

REVISTA DA

CONSULTORIA - GERAL

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RCGERS	Porto Alegre	v. 2	n. 2	p. 1 a 286	1972
--------	--------------	------	------	------------	------

EUCLIDES TRICHES — Governador do Estado

Orlando Giraldi Vanin — Consultor-Geral

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Valdocyr Sonta Scomozzon — Coordenador

Ellen Grocie Narthfleet — Assistente

José Mario Rasa Tesheiner

Jorge Arthur Morsch

Dilma Maceda Machado

SUMÁRIO

DOCTRINA

	Pág.
Couto e Silva, Clóvis V. do	A Natureza Jurídica dos contratos Cogentes e dos Incentivos Fiscais 13
Meirelles, Hely Lopes	Concorrência — O Preço como Fator de Julgamento 29
Pôrto, Vicente Sobrino	O Advogado em Roma 41
Tesheiner, José Maria Rosa	Prescrição e Decadência no Código Tributário Nacional 61
Wald, Arnold	Base de Cálculo para a Cobrança do ICM nas transferências de Mercadorias de Armazéns para Filiais da mesma Empresa no Estado do Amazonas. 67

PARECERES

Alano, Wilson	Inquérito — Legitimação passiva e Invasão de Atribuição 91
Bortolan, Ivalino João	Avanços 95 Aposentadoria — Proventos 103
Couto e Silva, Almiro R. do	Auxílio para diferença de caixa (acompanhado de ofício do Consultor-Geral) 108 Aposentadoria Punitiva 115

	Pág.
Fernandes, Wilson	Subsídios e férias do Prefeito 118
Filippi, Adaury Pinto	Câmara Municipal — Número de Vereadores Vinculação — Adicional de 15 e 25%. 121 124
João, Paulo Germano	Acumulação de Cargos — Cargo Técnico Disponibilidade de Juiz — Competência para a sua Con- cessão 129 132
Machado, Dilma Macedo	Vencimentos 135
Miller, José Carlos Torres	Lei Municipal — Elaboração Funcionário Interino 138 140
Monteiro, José Joaquim	Função Gratificada Cadáver para pesquisa cientí- fica 142 147
Pilla Ribeiro, Elmo	Prescrição — Decadência — Lei n.º 4.317 — Direito Formativo Gerador Diárias Especiais 154 157
Pires, Jorge Alberto Diehl	Férias — Servidores sujeitos à CLT, que prestem serviços em regime de compensação 160
Ramos, José Hugo V. Castro	Servidor Autárquico Inativo Critério de Revisão dos Proventos Cessão de Uso de Bens Públicos 163 174
Rocha, Manoel André da	Bem Público — Direito de pre- ferência para a subscrição de ações. Renúncia ou cessão — Autorização Legislativa. 184
Sá, Ney	Extranumerários Mensalistas 190

	Pág.
Soares, Mário Nunes	Fidelidade Partidária 196
Vanin, Orlando Giraldi	Aposentadoria compulsória e Automática Serviço Público Cláusula-Ouro 199 205 223
Zanini, Flávio José	Brigada Militar — Gratificação Especial de Quebra de Caixa Tempo de Serviço 230 235

TRABALHOS FORENSES

Tesheiner, José Maria Rosa & Morsch, Jorge Arthur	Memorial 245
---	-----------------

JURISPRUDÊNCIA

Imposto sobre Circu- lação de Mercado- rias — Tijolos e Telhas	Agravo Petição n.º 17.394, T.J.R.G.S. 263
Honorários devidos à pessoa de Direito Público interno, vencedora de litígio	Recurso de Revista n.º 7.855, T.J.R.G.S. 268
Desapropriação	Apelação Cível n.º 15.043, T.J.R.G.S. 274

ÍNDICE

281

DOCTRINA

A NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS COGENTES E DOS INCENTIVOS FISCAIS

Clóvis V. do Couto e Silva (*)

I. Os novos instrumentos do desenvolvimento econômico.

1. Entre os instrumentos da política financeira mais importantes, e de maior sucesso no campo econômico, estão os incentivos fiscais.

Sua finalidade é bem conhecida, e se destina pelo mecanismo da dedução do Imposto de Renda devido pelas pessoas físicas e jurídicas para compra de ações, títulos, ou quotas de fundos, a participação generalizada em empreendimentos que explorem, ou venham a explorar, certos setores da economia nacional. À sua vez o instrumento é bastante flexível de modo a induzir o contribuinte, mediante a adoção de níveis diferenciados de dedução do aludido imposto, à aplicação em áreas ou setores menos desenvolvidos de nossa economia. Sob esse ângulo, os incentivos contribuem para a planificação com sentido totalmente diverso da existente nos estados totalitários. Aliás Mann e Bühler advertiram que a política tributária não deveria representar apenas o papel de ser um dos fatores de segurança do equilíbrio da economia nacional, não só um meio de harmonização da conjuntura através dos órgãos estatais, mas o de servir ao desenvolvimento da própria economia. Com o tratamento "econômico" da tributação deveria o imposto no futuro transformar-se em instrumento da planificação. (1)

(*) Professor Catedrático da Faculdade de Direito da U.F.R.G.S.

(1) F. K. Mann, art. Steuer, Handbuch der Sozialwissenschaften t. 10; Bühler-Strickrodt, Steuerrecht, t. 1, § 1.º, pág. 30. (1959): Mit der "Ökonomisierung der Besteuerung" soll die steuer selbst künftig zu einem Werkzeug der Wirtschaftsplanung werden"

No Brasil, a política impositiva ampla para obter com tributos finalidades de natureza não-fiscal, portanto econômicas "stricto sensu" ou sociais, inicia-se pelo sistema de sobretaxas de câmbio para importação instituído pela Lei 2145, de 29 de dezembro de 1953. Através dessa providência, pretendeu-se implantar no Brasil as indústrias que eram mais necessárias. Os mecanismos das tarifas do Comércio Exterior não diferem, em sua essência, dos tributos internos e funcionam através de agravamento, dedução ou favorecimento do quanto tributário. Poder-se-ia ainda acrescentar que a tributação com finalidade não-fiscal nos países em desenvolvimento adquire um significado bem maior, principalmente quando se cuida de estabelecer uma certa harmonia entre regiões com índices diversos de desenvolvimento.

Essa técnica tende a estender-se ao plano das finanças internacionais, como medida de auxílio dos países desenvolvidos, e parece superar a política tradicional dos empréstimos.

2. Em nosso País, durante a década 1950-1960, as medidas internas de caráter geral do governo em favor do desenvolvimento se implementaram sobretudo através do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (2), a quem competia aprovar projetos de organização de indústrias, a fornecer empréstimos, figurando em transações com o exterior como agente do Governo, autarquias, sociedades de economia mista e entidades privadas. Não se institucionalizara o mercado de capitais, mas aquele Banco se constituía no germe de técnicas financeiras novas que mais tarde se disseminaria em múltiplos setores.

A política financeira através do BNDE atende ao sistema em que o Estado promove diretamente a formação do meio econômico, e tinha como base um adicional restituível, ou seja, um empréstimo compulsório.

Criaram-se, sob o modelo daquele Banco, outros estabelecimentos de crédito regionais que servem à mesma finalidade, hoje transformados, muitos deles, em empresas públicas.

(2) Lei n.º 1628, de 20 de junho de 1952, arts. 8, 10 e 11. A lei 1474, de 26 de novembro de 1951, art. 3.º, § 3.º, determinou que os adicionais do Imposto de Renda por ela criados seriam restituídos em títulos de dívida pública. Esses títulos, por força do art. 1.º da lei 1628, foram emitidos com a denominação de "Obrigações do Reaparelhamento Econômico" e deveriam ser resgatados a partir do exercício seguinte ao de sua emissão. Cuidava-se, portanto, de um empréstimo compulsório, de um adicional restituível, tal como explicitamente se afirma na lei 2973, de 26 de novembro de 1956, art. 1.º.

3. No início da década de 1960-1970 ampliou-se a nova técnica de promover o desenvolvimento; os contratos compulsórios.

Através da Lei 4.069, de 11 de junho de 1962, art. 43, criou a União um empréstimo público de emergência, de caráter compulsório e pela Lei 4242, de 17 de julho de 1963, o Governo Federal organizou o Fundo Nacional de Investimentos, e em seu art. 72 instituiu um empréstimo compulsório, para vigorar nos exercícios de 1963 a 1965, a ser "arrecadado com base nos rendimentos sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, e em todos os rendimentos da pessoa física". Medida semelhante havia sido criada pelo Estado do Paraná, vinculados esses empréstimos (adicionais restituíveis) ao imposto de vendas e consignações, de que é exemplo a lei estadual n.º 4529, de 12/01/1962. Surgira com amplitude em nosso direito o denominado empréstimo compulsório, espécie de contratos forçados, cuja inconstitucionalidade foi desde logo suscitada e a final decidida pelo Supremo Tribunal Federal, resultando, posteriormente, a Súmula 418 (3): "O empréstimo compulsório não é tributo, e sua arrecadação não está sujeita à exigência constitucional de prévia autorização orçamentária".

Os empréstimos compulsórios eram assim constitucionais, e independiam, por não se constituírem em tributo, de prévia autorização orçamentária, como exigiria o art. 141, § 34, da Constituição de 1946. Os fundos resultantes da cobrança desses empréstimos eram de mera personalidade contábil, dentro do orçamento, ou em conta bloqueada nos bancos do Estado, até constituição de futura empresa mista.

4. Os empréstimos federais compulsórios deveriam vigorar nos exercícios de 1963 a 1965, tomando-lhes posteriormente lugar os incentivos fiscais, em que o próprio contribuinte é quem faz aplicação, podendo optar entre vários setores da economia nacional. Nessa última técnica, o Estado apenas sugere a aplicação, permitindo a dedução do montante devido a título de Imposto de Renda, segundo alíquotas diferenciadas, maiores no caso de investimento em projetos econômicos referentes a regiões em que a carência de recursos é mais pronunciada.

(3) RMS 11.252, Esteves Irmãos S. A. — Estado do Paraná. (RDA 80/172). Essa Súmula foi, aliás, submetida à nova discussão no RMS 16.553 (RTJ, 44/620), aplicando-se ainda a Súmula 418, com vários votos vencidos.

A estrutura jurídica dos incentivos fiscais difere, em consequência, essencialmente dos contratos cogentes.

II. A qualificação jurídica dos contratos cogentes

5. A discussão judicial a respeito dos empréstimos compulsórios serviu para revelar a existência, à época, de diversos contratos cogentes, ou ditados, em que não se permite aos contratantes o exercício de qualquer autonomia, tais como o de venda compulsória do café ao Instituto Brasileiro do Café; compra compulsória das ações da Petrobrás; contrato compulsório do seguro de acidente do trabalho; venda compulsória de cambiais de exportação; depósito compulsório de fundos no Banco do Brasil, pelos bancos particulares, etc. (4).

Alguns dos contratos cogentes não se realizavam com pessoas jurídicas de direito público, mas em favor de pessoas jurídicas de direito privado, como no caso da compra compulsória de ações da Petrobrás, sociedade de economia mista.

6. A doutrina divergiu quanto à natureza desses contratos. Quando um dos figurantes era pessoa jurídica de direito público, alguns autores o tinham como imposto, sendo necessária a sua inserção no orçamento; outros como contribuição parafiscal, figura que não se ajusta à distinção clássica de impostos e taxas. Havia de incluir-se na zona cinzenta dos tributos "sui generis", dos indefiníveis, resistentes a qualquer tentativa de classificação à luz dos conceitos tradicionais, sendo, assim, preferível admiti-los, sem classificá-los. Por fim, alguns o consideravam requisição, sujeita às regras do art. 141, § 16, da Constituição Federal de 1946, então em vigor. Prevaleceu no Supremo Tribunal Federal a interpretação de que não era tributo, em nenhuma de suas formas, constituindo-se em alteração na estrutura do empréstimo de direito privado, que o legislador poderia fazer. Essa argumentação levaria, com rigor de lógica, a que não se conferisse aos Estados a faculdade de instituir o aludido empréstimo, já que a legislação sobre direito substantivo tem de ser federal (5).

