, todavia, realizou-se ao abrigo da imunidade tributária, perdendo o crédito fiscal a sua finalidade de impedir a cumulatividade do tributo, mas atenden-

do-se que o destino ao Exterior alcança e cobre todas as operações, desde a primeira, conclui-se que o crédito da autora permanece mas não pode ser exigido do Rio Grande do Sul, que, realmente, nada recebeu e onde a finalidade do lançamento foi superada pelo destino da mercadoria ao Exterior ou faturamento à firma exclusivamente exportadora.

Se houve desrespeito a imunidade tributária, a cobrança do imposto procedeu-se indevidamente e assim sujeito à repetição, mas de acordo com as normas legais. Dispõe o art. 964 do Código Civil: "Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido, fica obrigado a restituir". E o art. 166 do Código Tributário Nacional autoriza a restituição a quem prove haver assumido o referido encargo ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a receber, enquanto a Súmula n.º 546 diz: "Cabe a restituição do tributo pago indevidamente quando reconhecido por decisão que o contribuinte "de jure" não recuperou do contribuinte "de fato" o "quantum" respectivo", resultando dessas disposições que o Estado do Rio Grande do Sul, que nada recebeu, não pode suportar o encargo da repetição, o que se constitui, em última "ratio", na pretensão da autora, manter o crédito fiscal contra o Estado do Rio Grande do Sul por imposto cobrado indevidamente pelo Estado do Paraná.

O Estado do Rio Grande do Sul não tributou e mesmo falta-lhe competência, nem está cobrando; o que não quer é devolver o que não recebeu através da permanência do crédito fiscal pretendido, circunstância que o torna contribuinte de fato relativamente à operação de que não participou, o que representa infração à norma constitucional que instituiu o favor legal da imunidade.

Se já existe a autora prejudicada pelo pagamento do tributo, quando a operação está sob o amparo da imunidade, não se resolve o problema transferido a responsabilidade para o Estado do Rio Grande do Sul, devendo ela, que tem legitimidade, pleitear a repetição do indébito de quem recebeu o tributo.

A autora, como confessa, seguindo orientação do fisco, vendida a madeira à firma exclusivamente exportadora, equiparada à destinação ao Exterior; estornou o crédito fiscal correspondente à entrada da madeira em seu estabelecimento.

Ao concorrer no mercado internacional, sabendo antecipadamente que não iria abater o imposto anteriormente pago no Estado do Paraná, pois observava orientação fiscal de proceder ao estorno, é certo que no preço de venda incluía o valor do tri-

buto recolhido, o que é norma, considerando-se que as transações comerciais repousam no objetivo de lucro e o contrário não resultou demonstrado. E se a presunção é esta, não lhe cabe demandar a restituição, visto que não suportou prejuízos.

Atendendo-se as finalidades da imunidade tributária, entre elas o incremento da exportação com a possibilidade de concorrência no mercado internacional pela oferta de melhores preços, deve-se considerar que na espécie o imposto pago no Estado do Paraná quando a madeira ainda não era destinada ao exterior, importou em aumentar o seu preço e, em consequência, maior dificuldade de comercialização, entretanto, negociadas as que ofereceriam condições mais vantajosas como regra do comércio, as necessidades do mercado exterior atraíram também as outras de maior preço, chegando a oportunidade da autora.

De forma que a manutenção do crédito fiscal importaria para a autora em vantagem indevida, pois, pela incorporação do imposto ao preço de venda, o recuperou, o contrário não demonstrou e a restituição do tributo representaria novo lucro. E, na conformidade da súmula já citada de n.º 546, cabe restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão que o contribuinte "de jure" não recuperou do contribuinte "de fato" o "quantum" respectivo.

O argumento mencionado de que o território nacional é considerado unidade fiscal é válido, mas apenas em parte, face à existência de princípios constitucionais e legislação federal que disciplinam o imposto, mas não abrangem todas as implicações que decorrem da circulação de mercadorias; basta atentar para que a arrecadação é exclusiva e autônoma em cada Estado, que não a partilha com os demais. Essa desigualdade é fundamental para que um Estado não suporte a carga resultante de imposto pago em outro, o que representaria a restituição de tributo que não cobrou nem recebeu.