Afastada a qualificação de tributo, a que tanto e com tão bons argumentos se aferrara o Min. Luiz Gallotti, prevaleceu o voto vencedor do Min. Vilas Boas, de que os Estados podiam le-

(4) RMS 11.252 (voto do Min. Victor Nunes)

(5) RMS 11.252 — (voto do Min. Victor Nunes)

gislar a respeito porque se, em princípio, "cabe à União intervir no domínio econômico (Const., art. 146, em C/c o art. 5.º, n.º XV, c), concede-se aos Estados o poder de legislar supletivamente ou complementarmente, sobre a matéria (art. 6.º). E foi o que se deu".

7. A questão girou sobre problemas de direito financeiro constitucional, estando em análise a interpretação do art. 141, § 34, da então Constituição Federal, que exigia, como a atual também exige, a prévia autorização orçamentária, para que o tributo possa ser cobrado. Em seu voto, o Min. Luiz Gallotti entendeu que o empréstimo compulsório, ainda que restituível ao contribuinte, não passava de mera "camouflage", por meio da qual se pretendia impedir a aplicação da regra impositiva da Constituição, mero expediente para afastar a incidência do princípio da anterioridade da criação do tributo ao início do exercício financeiro. E estava certo: a interpretação da Constituição tem de ser feita como um todo, não sendo possível admitir como constitucionais atos em fraude manifesta a princípio orçamentário extremamente rígido, como o é o art. 141, § 34, da Constituição Federal de 1946. Sob o ponto-de-vista de política financeira, que não seja imediatista ou pragmática, não se deveria, por igual, dizer outra coisa. Tal prática, antes de contribuir para a melhoria de nossos orçamentos, de que depende a vida financeira da nação, se constituiria em salvo-conduto, por meio do qual a União e os Estados poderiam a qualquer momento reformular a sua política orçamentária que, para evitar surpresas aos contribuintes, tem de estar determinada antes do início do ano fiscal.

A maior dificuldade de interpretação, seja de norma ordinária, ou constitucional, está em extrair as regras que elas implicitamente podem conter; por isso é um truismo afirmar que o problema está em explicar o seu conteúdo real. Sucedeu isso nesse caso, pois seria desde logo de admitir que a proibição do art. 141, § 34, da Constituição de 1946, abrangia não só as violações diretas, o que é óbvio, como também as indiretas, quando se verificasse que o fim pretendido pelo empréstimo não diferia dos demais fins atingíveis pelos tributos.

Em teoria, o argumento que poderia afastar a qualificação do empréstimo compulsório como imposto seria o de que a transferência da prestação em dinheiro não era feita de modo pleno, definitivo (voto do Min. Victor Nunes), ou total, já que o con-

tribuinte continuava credor. Em conseqüência, a instituição de empréstimo compulsório não seria imposto. (6).

A Constituição do Brasil, de 1967, art. 19, III, § 4.º, dirimiu a controvérsia considerando o empréstimo compulsório como sujeito às regras referentes aos tributos e a atual Constituição (Emenda Constitucional n.º 1), em seu art. 22, § 2.º, exara o seguinte princípio:

“A União pode instituir empréstimo compulsório, nos casos especiais definidos em lei complementar, aos quais se aplicarão as disposições constitucionais relativas aos tributos e às normas gerais do direito tributário”.

8. A discussão judicial dizia respeito também ao âmbito de aplicação do princípio da autonomia privada.

(6) (Becker, Riewald, Koch, Kommentar sur Retchabgabenord nung, I, § 1.º, pág. 17, 1963).

O apego exagerado à mera interpretação gramatical, sem levar em conta a verdadeira amplitude do preceito, tem-se manifestado também em outros setores, como, por exemplo, na dificuldade de positivizar o conteúdo nem sempre perfeitamente definido de uma norma (unbestimte Rechtsbegriff). O STF discutiu recentemente a constitucionalidade da lei 5670, de 22/7/1970, que restringia a aplicação da correção monetária à data da lei que a instituiu para as desapropriações (Lei 4686, de 21/6/1965). Os argumentos estavam em que a cláusula constitucional (Const. do Brasil, art. 153, § 22) de que a indenização tem de ser justa nas desapropriações não era auto-executável, ou que à legislação ordinária é que caberia dizer o seu âmbito. Indenização justa, a que alude o art. 153, § 22, é conceito jurídico indefinido, no plano do direito constitucional, podendo ainda ser explicitado por legislação ordinária. Mas se essa mesma legislação não revelar o critério da Constituição deverá padecer do vício de inconstitucionalidade. Indenização sem correção monetária, dos períodos anteriores a 1965, ano em que foi editada a lei 4686, não se poderá haver como justa. Na Idade Média discutiram os doutores a respeito de ser indenizável a desapropriação. Na glosa ordinária (ad. D., 1, 14, 3) tinha-se como desnecessária; mas Baldo entendia que deveria ser indenizado o proprietário, com reparação módica: (1a. Const. Dig. vb. omnem: “licet modica”). Indenização sem correção monetária pode caber no conceito de indenização módica, não no de indenização justa.

Pela inconstitucionalidade da Lei 5670 votaram vencidos os ministros Luiz Gallotti, Oswaldo Trigueiro, Aliomar Baleeiro, Djaci Falcão: ERE 69.304, Altino Borba e Outros v. Central Elétrica de Furnas S. A. (1971).

Em nosso sistema tinha-se, no particular, apenas o princípio expresso no art. 141, § 2.º (atualmente, art. 153, § 2.º, da Constituição do Brasil), segundo o qual “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. A autonomia da vontade estaria assim circunscrita aos comandos da legislação e revela o trânsito do estado liberal para o social, onde é possível a restrição, ainda que em grau máximo da aludida autonomia, vinculada a setores determinados. Os contratos cogentes ou ditados são essenciais aos países de economia extremamente planificada. No sistema capitalista, mais importantes e muito mais numerosos do que os contratos cogentes são os contratos de adesão e as condições gerais de negócios. Nessas figuras, resultantes da nova civilização de consumo, o particular ainda mantém a sua autonomia quanto à realização do negócio jurídico, mas é impotente para discutir as cláusulas que esse mesmo negócio jurídico há de conter.

A restrição manifesta-se, em conseqüência, no conteúdo do negócio jurídico, no referente ao poder de discutir as disposições e tudo o mais que o contrato venha conter. Os códigos no geral não regem a respeito, pois o centro do sistema é o contrato “individual”, o qual cada dia é menos importante, submetido como está o homem moderno, em todas as suas atividades econômicas, à ampla e profunda padronização.

Em grande número de disposições econômicas entre o Estado e os particulares, como entre particulares, nos negócios postos à disposição de coletividades, encontramos “contratos-tipo” ou “condições gerais de negócio”, em que a vontade de uma das partes esmaece. À sua vez, é costume distinguir os contratos-tipo dos contratos de adesão, pois aqueles não são propriamente contratos, mas fórmulas estabelecidas por um organismo profissional, ou pela administração, destinados a servir de modelo a futuros contratos que serão concluídos eventualmente. (7)

No contrato-tipo, ou nas condições gerais de negócio na terminologia alemã, as suas disposições são abstratas, não relacionadas com a situação individual. A sutileza está em que o juiz tem de interpretá-las também abstratamente, através de processo semelhante ao que sucede com a hermenêutica das leis; mas não pode aplicá-las no caso concreto abstratamente. Tem de in-

(7) J. Léauté, Les Contrats Types, Rev. Trim. de Dr. Civil, pág 429 e segs. 1953; Alfred Rieg, Contrat Type et Contrat d'Adhésion, Études de Droit Contemporain, pag. 105 e segs., 1970).

quirir: é o negócio jurídico concreto "contra bonos mores" (Controle do conteúdo concreto do negócio jurídico). (8)

9. O contrato cogente, ao revés, tem o seu "habitat" natural nos países socialistas, onde de regra não se adota a distinção entre direito público e privado e inexistente norma específica de direito comercial e muito menos regras sobre sociedades anônimas. Fazem-lhe as vezes as "entidades da economia socializada" que contratam, umas com as outras, dentro de esquemas rígidos ditados pelos órgãos executores da planificação. Em consequência, é extremamente reduzida em tais sistemas a autonomia dessas entidades, já que se movem dentro de esquemas traçados pela administração. Apesar disso, é ineliminável a aplicação de todo um conjunto de regras a respeito de obrigações, por exemplo, de vícios redibitórios, de divisibilidade da prestação, etc., de modo igual ao que sucede nos sistemas jurídicos que receberam o direito romano, do qual eles também são herdeiros, e não puderam alterar ou inovar, em sua parte substancial.

Na análise dos sistemas que adotam a planificação econômica em extensa medida, verifica-se que as relações jurídicas dela nascidas, em muitos casos, têm como fonte um ato da administração, de direito público, em nossa classificação, alguns de natureza mais genérica, ou mesmo programática, e outros específicos, de que resultam direitos e deveres que estão sob o império de princípios que, entre nós, são considerados como de direito privado.

Estabelecida a obrigação de concluir contrato entre entidades da economia socializada, pode ocorrer também um litígio entre elas. Como existe a obrigação de realizar o contrato, manifesta-se o denominado "litígio pré-contratual" tendente à conclusão do contrato e à fixação de seu conteúdo perante a Comissão de Arbitragem do Estado. (9)

Os contratos cogentes, ou ditados, cujo exemplo principal foram entre nós os empréstimos compulsórios, podem revelar a mesma qualificação jurídica, embora sem a amplitude e o caráter ideológico dos regimes totalitários.

(8) — Rolf Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, 1, § 3, págs. 34 e segs., 1963.

(9) — Cód. Civil polonês — art. 389, § 1.º: O princípio vigente é o de que a troca de bens e serviços entre as unidades da economia socializada obedecem a planos econômicos nacionais, embora as disposições sobre a planificação não estejam incorporadas ao Código Civil, pois pertencem a outro ramo da legislação.

No caso de venda compulsória de bens, se determinada por uma autarquia, sob império de lei que assim determine, é ato administrativo formador de relações jurídicas de direito privado.

Em certas hipóteses faculta-se ao comprador enjear a mercadoria se ela não contiver as condições asseguradas. Por vezes, o nascimento da obrigação não supõe a prática de atos de direito público, e então o "Tatbestand" pode ser a existência de certo estoque ou quantidade de mercadorias. A suposta venda que assim se faça será em verdade um ato-fato (10), mas a relação que daí venha nascer está sujeita à aplicação de conceitos como o de vício redibitório, de evicção, no caso de entrega de mercadoria que não pertença a quem a transferiu.

São figuras de direito privado, sempre presentes quando se cuide de qualquer tipo de alienação, seja forçada ou voluntária, ainda mesmo quando determinada por ato de direito público.

Constituem os contratos cogentes uma forma, mecanismo ou instrumento, que pode estar tanto a serviço de um sistema econômico global, ou de meras necessidades pragmáticas, de obtenção de recursos financeiros à margem, ou até mesmo em fraude a princípios orçamentários rígidos, como sucedeu, entre nós, com os empréstimos compulsórios.

Seria totalmente impróprio qualificar essa última figura como contrato. Para que se possa ter algo como negócio jurídico, de que o contrato é a principal espécie, é necessário que haja autodeterminação das partes, manifestação da possibilidade de contratar, o que não ocorre nos contratos cogentes.

III. A natureza jurídica dos incentivos fiscais

10. Os incentivos fiscais representam uma técnica diversa. Nos contratos cogentes não há autodeterminação das partes e a

(10) — A obrigação de realizar negócio jurídico é obrigação de fazer. Normalmente o ato de adimplemento é, à sua vez, negócio jurídico, resultante ainda de uma manifestação autônoma de vontade. Tal seja, entretanto, a cogência dessa mesma obrigação de fazer, o adimplemento tenderá a independe de vontade das partes; e ainda se essa cogência resultar da executoriedade de um ato administrativo, não haverá como qualificá-lo como negócio jurídico, mas como ato-fato ou ato material.

Embora não se possa aceitar a posição de Montesano — (Contratto Preliminare e Sentenza Costitutiva, pág. 126, 1953) de que o contrato definitivo seja "prova confessoria documentata" é inegável que a cogência da obrigação de fazer em muitos casos transformará o contrato em ato-fato.

obrigação se constitui pela incidência imediata de uma norma, ou por meio de ato administrativo que dê execução a um preceito legal. A cogência é, portanto, "ex-lege".

Nos incentivos fiscais, pode-se dizer, a cogência é "ex-vita", posto que há opção entre solver o imposto, via de regra de renda, em sua integralidade, ou reduzi-lo, dentro de certas alíquotas, comprovando-se que foram adquiridas ações, títulos ou quotas de determinados investimentos, ou prometendo-se, na própria declaração de renda, obtê-los posteriormente.

As principais áreas abrangidas pelos incentivos fiscais são a de aquisição de certificados de compra de ações e de depósitos e especificamente o turismo (11), florestamento e reflorestamento (12), a pesca (13), em âmbito nacional, e investimentos no Nordeste (14) e na Amazônia (15).

Disponha, por exemplo, o DL 55, em seu art. 24, que "os hotéis em construção e os que se construírem ou ampliarem dentro dos próximos cinco anos da data deste Decreto-Lei, desde que seus projetos tenham sido ou venham ser aprovados pelo Conselho Nacional de Turismo e tenham as obras terminadas dentro do prazo, gozarão de isenção de todos os tributos federais, exceto os de Previdência Social, pelo prazo de dez anos, a partir da aceitação de suas obras pelo referido órgão". (16)

Em seu art. 25 exarou-se a seguinte regra: "as pessoas jurídicas poderão pleitear o desconto até 50% do imposto de renda que devam pagar, para investimento na construção, ampliação, ou reforma de hotéis, e em obras e serviços específicos de finalidades turísticas, desde que tenham seus projetos aprovados pelo Conselho Nacional de Turismo, com o parecer fundamentado da Empresa Brasileira de Turismo.

No D. 60.224, de 16 de fevereiro de 1967, determinou-se, em seu art. 43, que os empresários "não poderão dar destino diverso ao prédio antes de decorridos dez anos de sua efetiva utilização".

(11) DL 55, de 10 de novembro de 1966

(12) Lei 5.106, de 2/9/1966, art. 1.º e segs., DL 1.134, de 16 de novembro de 1970 (art. 1.º: redução até 50%).

(13) DL 221, de 28 de fevereiro de 1967, arts. 81 e segs.

(14) — Lei 5.508, de 11 de outubro de 1968; Decr. 64.214, de 18 de março de 1966; DL 1.196, de 23 de dezembro de 1971.

(15) — DL 756, de 11 de agosto de 1968, arts. 1.º e segs.

(16) — O DL 1.191, de 27 de outubro de 1971, aumentou o prazo para construção de hotéis até 1975, e permitiu a redução do imposto de renda até 50%, nas áreas da Sudene e Sudam, e 8% nas demais regiões.

O DL 157, de 10 de fevereiro de 1967, permitiu, em seu art. 2.º, que "os Bancos de Investimentos, as Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento, e as sociedades corretoras, membros das Bolsas de Valores, autorizados pelo Banco Central da República vendessem "certificados de compra de ações", sendo facultado aos Bancos de Investimentos, em lugar da venda de certificados, receber depósitos".

Os recursos assim obtidos devem ser aplicados de modo diversificado na compra de ações, ou debêntures conversíveis em ações. (17)

O contribuinte pode, assim, adquirir previamente certificados de compra de ações, realizar o depósito, ou prometer, em sua declaração de renda, obtê-los posteriormente. Nesse caso, deverá manifestar o propósito de fazer o depósito ou adquirir os certificados, sendo expedida a notificação do imposto, com o destaque do abatimento solicitado. (18)

Pretendeu o Governo com esse procedimento induzir a transformação das empresas do tipo tradicional em sociedades de capital aberto, pois as instituições financeiras previstas no art. 29 do DL 157 só adquiriam as ações se aquelas se obrigassem a "colocar no mercado ações de aumento de capital, devendo os atuais acionistas subscrever, pelo menos 20% da emissão, ou debêntures conversíveis em ações, de prazo mínimo de três anos, devendo os atuais acionistas, por igual, subscrever 20% do valor da emissão (19) ou alienar imóveis em valor pelo menos equivalente a 15% do Capital Social, aplicando esses recursos em capital circulante, assegurando a proporção entre o passivo exigível e o não-exigível.

Os depósitos ou certificados de compra de ações tinham, a seu turno, o prazo mínimo de dois anos, sendo a sua liquidação efetuada em títulos. (20)

(17) — DL 157, art. 2.º, § 1.º.

(18) — DL 157, art. 3.º, § único. O montante da dedução para aplicação nas aquisições era de 10% (art. 3.º), reduzida para 5% (D. 283, de 28/2/1967). Essas disposições foram prorrogadas pela L. 5409, de 9/4/1968, para o exercício de 1968. No DL 403, de 30/12/1968, a dedução para as pessoas jurídicas foi fixada em 3% para o ano de 1969; e em 1% para 1970. A dedução para as pessoas físicas é atualmente de 12%, sem prazo para o seu término.

(19) — DL 157, art. 7.

(20) — DL 157, art. 2, § 2.º, posteriormente alterado pelo DL 1.109, de 26/6/1970.

11. Essas normas, com certas variantes, constituem o modelo geral dos incentivos, que se configura através da dedução do imposto de renda para investimento, a curto e médio prazo, e, em alguns casos, com o estímulo da isenção temporária dos tributos relativos ao empreendimento.

A manifestação de vontade no sentido de obter, pela aquisição e indisponibilidade temporária, a dedução, formulada na declaração de imposto de renda, constitui-se em exercício de direito formativo modificativo. (21) A manifestação de vontade é receptícia, e portanto irrevogável, a partir do momento em que chegar ao conhecimento do órgão competente. É ato em sentido estrito, que obriga a autoridade que vai fazer lançamento. (22)

A dedução está, porém, condicionada resolutivamente (conditio juris) à aquisição de certificados, ou ao depósito, por exemplo; isto é, se isso não ocorrer, ela se desfará.

Poder-se-ia pensar que relação tributária, com a manifestação de vontade do contribuinte pela dedução, é que estaria condicionada suspensivamente. Em verdade, raros são os casos de condição suspensiva nessa matéria. Em princípio, o mesmo conceito de condição, tanto a voluntária, ou "facti" (condição em sentido próprio), quanto a legal, ou "juris", é aplicável ao direito privado e público. (23)

A dedução é modificação na relação tributária, e localiza-se no plano dos efeitos do fato jurídico de direito tributário. O Código Tributário Nacional não exarou nenhuma regra, no particular, a respeito de saber se, na dúvida, a relação tributária estaria condicionada resolutivamente, como fazem alguns sistemas jurídicos. (24)

Apesar disso, a resolutividade tem de ser havida como regra, porque a eficácia é uma quase concomitância do fato gerador

(21) — vd. sobre direitos formativos no direito administrativo, Almiro do Couto e Silva, RDA, 95; RJ, (TJRGS), 9/19.

(22) — Código Tributário, art. 147.

(23) — Kormann, System der Rechtsgeschäftlichen Staatsakte, pág. 136 (1910 — 1962); Código Tributário, art. 117.

(24) — No § 4.º da Steueranpassungsgesetz, de 16 de outubro de 1943, da Alemanha, determinou-se expressamente que "Bedingte Steuerschulden, Bedingte Steuerbefreiungen, bedingte Steuerermässigungen und sonstige Steuerbegünstigungen sind im Zweifel auflösend bedingt; vd. Becker, Riewald, Koch, Kommentar zur Reichsabgabenordnung (StAnpG, § 4), 1, pág. 653.

(25). Apenas em certos e restritos casos, alude o Código Tributário Nacional à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, tais como a moratória, o depósito do seu montante integral, as reclamações e os recursos nos termos das leis reguladoras do processo administrativo, e a concessão de liminar em mandado de segurança. (26)

Nessa enumeração, atende-se não à suspensão da relação tributária, do crédito tributário em si, mas a elemento de eficácia desse mesmo crédito, à pretensão tributária. No caso de dilação de prazo para pagamento de tributo (moratória), há crédito tributário e o dever a ele correspondente, mas falta a exigibilidade, ou seja, a pretensão. As reclamações e recursos, em matéria tributária, podem versar sobre a validade do crédito tributário, até mesmo sobre sua inexistência. Suspende-se, então, a executoriedade do ato administrativo do lançamento, já que pode inexistir crédito tributário. As hipóteses são, assim, diversas.

12. Estabelecido que a dedução do imposto está condicionada resolutivamente, resta examinar o desenvolvimento da relação jurídica tributária. Poder-se-ia supor que o contribuinte que prometeu adquirir certificado de compra de ações, ou realizar o depósito, tenha a obrigação de fazê-lo, tanto mais quanto a condição "juris" é resolutiva e não suspensiva. Esse dever seria, entretanto, no próprio benefício do contribuinte, razão pela qual a sua categoria é de mero ônus ou incumbência. Não tem o contribuinte dever jurídico em face do Estado, ou em face de terceiros, de efetivar a compra. Apenas, não o fazendo, se resolverá a dedução do Imposto de Renda, vigorando em toda a sua extensão a relação tributária, cabendo-lhe, ainda, prestar o tributo com juros, multa e correção monetária.

O mesmo raciocínio vale para os demais fatos que compõem o conceito de aquisição para gerar poupança, como a indisponibilidade temporária.

(25) — Cód. Tributário Nacional, art. 116, I e II; Oertmann, Die Rechtsbedingung, pág. 41 (1924 — 1968). Outra particularidade resultante de ser resolutiva a "conditio juris" é a de que tem o contribuinte direito e pretensão a serem mantidas a dedução e as condições das quais ela decorre. A alteração desses pressupostos, de modo retroativo, por lei ou decreto-lei seria vedada expressamente pela Constituição do Brasil (art. 153, § 3.º).

(26) — art. 151.

A compra dos certificados de ação, ou o depósito nos Bancos de Investimento, são assim negócios jurídicos, os quais o contribuinte não está obrigado a realizar.

Constituem precioso instrumento de planificação da economia, pois a política das deduções em níveis diferenciados pode contribuir decisivamente para a harmonização de nosso federalismo econômico, como fórmula superior à dos "grants in aid" e deveria, por esse motivo, ser mantida e aperfeiçoada.

13. A recente edição do Decreto-Lei n.º 1214, de 26 de abril de 1972, alterou fundamentalmente as disposições do DL-157. O nove Decreto-lei, além de instituir alíquotas diferenciadas de dedução segundo o montante da renda anual, sendo de 24% para aqueles que houvessem obtido rendimento bruto até vinte mil cruzeiros, decrescendo as alíquotas de redução até 12% para os que atingissem rendimento bruto superior a setenta mil cruzeiros (27) estabeleceu, no parágrafo único de seu art. 1.º, a regra de que o contribuinte deveria "recolher a totalidade do Imposto de Renda devido na declaração, sendo a parcela correspondente aos incentivos depositada "ex-officio" em conta especial do Tesouro Nacional, junto ao Banco do Brasil".

Para que isso ocorra, é necessário, primeiramente, que o devedor, em sua declaração de renda, tenha optado pela dedução e recebido a respectiva notificação da cobrança de imposto, à qual se determinou a anexação de uma cautela representativa do incentivo a ser aplicado (28). O pagamento a ser feito abrangerá a totalidade dos valores, ou seja, o imposto de renda "stricto sensu" e o incentivo, representado pela cautela correspondente.

A dedução, neste último decreto-lei, opera-se também por manifestação de vontade corporificada na declaração de Imposto de Renda, de que resulta a redução do quanto devido (29).

(27) Os diferentes níveis de dedução, sob o ponto de vista econômico, servem à uma redistribuição da renda e do patrimônio, facultando-se às classes menos favorecidas maior participação nos investimentos, tal como sugere Neumark (Problem und Mittel moderner Finanzpolitik, Festschrift Schöttle, pág. 180, 1964). Essa redistribuição se incluiria ao lado dos três elementos ("the uneasy triangle"; magisches Dreieck), estabilidade do nível de preços, elevada taxa de ocupação e equilíbrio do comércio exterior, entre as finalidades fundamentais da política monetária e creditícia. Acrescenta-se, ainda, à essa enumeração, a estabilidade jurídica (Schellenberg, ZKW, pág. 269, 1966; Spindler, Becker, Starke, Die deutsche Bundesbank, pág. 173, 1969).

(28) Art. 3.º, § 2.º.

(29) Art. 1.º que alterou o art. 3.º do DL 157.

A modificação de maior importância está na criação de um novo mecanismo de arrecadação, de que deriva a exigência de pagamento integral dos valores anteriormente referidos. A finalidade da aplicação deles é também diversa, pois se destinam a formar o objeto de uma conta especial do Tesouro Nacional no Banco do Brasil (30).

A cautela, após a quitação do imposto, atribui a qualquer das instituições a quem for apresentada o dever de realizar o saque da importância correspondente depositada no Banco do Brasil, para aplicação em fundo diversificado resultante exclusivamente de compra de debêntures conversíveis em ações ou de ações novas de empresas de médio e pequeno porte, como definidas pelo Conselho Monetário Nacional (31).