Do acórdão no Agravo n.º 5.450, de Porto Alegre, do egrégio Tribunal Pleno, consta: "Apenas duas são as condições que limitam a cobertura da imunidade assinada para os produtos destinados à exportação: que a remessa seja entre estabelecimentos pertencentes à mesma pessoa jurídica, pois a circulação aí não tem sentido fiscal e que esses estabelecimentos estejam situados dentro do Estado, pois se algum deles se localizar em Estado diverso, outras serão as normas invocadas".

Nessas condições, dou provimento às apelações necessária e voluntária, para julgar procedente apenas em parte a ação, reduzido a importância consignada na notificação a Cr\$ 19.481,61,

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 318-331, 1972

com o acréscimo de 35%, Cr\$ 6.818,56, no total de Cr\$ 26.300,17, por ser a realmente devida como resultou expressamente reconhecido pelo Estado. Custas em proporção. Honorários de advogado pelo Estado à taxa de 5% sobre Cr\$ 76.587,75, que corresponde à parte que foi excluída da notificação fiscal.

É o meu voto.

O DR. EDSON ALVES DE SOUZA — Estou inteiramente de acordo com o voto do eminente Relator.

O SR. PRESIDENTE (DES. MANOEL BRUSTOLONI MARTINS) — Estou de acordo.

RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 318-331, 1972

Í N D I C E

	Pág.
APOSENTADORIA nos termos do art. 197 da Constituição Federal e art. 1.º, § 2.º, letra A, II, da Lei n.º 5.315, de 2/9/67 — Contestação	293
AUTARQUIA (parecer 2131/CGE) Dirigente. Natureza Jurídica do cargo. Comissão ou de Confiança, Características	265
APOSENTADORIA — Sistema de Previdência Social vigente.	
PROVENTOS — Fixação. Gratificação. Incorporação. Condições	265
AVANÇO — ver página	213
BENS PÚBLICOS (parecer 2180/CGE) Móveis ou imóveis — incidência da regra geral da inalienabilidade. Inteligência do art. 840, do Regulamento do Código de Contabilidade Pública: a) bens móveis, deteriorados ou imprestáveis, não de ser alienados, independentemente de prévia lei autorizatória, desde que o produto da venda seja recolhido aos cofres públicos, como receita; b) pretendendo o poder público, titular do domínio, dar ao produto da venda outra destinação, só poderá promover a alienação, após a edição de lei autorizadora	219
CÁLCULO DO VALOR DAS INDENIZAÇÕES NAS DESAPROPRIAÇÕES IMOBILIÁRIAS. (Francisco S. Moniz de Aragão)	95
	333

CONSTITUCIONALIDADE DA TAXA DE MELHORAMENTO DOS PORTOS (José Néri da Silveira) ...	Pág. 139
DA APROPRIAÇÃO DO CRÉDITO FISCAL PELOS TORREFADORES DE CAFÉ	301
DESAPROPRIAÇÃO — Legislação Vigente. (Orlando Giralddi Vanin & Ney Sá)	161
DESAPROPRIAÇÃO — ver página	95
DIREITO ECOLÓGICO: Perspectivas e Sugestões (Sérgio Ferraz)	43
DIREITO ECOLÓGICO. Proposição de um Sistema Nacional de Controle da Poluição Ambiental (Clarita Galbinsky)	61
ESTABILIDADE (parecer 2164/CGE) Para obtenção do benefício inserto no parágrafo 2.º, do artigo 17, da Constituição Federal de 1.967, é mister que os requisitos ali postos estejam simultaneamente presentes em 24 de janeiro de 1.967, data de sua promulgação	246
ESTABILIDADE E AVANÇOS (parecer 2167/CGE) É necessário para a auferição dos avanços, que o funcionário seja efetivo, não bastando ser estável. O art. 177, § 2.º, da Constituição Federal de 1.967, estabilizou no serviço público, os contratados, os extranumerários, o pessoal de obras e os regidos pela C. L. T., mas não lhes alterou o "status" jurídico; implica, porém, na efetivação dos funcionários interinos por ele alcançados, com direito a avanços e demais vantagens	213
FUNCIONALISMO — ver páginas 65, 123, 213, 246, 249, 253, 265, 283 e	293
I. C. M., CRÉDITO FISCAL E CUMULATIVIDADE (José Maria Rosa Tesheiner)	151
IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — Rec. Extraordinário N.º 70.028 — E. S.	315