O incentivo, embora pago juntamente com o imposto de renda, não se constitui em fração dele, pois o contribuinte é titular de direito de crédito sobre a importância depositada a título de incentivo, cuja pretensão não pode exercitar diretamente, senão mediante a intervenção de instituição financeira a quem incumbe organizar os fundos de investimentos.

A conta especial no Banco do Brasil de que trata o art. 3.º, § 3.º do DL-157, com a redação do art. 1.º do DL-1214, é um composto de elementos da conta em benefício de terceiros e da conta de dotação, ou conta de pagamento mediante cautelas ou cupões, modalidade que o direito bancário conhece, mas que não foram entre nós reguladas. Certo é que não se caracteriza, à perfeição, nenhuma das duas espécies. Nas contas em benefício de outrem, o depositante é em face do banco titular do crédito e o administra, fazendo saques, embora o patrimônio que se corporifica no aludido crédito, seja de terceiros (32).

Nas contas de pagamento por meio de cupões ou cautelas (contas de dotação), o depositante é o detentor da conta e do patrimônio, e o administra, não se conferindo a terceiros, apesar da dotação haver sido feita para pagamento de determinada dívida, nenhum direito sobre aquele crédito (33).

No caso, a conta especial no Banco do Brasil não atribui ao Tesouro a faculdade de administrá-la, porque o crédito materializado na cautela é do contribuinte e o saque somente pode ser feito por meio das instituições financeiras enumeradas no art. 2.º do DL-157. A existência de crédito contra banco em favor de

(30) Art. 3.º, § 3.º.

(31) Art. 3.º, § 3.º.

(32) Trost-Schütz, Bankgeschäftliches Formularbuch, pág. 73, ed. 1959.

(33) Trost-Schütz, Bankgeschäftliches Formularbuch, pág. 63.

pessoa que não é titular de conta é situação anomala, mas justificável nos depósitos "em massa" tais como os resultantes da arrecadação das deduções de imposto de renda para futura aplicação em fundos de investimentos.

O crédito do contribuinte somente pode ser dinamizado pelas instituições financeiras, as quais cumpre realizar o direito corporificado nas cautelas para formar os fundos de investimentos.

O direito de crédito é transmissível "causa-mortis" de tal sorte que os eventuais herdeiros tornam-se titulares dele e podem apresentar o "cupon" às instituições financeiras, exercendo direito igual ao do de-cujo.

Se o contribuinte realizar o pagamento do imposto e desinteressar-se em apresentar a cautela referente ao incentivo a uma daquelas instituições, ter-se-á que a importância depositada no Banco do Brasil e não transformada em investimento, que é "conditio juris" resolutive da dedução, se converteu em simples pagamento de imposto de renda, extinguindo-se o direito de crédito do contribuinte.

CONCORRÊNCIA

Hely Lopes Meirelles (*)

- O preço como fator de julgamento.
- O prazo de execução, como fator de verificação do preço expressamente sujeito a reajustamento.
- O critério de julgamento fixado no edital.
- Vícios do edital.
- Nulidade do edital e anulação da concorrência.

PARECER

A CONSULTA

O PREFEITO MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ expõe que, com base no processo 23.413/70, autorizou a abertura de concorrência para a construção do viaduto das avenidas marginais ao córrego Apiaí, da galeria de águas pluviais do mesmo córrego e de pontilhões sobre o rio Tamanduateí, naquele Município. Para tanto, expediu-se o edital 119/70 que fixou, para o julgamento, o critério da proposta mais vantajosa, assim entendida a de menor preço global, sujeito a reajustamento, nos termos do Decreto municipal 3.634/67. Por outro lado, exigiu-se dos proponentes a indicação do prazo total de execução, não superior a trezentos dias corridos. Abertas as propostas, verificou-se que duas se destacavam das demais, sendo relativamente pequena a diferença entre os preços pedidos; mas, enquanto o proponente

(*) Professor na Universidade de São Paulo.

que oferecia o menor preço se propunha a executar as obras no prazo máximo — 300 dias —, o outro comprometia-se a fazê-lo em 270 dias apenas.

Diante disso, entendeu a Comissão Julgadora submeter o assunto a dois técnicos da Prefeitura, os quais, por meio de cálculo estabelecido no Decreto 3.634/67 para a obtenção do índice médio de reajustamento (art. 11), concluíram que a proposta mais vantajosa era, na realidade, a de maior preço em números absolutos.

Surgindo dúvidas quanto à legalidade do critério adotado pelos técnicos, foi solicitado o parecer da Consultoria Jurídica da Prefeitura que se manifestou pela nulidade do edital e, conseqüentemente, da concorrência, uma vez que não havia elementos para o cálculo do valor do reajustamento, único meio de se aferir qual das propostas seria a mais vantajosa.

Diante dessa situação, juntando a documentação pertinente, o Consulente indaga-nos:

- 1.º) É admissível que se considere o prazo de execução como fator para a verificação do preço, quando expressamente previsto o reajustamento, ainda que seu valor somente possa ser obtido por estimativa?
- 2.º) Qual o critério de julgamento fixado no edital 119/70?
- 3.º) Havendo, no caso, duas propostas: uma com maior preço e menor prazo de execução, outra com menor preço e maior prazo, como proceder para a escolha da mais vantajosa, nos termos do edital?
- 4.º) A presente concorrência é válida ou nula?

As respostas a esses quesitos obrigam se examinem os termos do edital, o procedimento da concorrência e a legislação pertinente.

É o que veremos a seguir:

I — O CRITÉRIO DO MENOR PREÇO

1. Em face da orientação fixada pelo Decreto-lei federal 200/67, encampada pela Lei estadual 10.395/70, aplicável aos municípios paulistas que, como Santo André, não possuem legislação própria, o preço não se constitui mais no fator exclusivo para a classificação das propostas no julgamento das concorrên-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 29-40, 1972

cias. Realmente, a lei o considera apenas um dos fatores que, como a qualidade, o rendimento, as condições de pagamento, os prazos e outros previstos no edital, deverão orientar o critério de julgamento, isolada, conjuntamente ou em combinação, conforme o estabelecido previamente para cada caso. E isso porque o interesse do serviço público, como tal entendida a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, é princípio que rege a concorrência do primeiro ao último ato.

2. É o que consta do artigo 36 da Lei paulista, de cujos termos resulta claro que o preço pode ser fator preponderante ou mesmo fator único para o confronto das ofertas, como ocorre na concorrência de menor preço, na qual o que a Administração procura é simplesmente a vantagem econômica. Mas, no exame do preço, segundo determina o § 1.º daquele dispositivo, serão (obrigatoriamente) consideradas todas as circunstâncias de que resulte vantagem para a Administração. Nesse sentido já advertimos que:

“Na apreciação do preço a Administração deverá considerar todos os fatores e circunstâncias que acarretem a sua redução ou aumento, pois é desse confronto de vantagens e desvantagens que se extrai o melhor preço, que nem sempre é o unitário ou o global em números absolutos. As vantagens de pagamento, prazo, financiamentos, descontos, carências, juros, impostos e outras de repercussões econômicas efetivas e mensuráveis são computáveis no julgamento das propostas, desde que pedidas ou admitidas pela Administração” (“O Procedimento da Licitação”, in *Estudos Sobre a Lei Paulista 10.395/70*, ed. CEDRO, 1971).

3. Dentre essas vantagens destaca-se o prazo de execução, principalmente quando a Administração admite o reajustamento de preço, em bases objetivas e prefixadas, porque nesse caso existe a possibilidade de medir-se efetivamente a repercussão econômica do fator prazo de execução no fator preço, erigido como critério exclusivo para o julgamento e classificação das propostas. De fato, nessa hipótese, maior prazo de execução acarreta, a final, maior preço efetivo, e, contrariamente, quanto menor aquele prazo, tanto menor esse preço. O prazo de execução somente não será considerado quando não pedido nem admitido pela Administração no edital da concorrência.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 29-40, 1972

II — O CRITÉRIO DE JULGAMENTO FIXADO NO EDITAL 119/70

4. O edital 119/70 da Prefeitura Municipal de Santo André abre concorrência para a execução de um conjunto de tres obras: um viaduto, uma galeria de águas pluviais e pontilhões, para as quais pede preços globais distintos para cada obra (item 3.1.1.), esclarecendo que tais preços serão reajustados nos termos do Decreto municipal 3.634, de 5 de maio de 1967, na proporção de 62% para os materiais, 21% para a mão de obra e 17% para os encargos decorrentes das leis sociais (item 3.1.1.2.). A cláusula 4.^a estabelece que no julgamento serão apreciados os preços globais sujeitos a reajustamento (item 4.7.1) e o orçamento total do conjunto das obras (item 4.7.3), reservando à Prefeitura o direito de “aceitar a proposta que lhe parecer mais vantajosa” (item 4.8.1).

5. Por outro lado, a cláusula 3.^a exigiu dos proponentes a indicação do prazo de execução não superior a trezentos dias corridos (item 3.1.3). Não se especificou se esse prazo diz respeito a cada obra separadamente ou ao conjunto delas, de modo que, como se vê do “Quadro Geral das Propostas”, os proponentes se limitaram a indicar um prazo total, dentro do qual se obrigam a realizar todas as obras.

6. O critério adotado foi, portanto, o do menor preço global, admitido para a verificação deste o fator prazo de execução, porque se previu também o reajustamento em termos objetivos, facilmente calculável através das fórmulas indicadas no Decreto 3.634/67. Infere-se do exame dos dispositivos referidos nos itens 4 e 5 acima que, embora se trate de obras distintas, para as quais foram pedidos preços globais separados, a classificação deverá fazer-se de acordo com o preço total, isto é, a soma dos preços globais propostos para cada obra, porquanto não se previu a aceitação parcial de proposta (cf. item 4.8). Esse entendimento é confirmado pelo parecer DO 113.05.71, do Diretor do Departamento de Obras da Prefeitura, no sentido de serem as obras entregues a uma só firma, em razão da conexidade entre elas existente.

III — INSUFICIÊNCIA DE ELEMENTOS PARA O JULGAMENTO OBJETIVO DAS PROPOSTAS

7. De acordo com o edital, exigia-se, como parte integrante da proposta, a declaração de que o interessado se obrigava a

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 29-40, 1972

cumprir o cronograma (físico) de execução fornecido pela Prefeitura (item 3.1.4), exigência esta retirada posteriormente pelo “adendo” expedido no curso do prazo para apresentação de propostas, o qual revalidou a “observação” constante do item 9.1.3. Essa “observação” é de caráter específico pois se encontra no item que trata do esquema de pagamento para os pontilhões e se refere à elaboração, no prazo de cinco dias contados do recebimento da ordem inicial de execução, da “rede Pert-CPM e o respectivo cronograma integrado, com tantas atividades ou serviços que forem necessários para sua execução, observando-se o prazo de conclusão e o esquema de pagamento da cláusula 10.1.1”. Não conseguimos localizar no edital nem nos adendos às especificações a cláusula 10.1.1 ou mesmo a cláusula 10 (mencionada no item 9.7), tratando de prazos de conclusão e esquemas de pagamento, razão pela qual entendemos tratar-se de erro devido a uma provável mudança de texto e numeração das cláusulas.

De qualquer modo, o confronto da “observação” com a nova orientação do “adendo ao edital” leva-nos à conclusão de que o cronograma de qualquer daquelas obras — viaduto, galeria e pontilhões — deverá ser apresentado pelo vencedor da concorrência, para aprovação da Prefeitura, até cinco dias após o recebimento da ordem de início (uma só para todas), observado apenas o prazo final de conclusão (proposto pelo vencedor) e os esquemas de pagamentos constantes dos itens 9.1.1, 9.1.2 e 9.1.3.

8. O Decreto municipal que trata de revisão de preços, depois de esclarecer que o cálculo e o pagamento dos reajustamentos serão automáticos, manda que se observe para tal fim o procedimento descrito nos artigos 14 e 15. O parágrafo único do artigo 14 dispõe que a aplicação do reajustamento será feita para cada prestação, em consequência das variações verificadas no decorrer do período de execução dos serviços ou no de fornecimento abrangido pela prestação. Vale dizer, no caso de obra, o reajustamento será concedido em relação às alterações do custo da mão de obra, dos materiais e dos encargos decorrentes da legislação social verificados no período a que se refere o pagamento a ser realizado (prestação). É essencial, portanto, se conheça o valor da prestação inicialmente devida, a fim de que se possa calcular, a posteriori, o do reajustamento, segundo as fórmulas indicadas no artigo 15.

9. O mesmo Decreto, no seu artigo 11, determina também a fórmula para o cálculo do valor estimado dos reajustamentos

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 29-40, 1972

para fins de **empenho de verba**, com base na variação média dos "Índices Econômicos Nacionais de Preços" nos três meses imediatamente anteriores à época em que se faz a previsão. Essa é a fórmula a ser aplicada quando, como no caso em exame, precisa-se conhecer, **a priori**, o valor do reajustamento. Mas, nessa hipótese, é necessário se conheça também a época de conclusão de cada etapa, pelo menos em número de dias contados do início da execução, porque o artigo 14 manda que os cálculos se façam em relação a cada prestação e esta está vinculada à **conclusão de cada etapa**.

10. Ora, como já vimos no item 7, os únicos elementos com que conta a Comissão Julgadora para proceder ao cálculo do valor estimado dos reajustamentos são os constantes dos itens 9.1.1, 9.1.2 e 9.1.3 do edital, que fixam o esquema de pagamento percentual após a conclusão de cada etapa das obras do viaduto, da galeria e dos pontilhões, respectivamente, sendo de se observar que, quanto à galeria (item 9.1.2), o esquema é bastante impreciso. Com apenas esses elementos, uma vez que foi deixada para época posterior à da adjudicação a elaboração do cronograma físico das obras, é absolutamente **impossível** o cálculo daquele valor, salvo quanto aos 15% devidos após a conclusão final do viaduto e dos pontilhões, pois, para 85% (100% no caso da galeria) do valor total, a serem pagos mediante prestações proporcionais, vinculadas à conclusão **de cada etapa especificada no edital**, não existem dados suficientes para a sua localização no tempo, **por falta do cronograma prévio**. Assim sendo, não se poderá atender devidamente às regras do Decreto 3.634/67, **expressamente** indicado no edital como regulador do reajustamento.

IV — NULIDADE DO EDITAL

11. Na ausência de elementos suficientes, os técnicos consultados pela Comissão Julgadora procuraram estimar o valor dos reajustamentos com base na fórmula do artigo 11 do Decreto em questão, segundo critérios que não refletem a realidade. O primeiro considerou apenas o término final das obras e o segundo, mais preciso, teve presente também o aumento do salário mínimo, previsto para maio de 1972, e dividiu o pagamento em parcelas mensais iguais. Ambos chegaram à conclusão de que a proposta mais vantajosa é a da firma que pede o maior preço em números absolutos (ENGERAL), mas, em consequência da

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 29-40, 1972

inexistência de dados objetivos, entre o primeiro cálculo e o segundo, há uma diferença de Cr\$ 13.817,95 a favor da provável vencedora.

Na realização dos cálculos, os técnicos desatenderam ao disposto no artigo 14 do Decreto e não consideraram, por falta do cronograma, os itens 9.1.1, 9.1.2 e 9.1.3 do edital. E não consideraram também que a realidade somente poderá ser conhecida após a apresentação do cronograma por quem for, a final, julgado vencedor. É exatamente aí que se encontra a grande falha daqueles cálculos, pois, qualquer que seja a fórmula adotada, quaisquer que sejam os dados escolhidos, existirá sempre um **fator surpresa**, incontrolável pela Administração, **por ter sido deixado ao exclusivo critério do provável vencedor**.

12. Do exposto, conclui-se que o edital é nulo por infração ao inciso VII do artigo 34 da Lei 10.395/70, uma vez que, tendo o seu "adendo" deixado ao vencedor a elaboração do cronograma das obras, **subtraiu ao conhecimento da Comissão Julgadora elemento essencial para a verificação da proposta mais vantajosa**, segundo o critério de julgamento originalmente fixado e não alterado pelo referido "adendo".

13. Tendo o Consulente indagado de modo genérico sobre a nulidade ou validade da concorrência, permitimo-nos examinar todo o procedimento, encontrando realmente falhas insanáveis que veremos nos itens seguintes.

V — INEXISTÊNCIA DE CONVOCAÇÃO

14. A concorrência é modalidade de licitação prevista para contratações de grande vulto. Caracteriza-se por admitir a participação de **quaisquer licitantes** que atendam às condições estabelecidas no edital quanto à capacidade técnica e à idoneidade financeira. Daí a exigência legal de ampla divulgação, cujo mínimo é a publicação do edital resumido, por três dias consecutivos, em órgão oficial (do Estado ou do Município) e, por uma vez pelo menos, em jornal diário da Capital do Estado ou do Município, **para convocação dos interessados**. O desatendimento dessas regras, estabelecidas no inciso III do artigo 21 e no § 3.º do artigo 34 da Lei estadual 10.395/70, importa nulidade absoluta por falta de requisito essencial.

15. Observamos que no caso em exame o **resumo do edital da concorrência** não foi publicado por três dias consecutivos

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 29-40, 1972

no órgão oficial e nenhuma vez em jornal diário. De fato, encontramos o comprovante da publicação, em 15 de agosto de 1971, em *O Repórter* que, segundo consta, é o órgão oficial do Município de Santo André, e de duas outras publicações, datadas respectivamente de 21 e 22 daquele mesmo mes, no Diário Oficial do Estado. Além de ter sido quebrada a sucessividade prescrita na Lei, as publicações no Diário Oficial mencionam TOMADA DE PREÇOS.

O simples fato de referir-se a "tomada de preços" e não a CONCORRÊNCIA, sem qualquer outro esclarecimento, desnatura a publicação do resumo do edital, pois o campo abrangido por aquela modalidade de licitação é restrito aos **previamente cadastrados** e só é admitida para contratações de valor relativamente pequeno, pelo que não desperta a atenção de firmas de alta capacidade técnica e elevado índice de idoneidade financeira. Diante disso, não houve convocação legal dos interessados.

VI — DISCRIMINAÇÃO ENTRE LICITANTES

16. Da concorrência, repetimos, podem participar **quaisquer licitantes** que, possuindo capacidade jurídica, satisfaçam às condições de capacidade técnica e idoneidade financeira pedidas no edital. Nesse mesmo sentido é o pensamento de MARCELLO DA SILVA que, discorrendo sobre o princípio da igualdade entre os licitantes, escreve:

"A licitação é um meio de seleção da **melhor proposta** para a Administração, dentre as várias apresentadas pelos proponentes que atenderam ao chamamento. Visa, portanto, à proposta e não à pessoa do proponente, mas é óbvio que a Administração só deve admitir como candidato ao futuro contrato o **proponente** idoneo, isto é, aquele que possua **capacidade para contratar, capacidade para realizar o objeto da licitação e capacidade financeira**, de acordo com os requisitos mínimos fixados no edital ou no convite, tendo em vista a complexidade técnica e o vulto do objeto da licitação. Salvo estas, não é lícito à Administração estabelecer quaisquer outras condições que importem favorecimento para algum licitante, como, por exemplo, a exigência de domicílio no local da licitação, ou transformem o procedimento em mera formalidade para mascarar a entrega de seu objeto a lici-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 29-40, 1972

tante certo e conhecido" (ANTONIO MARCELLO DA SILVA. "Modalidades de Licitação", in *Estudos Sobre a Lei Paulista 10.395/70*, ed. CEDRO, 1971).

Acrescentamos que também constitui discriminação a obrigatoriedade do prévio registro cadastral ou da inscrição em qualquer outro órgão que não os apontados pela Lei, para comprovar a capacidade técnica. É o que, infelizmente, ocorre no edital 119/70 que impõe, como condição essencial para a participação na concorrência: a) prova de inscrição no Serviço de Engenharia da Caixa Econômica do Estado de São Paulo (item 2.1); b) certidão de registro na Secretaria de Obras e Serviços Municipais da Prefeitura de Santo André (item 2.2); c) prova de habilitação junto ao CREA da 6.^a Região (item 2.7).

Essas exigências restritivas são ilegais porque limitam a universalidade da concorrência (art. 21, III, da Lei 10.395/70 e art. 127, § 1.º, do Decreto-lei 200/67).

VII — INCLUSÃO DE REQUISITOS PARA A HABILITAÇÃO COMO FATORES DE JULGAMENTO

17. A comprovação da capacidade técnica e da idoneidade financeira é própria da fase de habilitação, em que se verifica se o proponente possui os requisitos pedidos no edital, para participar da concorrência. Encerrada essa fase, estão todos os proponentes **habilitados** em pé de igualdade para o julgamento, no qual não mais poderão ser considerados aqueles requisitos.

18. No presente caso o edital pede comprovação dos requisitos de **capacidade técnica e idoneidade financeira** para a **habilitação dos concorrentes** e o faz corretamente, mas logo adiante indica esses mesmos requisitos como **fatores para o julgamento das propostas** (item 4.7.2), o que representa uma duplicação ilegal do exame da capacidade técnica e da idoneidade financeira, próprio da fase da habilitação, mas impróprio da fase de julgamento das propostas. O exame (ou reexame) da capacidade técnica e da idoneidade financeira na fase de **julgamento das propostas** torna nula a licitação, como já decidiu o Egrégio Tribunal de Alcada Civil de São Paulo (Rev. Tribs. 236/429), mesmo porque as fases do procedimento licitatório são preclusivas no âmbito administrativo (TASP, Rev. Tribs. 320/472). Nesse mesmo sentido já decidiu, também, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao confirmar, em parte, segurança impetrada por concorrente

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 29-40, 1972

desclassificado com base em reexame dos requisitos exigidos para a habilitação, e mandar que fôsse admitido ao julgamento da concorrência, por entender que: "Na concorrência pública a idoneidade dos concorrentes deverá ser apreciada e decidida, necessariamente antes de abertas as propostas, não se admitindo a recusa de concorrente sob pretexto de inidoneidade, depois de conhecidas as ofertas" (TJSP, Agravo de Petição 179.883, Relator Des. RODRIGUES DE ALCKMIN).

VIII — OUTRAS IRREGULARIDADES

19. Outra irregularidade sumamente grave se verificou na modificação de cláusulas essenciais do edital, como as que exigiam o cumprimento do cronograma fornecido pela Prefeitura (3.1.4) e a presença, durante toda a jornada de trabalho, do engenheiro responsável pela obra (7.3.1), mediante simples comunicação direta aos interessados, sem que se reabrisse o prazo de convocação e se republicasse o resumo do edital. Este pode ser corrigido a qualquer tempo de defeitos formais ou materiais, mas toda alteração fundamental, como as referidas, exige nova publicação e devolução do prazo para apresentação de propostas. E assim é porque a modificação sem divulgação frustra a publicidade do edital, imposta por Lei e, havendo nova publicação, deve haver novo prazo para apresentação de propostas.

20. Além disso, o edital exigiu documentação contra expressa proibição legal. Realmente, o Decreto-lei 200/67 no seu artigo 131, proíbe que se peça aos interessados na licitação quaisquer documentos que não os relativos à personalidade jurídica, à capacidade técnica e à idoneidade financeira. Com isso, revogou ou tornou ineficazes todas as leis, decretos, portarias e resoluções que dispunham sobre a apresentação de comprovantes de pagamento de impostos federais, estaduais ou municipais, como condição para participar de licitação. Destarte, a relação do artigo 24 e seus parágrafos, da Lei estadual, é exaustiva, não se admitindo qualquer acréscimo, como ocorreu no caso em exame. Essa irregularidade, entretanto, está ultrapassada, pois não houve recurso ou qualquer outra medida visando compelir a Administração a admitir interessados que não quisessem ou não pudessem satisfazer as exigências ilegais constantes de vários itens do edital. Isso porque os interessados se conformaram com elas. Tanto se conformaram que um deles — a "C.B.S.A." — foi desqualificado, sem qualquer protesto, por não ter apresentado prova de quitação do imposto sindical de seu responsável técnico!

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 29-40, 1972

IX — RESPOSTAS AOS QUESITOS

21. Examinados os documentos que nos foram apresentados, confrontada a legislação e a doutrina aplicáveis, passamos a responder sinteticamente aos quesitos, nos seguintes termos:

Ao 1.º quesito

Sim. É admissível e mesmo aconselhável a consideração do prazo de execução para a verificação do preço, quando expressamente previsto o reajustamento, ainda que seu valor somente possa ser obtido por estimativa. O essencial é que o prazo de execução tenha sido pedido ou admitido no edital e que este dê ao julgador elementos objetivos para o cálculo do valor estimado do reajustamento.