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — Apelação Cível n.º 14.332 — T. J. R. G. S....	Pág. 318
IMPEACHMENT (Adaury Pinto Filippi & Cyl Paranhos de Lima)	53
IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA E AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS (Ildeu de Rezende Chaves)	27
INATIVO CONVOCADO (parecer 2163/CGE) Impossibilidade de percepção cumulativa da gratificação especial de permanência (15%), com a gratificação especial de 1/3, resultante de exercício funcional, em regime de convocação. Exegese de conotações legais existentes entre as leis n.º 3.383, de 6 de janeiro de 1958; Lei n.º 4.047, de 29 de dezembro de 1960; e Lei n.º 3.889-A, de 30 de dezembro de 1959. A eficácia legal não sofre solução de continuidade, quando lei nova estabelece disposições gerais e especiais, regulamentando matéria inteiramente tratada em lei anterior e no mesmo sentido	253
LAGOA MANGUEIRA (parecer 2176/CGE) Pertence à União porque se situa dentro da faixa de fronteira (Decreto-lei 852, de 11/11/58, art. 2.º, V) ..	230
LIVRE CONVENÇÃO DA CORREÇÃO MONETARIA NOS CONTRATOS NÃO SUJEITOS ÀS NORMAS DO PLANO NACIONAL DE HABITAÇÃO (Arnoldo Wald)	191
MUNICÍPIO — ver páginas 27, 79, 225 e	230
PENSÃO (parecer 2153/CGE) A sua concessão pelo Estado em decorrência do art. 154 do Estatuto é complementar à percebida pelo pensionista da Instituição Previdenciária. A revisão de tais pensões se fará na base de 70% do aumento concedido aos servidores ativos. O ato concessivo da vantagem deverá revestir a forma do Decreto. A Secretaria da Administração se deve cometer a tarefa de examinar a concessão de tais vantagens, inclusive suas majorações	249

PLANO DE URBANIZAÇÃO E EMBARGOS DE OBRAS (Hely Lopes Meirelles)	Pág. 79
PROCESSO DISCIPLINAR EM FACE DA REFORMA ADMINISTRATIVA (Dilma Macedo Machado & Benoni Silveira Souza)	65
RECEITA E DESPESA PÚBLICAS — PRINCÍPIO DA UNIDADE DE CAIXA FISCAL. LEI N.º 4.320/64 (parecer n.º 2146/CGE) O princípio da unidade de caixa fiscal, dogmaticamente acolhido pela lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964, impõe que a arrecadação da receita e o pagamento da despesa, na execução orçamentária, sem prejuízo de que a receita e a despesa públicas possam ser realizadas indiretamente, por via bancária, estejam unificadas, ao menos contabilmente, nos órgãos fazendários centrais do Estado, sempre atendidas no seu processamento as normas de contabilidade pública e de fiscalização financeira e orçamentária	241
RETROCESSÃO (parecer 2112/CGE) Inexistência do direito à retrocessão quando a nova destinação do bem desapropriado inclue-se entre as de utilidade pública. Natureza pessoal do direito de retrocessão	235
REVISÃO DE PROVENTOS (Romeo de Almeida Ramos)	123
SUBSIDIOS DO PREFEITO (parecer 2171/CGE) Sua fixação, constitucionalmente, far-se-á no final da legislatura para vigorar na seguinte. Vedada, portanto, alteração no decurso da legislatura para viger na mesma	225
TEMPO DE SERVIÇO (parecer 2148/CGE) Servidor não-titulado de Cartório Distrital. Prova insuficiente na Justificação Judicial	283
TRIBUTOS — ver páginas 27, 139, 151, 301, 315 e	318