Ao 2.º quesito

O critério de julgamento fixado no edital 119/70 foi o do menor preço global, como tal entendido o resultado da soma do preço global absoluto, pedido pelo proponente, com o valor do reajustamento estimado em razão do prazo de execução de cada etapa, nos termos do Decreto municipal 3.634/67.

Ao 3.º quesito

Não existem elementos suficientes para selecionar a proposta mais vantajosa porque o reajustamento deve incidir sobre as prestações; estas estão relacionadas com a execução das etapas que, por sua vez, depende de futuro cronograma a ser apresentado pelo vencedor da licitação. Sem cronograma de execução não é possível saber-se qual o preço em que ficarão as obras, uma vez que sujeita-se a reajustamentos a estes dependem do tempo de conclusão das etapas.

Ao 4.º quesito

A concorrência é nula não só porque, com a modificação do edital, foi subtraído ao conhecimento da Comissão Julgadora elemento essencial para a aferição da proposta mais vantajosa, de acordo com o critério de julgamento estabelecido, como, ainda, pelos seguintes motivos:

- a) não houve convocação legal para a concorrência;

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 29-40, 1972

- h) o edital foi alterado em pontos essenciais, no curso do prazo para apresentação de propostas, sem publicação e sem devolução do prazo;
- c) violou-se o princípio da igualdade entre licitantes por exigir o edital o registro prévio no Serviço de Engenharia da Caixa Econômica do Estado de São Paulo e na Secretaria de Obras e Serviços Municipais da Prefeitura de Santo André; por só admitir a prova de habilitação perante o CREA da 6.^a Região;
- d) confundiu-se, no procedimento da concorrência, a fase da habilitação dos proponentes com a do julgamento das propostas, pela inclusão de requisitos de habilitação como fatores de julgamento

São Paulo, 12 de outubro de 1971.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 29-40, 1972

O ADVOGADO EM ROMA

Vicente Sobrino Pôrto (*)

O assunto de nossa aula será O ADVOGADO EM ROMA, que servirá de pretexto para tecermos algumas considerações sobre o JURISCONSULTO e o PROCESSO FORMULÁRIO ROMANO.

O advogado e o jurisconsulto, em Roma, muitas vezes não eram a mesma pessoa. Frequentemente se encontrava o jurisconsulto que jamais tinha sido advogado e advogados havia que nunca foram jurisconsultos. Via de regra, o jurisprudente era o homem de ciência, afeito à matéria de direito, e o advogado, o homem da palavra, precípua expositor da questão de fato. Personagens distintos, constituíram, ambos, figuras indispensáveis num cenário em que a lei impregnou, por bem dizer, todo o ambiente.

Para pontualizarmos a atuação do jurisprudente, vejamos, em primeiro lugar, o que as fontes dizem da jurisprudência. As "Institutas" de Justiniano a definem como a "divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia" (Inst. 1.1 1), o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do justo e do injusto. Este texto de Ulpiano, que se encontra também no Digesto (1, 1, 10, 2), deixando transparecer a influência de pitagóricos e estóicos, repousa na distinção grega entre "sapientia" e "prudentia", distinção que Cícero estabeleceu no "De Officiis" (1, 43), assinalando que a "sapientia" é a ciência das coisas divinas e humanas, na qual se compreende a comuni-

(*) Professor Titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 41-60, 1972

dade dos deuses e dos homens, bem como a sociedade dos mesmos homens entre si; enquanto que a "prudentia" é a ciência das coisas que se devem procurar ou evitar.

Toda vez que da "sapientia" se extraíam leis objetivas ou regras de conduta que norteiem e dirijam a vida em comum, passa-se à "prudentia". Ulpiano, transportando essas noções para o terreno jurídico, pretendeu dizer que, para alcançar a ciência do justo e do injusto, se tornava necessário um conhecimento prévio das coisas divinas e humanas. Assim, se a "sapientia iuris" era o conhecimento do "ius divinum" e do "ius humanum" e a "prudentia iuris", o conhecimento das coisas boas que se devem realizar, e das coisas más das quais se deve fugir, identificadas as coisas boas com o "iustum" e as más com o "iniustum", a "sapientia iuris", através da "prudentia iuris" (iuris prudentia), engendraria, sem dúvida, a "scientia iusti atque iniusti". Desta forma, a "iurisprudentia" era, ao mesmo tempo, ciência e arte.

Pois bem, o jurisconsulto era o detentor dessa ciência e dessa arte; e, por isso mesmo, ninguém melhor do que ele para emitir pareceres, em resposta às consultas que, sobre Direito, lhe eram, dirigidas — RESPONDĒRE; ou para elaborar verdadeiros esquemas de negócios jurídicos, destinados a regular o interesse das partes, ou atingir certos resultados práticos desejados — CAVERE. O jurisconsulto poderia ainda, mas apenas em casos excepcionais, defender os litigantes frente ao juiz ÁGERE. Neste último aspecto, de certo modo, ingressava na seara do advogado.

Diferente era o mister do advogado, "advocatus". Chamado igualmente "togatus", em virtude da vestimenta, ou de "patronus", se procurado pela sua situação social, ou "orator", quando escolhido por suas qualidades oratórias, o advogado era a pessoa chamada a assistir aos litigantes, com a sua presença e prestígio, seus conselhos, conhecimentos e eloquência, acompanhando-os no processo, especialmente, no momento de debater-se a causa frente à autoridade encarregada de proferir a sentença.

O que asseveramos não constitui uma definição. Traduz, entretanto, uma realidade histórica, delimitada espacial e temporalmente.

O jurisconsulto era, pois, o homem de ciência; enquanto o advogado, o companheiro de batalha.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 41-60, 1972

No que concerne ao processo, assinalemos que ele teve em Roma três épocas: a das "legis actiones", a formular e a da "extraordinaria cognitio". A primeira e a segunda desenvolviam-se em duas fases: a que se verificava diante do magistrado, denominada "in iure"; e a que se desenrolava frente ao juiz, "apud iudicem". A terceira época, a da "extraordinaria cognitio", excepcional quanto ao rito ordinário, já que fugia ao "ordo iudiciorum privatorum", caracterizava-se pelo fato do processo completar-se diante do juiz, que passa a ser um verdadeiro funcionário público, órgão da administração, e que levava, normalmente, a causa do início até o fim.

Os três sistemas processuais acompanharam, como assinala SILVIO MEIRA, no seu livro "Processo Civil Romano", a evolução de Roma, durante as suas três fases históricas: a Realeza, a República e o Império. As "legis actiones" vigoraram possivelmente desde o tempo da Realeza até o sétimo século da Fundação, isto é, até o fim da República. No primeiro século, passou a ter vigência o processo "per formulas", que foi utilizado durante o Principado, os três primeiros séculos da era cristã. O processo extraordinário estendeu-se pelo Dominato, a partir do terceiro século D. C., até Justiniano.

Como acentua ainda SÍLVIO MEIRA, os dois primeiros sistemas processuais constituíam-se em misto de justiça aplicada pelo Estado e justiça arbitral; o terceiro, caracterizava-se pela organização judiciária puramente estatal.

O processo formulário — apenas, o que nos vai interessar na aula de hoje —, foi introduzido pela Lei Ebúcia, aparecida entre 149 e 126 A.C., e se caracterizava pelo emprego da FÓRMULA, expressão que pode significar duas coisas ligeiramente diferentes:

A fórmula era um pequeno documento redigido diante do magistrado (pretors, edis curuis, governadores de província ou questores), pelos próprios litigantes — "partes", "adversarii" — em colaboração com aquela mesma autoridade, com o escopo de fixar o objeto da demanda e de delimitar a atividade do juiz, que ia decidir a questão.

Poder-se-ia, também, entender a palavra Fórmula, como o texto preparado pelo pretor e publicado em seu edito, com a finalidade de enfeixar, partindo de uma hipótese arbitrariamente escolhida, tudo aquilo que poderia ocorrer em uma certa cate-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 41-60, 1972

goria abstrata de litígio; servindo, assim, de modelo quando surgisse o caso concreto e os "adversarii" iniciassem a questão, diante do magistrado.

De fato, os pretores costumavam publicar, ao assumirem o cargo, uma espécie de programa em que comunicavam ao povo as normas a serem seguidas na sua administração. A princípio esses programas expunham-se oralmente, perante uma assembléia popular (contio), e, por isso, se chamavam editos (edicta, de "edicere, dizer em voz alta"); em breve, porém, passaram a ser escritos em tábuas de madeira revestidas de gesso que, por causa da brancura deste, se chamava ALBUM, expressão que, por metonímia, também designava o conjunto das disposições contidas nas tábuas.

Mais tecnicamente talvez se pudesse asseverar que a palavra FÓRMULA significou nas fontes o citado modelo abstrato contido no Edito; e IUDICIUM, a fórmula concreta e definitiva, acomodada ao caso em debate; conseqüentemente, a expressão DARE IUDICIUM significaria que o pretor havia emitido e concedido a Fórmula concreta e definitiva à qual se sujeitaria a atividade do juiz.

Interessa-nos, somente, tomar a expressão FÓRMULA naquele sentido que se apresentou em primeiro lugar, de um breve escrito que iria servir de guia ao juiz; no sentido, portanto, de IUDICIUM.

Este escrito, além da nomeação da autoridade que vai julgar, possuía ordinariamente 4 partes: a INTENTIO, a mais importante, porque continha a pretensão do demandante (intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit); a DEMONSTRATIO, onde se enunciava a causa da ação ou, pelo menos, o quadro no qual a pretensão sumariamente indicada na INTENTIO deveria estar compreendida (demonstratio est ea pars formulae quae principio ideo inseritur, ut demonstretur res de qua agitur). A terceira parte seria a CONDEMNATIO, cláusula que atribuía ao juiz o poder de condenar ou absolver (condemnatio est ea pars formulae, quae iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur). Finalmente, a ADIUDICATIO, mas somente nas fórmulas das ações divisórias, ou nas que se atribui ao juiz a faculdade de adjudicar a coisa comum ou parte dela a um dos co-herdeiros ou co-proprietários (adiudicatio est ea pars formulae, quae permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adjudicare: veluti si inter coheredes familiae erciscundae agatur, aut inter socios communi dividundo, aut inter vicinos, finium re-gundorum).

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 41-60, 1972

Suponhamos que surgisse, ao tempo do processo formular, certa discussão sobre uma compra e venda.

Como sabem, a compra e venda, a EMPTIO VENDITIO romana era um contrato consensual, de boa-fé, bilateral, perfeito e a título oneroso, pelo qual uma pessoa — vendedor — se obrigava a transferir para outra — comprador — a posse pacífica e definitiva de uma coisa ou de um direito, mediante uma determinada quantia de dinheiro, que constituía o preço.

Difere, pois, a EMPTIO VENDITIO romana da compra e venda brasileira. Enquanto, em Roma, o vendedor se obrigava a transferir a posse pacífica e definitiva; entre nós, pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir ao outro domínio de certa coisa (art. 1.122 do Cód. Civ. Bras.)

Alguém que chamaremos — usando a expressão exemplificativa — das "Institutas" de Caio — de AULO AGÉRIO, convencionou vender a outrem, NUMÉRIO NEGÍDIO, um escravo pelo preço de dez mil sestércios, moeda de prata usada pelos romanos, desde 268 A. C., quando foi introduzida.

AULO AGÉRIO, nos modelos das fórmulas preparadas pelo pretor, é o nome daquele que AGIT (do verbo ágere), do demandante, do autor; NUMÉRIO NEGÍDIO, daquele que NEGAT (do verbo negare), do demandado, do réu, diríamos hoje em dia.

Para que se possa ter uma idéia aproximada do preço a pagar por aquele escravo, objeto do contrato de compra e venda aludido, tomando-se o valor da moeda ao tempo de Augusto, há que fazer-se o seguinte cálculo: mil sestércios equivaliam aproximadamente a 9 libras; e a libra oscila pela casa dos Cr\$ 12,00; —conseqüentemente, dez mil sestércios seriam 90 libras; portanto, Cr\$ 1.080,00.

Um bom preço, sem dúvida!

No caso que estamos apresentando, feita por AULO AGÉRIO a entrega do escravo, o comprador, NUMÉRIO NEGÍDIO, não efetivou o pagamento do preço.

Que providências tomaria o vendedor? Como agiria? Que poderia ocorrer?

Hoje em dia, em hipótese semelhante, substituído o objeto da venda, por não mais haver escravidão, a providência imediata que poderia tomar o vendedor iludido seria a de procurar um advogado para a defesa e seus direitos. O causídico moderno teria a seu cargo redigir uma petição escrita, onde, delimitando os

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 41-60, 1972

termos da ação a iniciar-se, indicará o juiz a quem é dirigida; qualificará Autor e Réu, mencionará o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; os meios de prova; o requerimento para a citação do Réu; e o valor da causa — acompanhando, depois, o advogado a ação em todos os seus momentos, até o final.

Vejam os que aconteceria em Roma.

AULO AGÉRIO, o vendedor iludido, procederia bem diversamente. Dirigir-se-ia, desde logo, a um jurisconsulto para que este lhe subministrasse os fundamentos jurídicos que alicerçariam a demanda e lhe fornecesse a minuta da fórmula a ser apresentada ao pretor, na fase "IN IURE". Em seguida, por ser indispensável a presença de ambas as partes em juízo, concitaria NUMÉRIO NEGÍDIO a que comparecesse frente àquele magistrado, era a IN IUS VOCATIO.

Evidentemente, o nosso Demandante também indicaria a NUMÉRIO NEGÍDIO a natureza da ação que iria intentar contra ele, entregando-lhe uma nota escrita, com a súmula da mesma, ou ditando o seu conteúdo. Se o preferisse, poderia mesmo fornecer ao Réu uma cópia da minuta da fórmula a ser apresentada ao magistrado, ou limitar-se, somente, a assinalar o modelo que figurava no edito. Tal notificação extrajudicial recebeu o nome genérico de EDITIO ACTIONIS.

Aliás, a necessidade do chamamento a juízo era de tal monta, que a famosa Lei das XII Tábuas, Lex Duodecim Tabularum, já em 449 A. C., determinava: "si in ius vocat (ito), ni it, antestamino: igitur em capito."

Pelo texto que acabamos de citar, percebe-se que o autor primeiramente através de um convite, concitava o Réu a que viesse até o magistrado. Se, entretanto, o Demandado fosse recalcitrante e não atendesse ao chamamento — NI IT, o Demandante poderia, na presença de testemunhas, ANTESTAMINO, recorrer até ao emprego da força, IGITUR EM CAPITO.

E tanta importância dava a Lei Decenviral à citação do Réu que chegou mesmo a determinar que SI MORBUS AEVITASVE VITIUM ESCIT, ESCIT, (QUI IN IUS VOCABIT) IUMENTUM DATO, ou seja, se a moléstia ou a velhice não possibilitassem a alguém o comparecimento frente ao magistrado, dever-se-lhe-ia oferecer a condução, que, naquela época, era o jumento, IUMENTUM DATO.

Mas, voltemos ao caso.

No dia determinado, que deveria ter sido escolhido dentre os DIES FASTI, aptos para a atividade processual jurisdicio-

nal, portanto, nunca em ocasião de colheitas, ou tempo de vindimar, ou mesmo da realização de jogos públicos, compareceriam AULO AGÉRIO e NUMÉRIO NEGÍDIO a uma parte do Foro, na qual se encontrava o magistrado, para a distribuição da justiça, sentado na sua SELLA CURULIS, colocada sobre um estrado elevado, em forma quadrangular ou semicircular, denominado TRIBUNAL ou TRIBUNALE.

Chegado o turno de nossos ADVERSARI, AULO AGÉRIO apresentaria, desde logo, ao pretor a minuta da fórmula que trazia, passando a seguir, à exposição oral do sucedido. Quando terminasse, falaria NUMÉRIO NEGÍDIO, apresentando as suas razões para que o magistrado pudesse pesar bem os argumentos aduzidos pelos dois litigantes e assim aquilatar da procedência ou improcedência do projeto da fórmula que lhe fora entregue.

Em verdade o Demandado poderia aceitar, desde logo, o projeto tal como o apresentou o Demandante, sem propor modificação alguma de conteúdo, talvez por acreditar que, na segunda fase do processo, diante do juiz, lhe seria possível apresentar os meios de prova, suficientes para atacar, em sua base, a pretensão aduzida pelo Autor. Assim procedendo, se limitaria a negar o direito de seu adversário, aceitando, entretanto, a minuta da fórmula apresentada por ele.

Mas era possível, também, que o Réu preferisse opor-se à minuta, solicitando do pretor a inclusão de certas circunstâncias dentro dela, para que, posteriormente, o Iudex as levasse em conta, quando do julgamento do litígio.

De um modo geral, o pretor, na ocasião em que examinava os esboços de fórmulas, encontrava-se em uma das duas situações seguintes: a minuta apresentada adaptava-se ou não ao modelo previsto no Album. Na primeira hipótese, o magistrado conheceria o direito aplicável à espécie, e, valendo-se da mesma minuta recebida, chegaria, por si, à redação definitiva da fórmula. Não necessitava, portanto, do auxílio de um jurisconsulto. Entretanto, se o projeto que lhe fora entregue não condizia com a realidade do caso, por terem surgido elementos novos e imprevisíveis, o magistrado ver-se-ia na contingência de redigir uma fórmula que contivesse, exatamente, o resultado dos debates entre os litigantes. Neste mister, o pretor, muitas vezes, não poderia prescindir da ciência do jurista.

No nosso caso, que é simples, cabia o projeto levado por AULO AGÉRIO. Assim, teriam sido mínimas as modificações introduzidas pelo pretor, que pôde dar, sem dificuldade, redação

final ao documento, emitindo, mediante um **DECRETUM**, o texto definitivo do mesmo e exarando, igualmente, a ordem para que o Iudex escolhido conhecesse do fato e o julgasse.

Pronta a fórmula, e comprometidas as partes, de modo expresso, a acatar o resultado do litígio, terminava a primeira fase do processo. Chegamos, assim, sem maiores entraves, ao que as fontes denominam **LITIS CONTESTATIO**.

No antigo processo das Ações da Lei, a **LITIS CONTESTATIO** tinha como função precípua fixar, com precisão, os termos do litígio, diante das testemunhas adredemente convocadas pelas partes; testemunhas estas que, a seguir, iriam depor diante do juiz sobre o que haviam presenciado, e asseverar que os **ADVERSARI** se puseram de acordo no tocante a submeter-se à decisão da autoridade judicativa.

Compreende-se, desde logo, que, no processo formular, já que os termos do litígio ficavam perfeitamente expresso na fórmula, iria prescindir-se das testemunhas, para aquele fim, ainda que o ato seguisse com a mesma denominação de **LITIS CONTESTATIO**. Entretanto, adquire relevo especial a segunda missão, qual a de traduzir um acordo das partes, no sentido da submissão à sentença do juiz, sobre a questão litigiosa a ser proferida, exatamente como ficou decretado na fórmula. Esta é a razão que leva Wlassak a afirmar que a **litis contestatio** é um contrato entre as partes e que a fórmula — o **indicium** não é outra coisa senão o texto em que o contrato se estereotipa. Tal é, hoje, a doutrina que predomina, estando, pois, superada a idéia de Keller que via, na “**litis contestatio**”, na fase estudada, apenas “um momento final ideal” do processo ante o magistrado.

Inicia-se então, a segunda fase do processo, “**apud iudicem**”.

AULO AGÉRIO e **NUMÉRIO NEGÍDIO** compareceriam, no dia determinado, diante do juiz e fariam a entrega da Fórmula, ou do **Iudicium**, se quisermos ser mais técnicos.

O Iudex descerrava as tabuinhas revestidas de cera, onde estava inscrito o texto íntegro da Fórmula e principiava a leitura:

Titius iudex esto: quod Aulus Agerius Numerio Negidio...

Digamo-lo em português:

Tício, sê juiz. Posto que Aulo Agério vendeu a Numério Negídio um escravo, na causa de que se trata; se pare-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 41-60, 1972

cer que Numério Negídio deve dar 10 mil sestércios a Aulo Agério, juiz, condena Numério Negídio a pagar 10 mil sestércios a Aulo Agério; se não parecer, absolve.

Na época que analisamos não se exigia que o juiz fosse um especialista. Eram particulares escolhidos de comum acordo pelas partes. Quando houvesse divergência entre demandante e demandado, sobre a eleição do Iudex, recorreriam eles, depois de certo tempo, a uma lista **ALBUM IUDICIUM** — contendo o nome de indivíduos de elevada condição social que, sendo necessário, poderiam figurar como juizes.

Via de regra, os conhecimentos do Iudex, em matéria de Direito, não iam além daquelas noções comuns e básicas, sabidas por qualquer homem medianamente dotado. Por isso mesmo, o juiz, se o quisesse, poderia valer-se, também, do auxílio de um jurisconsulto, ou até tomá-lo como assessor. Porém, sempre poderia dispensar essa ajuda de vez que, como Iudex, a sua situação se limitava, somente, a condenar ou absolver em face das provas aduzidas: **SI PARET... CONDEMNA, SI NON PARET, ABSOLVE**, como determinava o pretor.

Lida a fórmula, o juiz passava a ouvir as razões de demandante e demandado. Neste momento é que entram propriamente em função os **ADVOCATI**. Em verdade, eles já vinham acompanhando as partes, desde quando o processo se desenrolava *In Iure*, e puderam prestar talvez algum apoio; mas é agora, **APUD IUDICEM**, que desempenharão papel preponderante: falarão pelos **ADVERSARI** diante da autoridade judicativa.

Em princípio, não havia limite de tempo para a duração dos discursos; mas a **LEX IULIA DE IUDICIIS PRIVATIS** parece haver disposto a duração máxima de uma hora. Em qualquer caso, porém, os juizes poderiam intervir, determinando que os advogados abreviassem a sua oratória; e, por outra parte, sempre que fosse necessário para um melhor entendimento do assunto, os **IUDICES** dilatavam o prazo de uma hora fixado por lei.

Ao tempo que estamos mencionando, as horas já eram marcadas pelas clepsidras, **horologia ex aqua**, que apareceram, em Roma, por volta de 159 anos A. C.

Os relógios de água eram fabricados de acordo com o relógio de sol. As marcas que traziam, na parte exterior, e que assi-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 41-60, 1972

nalavam as horas, quando o nível de água as atingia, eram feitas em consonância com as sombras projetadas pelo gnômon do quadrante solar (meu: Relógios discordantes).

Vale aqui recordar um Epigrama de Marcial sobre um tal Ceciliano, homem atrabiliário que costumava falar exageradamente durante o processo.

"Ó ceciliano, tu solicitaste, aos berros (*magna tibi voce penti*), 7 clepsidras para apresentar os teus argumentos e elas te foram concedidas, ainda que com má vontade, pelo juiz. Como durante o pleito falas e bebes exageradamente, aconselho-te, para que sacies sede e voz, bebe de uma vez a clepsidra (*iam de clepsydra, caeciliane, bibas*)."

Mas, voltemos ao nosso caso.

Narrando os fatos — primeiro o patrono do Autor; depois, o do Réu —, fundamentando-os juridicamente (sempre que tivessem cultura para tanto), remontando-lhes às origens, aos motivos determinantes, as circunstâncias de que se revestiam, valendo-se de todos os meios que o talento oratório sugerisse, e de toda espécie de prova que o caso admitisse e comportasse, os advogados tinham, no instante psicológico da sentença, influência decisiva, mormente quando a teoria das provas era muito menos importante em Roma do que, hoje, em nosso Direito; e, por isso, se apresentava mais como um estratagema de orador, do que como meio de que se valia o jurista para a sustentação de uma tese.

Aliás, a arte da acusação e da defesa, diante dos tribunais romanos, não exigia, como já se assinalou, apurada cultura jurídica; mas, sim, o seguro domínio da eloquência. Daí o cuidado com que os *ADVOCATI* se dedicavam à retórica. Pode mesmo asseverar-se que, se os advogados estudavam a ciência do Direito, o faziam para servir-se dela especialmente como um recurso auxiliar e complementário da oratória.

Assim sendo, poderiam os advogados chegar a convencer o juiz a decidir contrariamente à opinião dos jurisconsultos por ventura consultados.

Muito curioso é o assinalar-se que o "*Iudex Romanus*" não era obrigado a decidir. Enquanto no Direito Brasileiro o juiz não poderá, sob pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, eximir-se de proferir sentenças, em Roma acontecia diferentemente. Se para o juiz a prova era incompleta, de tal sorte que a sua consciência não lhe permitia nem condenar, nem absolver, poderia ele, sem dificuldades ou entraves, prestar o juramento *IU-*

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 41-60, 1972

RARE SIBI NON LIQUÉRE, diante do tribunal do magistrado, alegando não ter podido formar uma opinião sobre o litígio.

Sobre esse assunto é curioso o seguinte trecho das *Noites Aticas*.

Conta-nos *AULO CÉLIO* que um jovem juiz, em certo momento de sua incipiente carreira, encontrou-se diante deste sério dilema: julgar um litígio de acordo com a sua convicção íntima, mas contra a evidência da causa; ou fazer, exatamente, o contrário.

A história foi a seguinte: um homem reclamava uma soma em dinheiro, que havia emprestado a outrem. Para demonstrar o fato, apoiava-se em dados extremamente frágeis; não apresentando, nem escritos, nem testemunhas. Era, entretanto, pessoa de alto valor moral e de irrepreensível vida pública e particular.

O outro, o devedor, era justamente o oposto: indivíduo sabidamente sem fortuna e sem escrúpulos, acostumado à fraude e à mentira.

Apoiado por seus defensores, o devedor insolvente insistia em exigir que se comprovasse o débito diante do tribunal, quer pela exibição dos livros contábeis, quer pela apresentação de confissão da dívida ou, também, pela intervenção de testemunhas. Se isso não ocoresse, acrescentava, deveria ser absolvido, por falta de provas, e condenado o suposto credor, por difamação.

O nosso juiz ficou perplexo, diante do quadro que se lhe apresentava. Sem coragem para tomar uma decisão, adiou o julgamento, para aconselhar-se com amigos mais experimentados.

Ouviu, primeiramente, alguns advogados. Todos eles foram unânimes em dizer-lhe que julgasse a favor do Réu, pois o Autor não comprovou a alegação. O magistrado, porém, sentiu que não poderia tomar esse caminho, sobretudo porque se lhe assomavam à mente as figuras do honesto credor e do lascivo devedor.

Resolveu, assim, procurar o seu velho mestre, *FAVORINO*, que, no momento, andava por Roma, divulgando as idéias sofisticadas, hauridas na Grécia, sua terra natal.

O filósofo, antes de responder-lhe, suscitou o seguinte problema: um juiz, por circunstâncias especialíssimas, tomou previamente conhecimento de um assunto que, mais tarde, foi submetido ao seu julgamento. Por incrível que pudesse parecer, as provas aduzidas levariam a uma decisão contrária àquela que o julgador sabia que era a única verdadeira. Como agir? De acordo com o que sabia da causa, antes que ela chegasse ao tribunal ou ater-se ao comprovado, embora tendo a certeza de que não traduzia a realidade?

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 41-60, 1972

Deixada a indagação, para que nela meditasse o seu interlocutor, FAVORINO, resolveu responder à consulta que lhe fora feita, recomendando se tomasse por base o conselho do sábio CATAO: nos feitos em que as partes não conseguiram produzir provas de espécie alguma, o julgamento deverá favorecer aquele que goza de melhor reputação. Se ambos são iguais, em honestidade ou desonestidade, a sentença beneficiará o que tiver proposto a ação.

Partindo desse raciocínio, recomendou o filósofo que se desse ganho de causa ao credor, que era, justamente, a pessoa que oferecia maiores garantias morais, no caso.

Mais uma vez faltou a coragem ao nosso juiz. Ao invés de proferir a sentença, declarou, sob juramento, que a causa não estava suficientemente clara para ele. Assim, eximiu-se de decidir.

Tal atitude era permitida na velha Roma; mas lá, também, se punia o juiz que, dolosamente, ditasse sentença, fraudando a lei.

Teria tido o jovem magistrado receio de que o julgassem prevaricando, se sentenciasse em benefício do Autor?

No caso do exemplo, admitamos que Numério Negídio tenha sido condenado, para que triunfe a ciência do jurisconsulto, mantendo a verdade jurídica; tornando-se vencedora a palavra do advogado, que sustentou a verdade dos fatos.

Deixemos de lado o jurisconsulto. Detenhamo-nos no advogado. Falemos de seus honorários e de sua profissão e finalizemos este nosso estudo reproduzindo uma constituição do ano 469 D. C., que se encontra no "Codex Iustinianus."

Em Roma, de início, o exercício da advocacia foi gratuito. A grande compensação que o causídico buscava era a consideração pública, o renome, o acatamento, que se traduziam em uma série de privilégios que o colocavam em situação invejável. Em verdade, a advocacia era a única profissão civil, pela qual os homens de origem humilde podiam chegar, à força do talento e graças aos favores da sorte, a escalar um posto na primeira classe da sociedade. Assim, ÉPIO MARCELO e VÍBIO CRESPO

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 41-60, 1972

chegaram, por este caminho, ao consulado, à amizade dos imperadores, ao máximo prestígio, e às posições da mais alta proeminência.

Primitivamente, repito, o exercício da advocacia era gratuito.

Aos poucos, entretanto, os ADVOCATI começaram a tirar proveitos pecuniários dos serviços que prestavam. Essa prática, de certo modo, repugnava à consciência do antigo legislador romano, que não admitia ainda pudesse haver remuneração, quando o auxílio que se dava ao cliente deveria estar todo ele no círculo amplo da solidariedade humana, da consideração social e demasiadamente ligado à AMICITIA, para que pudesse ser contratado ou recompensado como uma pura e simples locação de serviço. Por isso, a lei CINCIA DE DONIS ET MUNERIBUS, plêbiscito do ano 550 de Roma (204 A. C.), proibiu aos advogados recebessem quaisquer pagamentos como preço de sua intervenção nos processos. Porém, essa lei, sendo LEX IMPER-FECTA, apenas proibiu o ato; conseqüentemente, se o advogado recebesse um pagamento, não seria punido, nem haveria um meio de forçá-lo à devolução.

De fato, a lei Cíncia foi uma dessas leis que não tinham por sanção, nem a nulidade do ato que se realizou contra as suas disposições, nem mesmo uma pena pecuniária. Assim, se a doação havia sido prometida, mas ainda não realizada, o donatário não podia exigir o cumprimento dela, porque a lei o proibia; por outro lado, se a doação tivesse sido efetuada, não podia o doador reaver a coisa doada, porque a lei não estabelecia a nulidade do ato.

De certo modo, contrariando a afirmação que se acaba de fazer, ao tempo de AUGUSTO, segundo o testemunho de DION CASSIO, o advogado que infringisse a Lei Cíncia seria condenado a pagar ao cliente o quádruplo do que dele recebera.

Na prática, porém, os ADVOCATI iam recebendo os honorários, burlando subrepticiamente o dispositivo legal.

A Lei Cíncia, assim, permanecia como letra morta, mesmo que, por vezes, no Senado se ouvissem propostas para que ela fosse realmente aplicada.

Quem lê os Anais de Tácito, livro XI, capítulo V, se surpreende com a narração dos seguintes fatos, ocorridos pelos anos 47 ou 48 D. C., e que se correlacionam com a aplicação da citada LEX CINCIA DE DONIS ET MUNERIBUS:

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 41-60, 1972

Nenhuma mercadoria — ali está escrito — era mais vendável do que a perfídia dos advogados. Um insigne romano chamado Sâmio, depois de ter dado ao advogado Suílio, a importância de quatrocentos mil sestércios (quase 44 mil cruzeiros) verificou que tinha sido traído e, por isso, suicidou-se, jogando-se de encontro à própria espada, na casa do patrono infiel. Em vista dessa triste ocorrência — continua Tácito —, por instigação do Cônsul “designatus Caius” ou “Caius Silius” — o mais belo dos romanos, pelo qual se apaixonaria desmedidamente Messalina — por sugestão dele, os Senadores se levantaram e reclamaram a aplicação da antiga Lei Cíncia.

Tudo em vão. Iria dar-se à Lei Cíncia, neste particular, um golpe decisivo.

A argumentação contra a legal proibição de cobrar honorários advocatícios está igualmente transcrito por Tácito, no mesmo Livro XI:

A eloquência — assinala o autor do ANNALES — tem um objetivo útil e prático, impedindo que um homem, por falta de quem o defenda, seja deixado à mercê dos potentados. Mas a eloquência não se adquire gratuitamente, sem esforço, sem pena; e mais, aquele que se devota aos negócios de terceiros, negligencia os seus próprios. Muitos vivem dos feitos militares; outros, da supervisão de suas terras; ninguém, entretanto, abraça uma atividade, sem antes aquilatar dos proventos que poderá vir a adquirir. Se se suprimem as recompensas pelos estudos, pelo talento; esses estudos, esse talento perecerão.

Esses argumentos, que o próprio Tácito salientou serem apenas mediocremente decorosos, não deixaram de impressionar ao imperador CLÁUDIO, que iria admitir o pagamento de honorários, estabelecendo, entretanto, como teto máximo, a importância de dez mil sestércios; 1.080.00 cruzeiros, aproximadamente.

NERO foi mais longe: configurou o pagamento, pelos serviços prestados, como verdadeira obrigação do cliente.

Ao tempo de Justiniano, os honorários poderiam ser pactuados ou não. Abrindo-se o “Digesto”, no livro 50, título 13, fragmento 1, parágrafo 14, verifica-se que a promessa de paga-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 41-60, 1972

mento por serviços advocatícios era uma realidade legal; mas o pagamento não deveria exceder o limite estabelecido pela lei, que era, para cada caso, até cem moedas de ouro, USQUE AD CENTUM AUREOS. Alias, são os mesmos dez mil sestércios estabelecidos por CLÁUDIO, já que o AUREUS valia cem SESTERCII.

Faltando a estipulação entre o cliente e o advogado, o juiz faria a estimativa, levando em conta, como se lê no mesmo “Digesto”, a natureza da lide, a eloquência do advogado, o costume do foro, para arbitrar uma quantia justa, sempre, porém, dentro do limite fixado por lei.

Sob o ponto-de-vista profissional, o ADVOCATUS, para manter-se em primeiro plano, trabalhava incansavelmente, não só atendendo a clientela enorme, como também na preparação cuidadosa das causas a defender.

O advogado de renome era inimigo da improvisação. Em seu gabinete particular, antes de apresentar-se em público, estudava cada palavra, cada expressão, cada gesto; e pensava em todo argumento, subterfúgio e sofisma. Uma vez urdida a defesa, procurava decorá-la. Alguns, dentre os mais dotados, falando no Fórum, davam a nítida impressão de que improvisavam. Era o que acontecia, por exemplo, com ANTÔNIO e HORTENSIO, segundo nos diz Cícero.

Do primeiro, comenta o Arpino, em BRUTUS, 37,139: “todas as circunstâncias que poderiam comportar uma determinada situação vinham ao espírito de Antônio, que era, sem dúvida, um mestre em colocar as idéias exatamente no lugar onde poderiam produzir melhor efeito e ter o maior valor. Como o fazia um general, com a sua cavalaria, sua infantaria e suas tropas ligeiras, a oratória de Antônio atingia sempre os pontos importantes e estratégicos. Sua memória era impressionante; impossível, ao ouvi-lo, supor que tivesse preparado o discurso; era um improvisado que parecia estar fazendo quando falava, e os juízes, normalmente, estavam insuficientemente preparados contra as surpresas de sua oratória”.

Quanto a Hortênsio, comentava Cícero, BRUTUS, 88, 303: “seu discurso traduzia sempre a escolha feliz de expressões brilhantes e de frases harmoniosamente construídas; em sua oratória transparecia, sem dúvida, a superioridade de seu gênio natural, mas também a perfeição atingida pela disciplina dos exer-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 41-60, 1972

cícios que diuturnamente fazia. Hortênsio dominava, em todos os aspectos, o assunto sobre o qual ia discorrer; memorizava, entretanto, o discurso, antes de proferi-lo”.

Outros levavam a fase preparatória a tal extremo que, ao terminá-la, com o semblante em fogo, mais pareciam homens que discutiram acaloradamente num tribunal, do que alguém que estivera treinando um discurso. Tal acontecia com GALBA, que se isolava de todo o mundo, em uma espécie de reduto coberto, “Testudo”, e lá, diante, apenas, de seus escravos letrados, ensaiava a sua ORATIO, exatamente como se estivesse diante do juiz.

Todos esses sacrifícios compensavam regiamente. Os advogados famosos enriqueciam de modo fabuloso e viviam rodeados de admiradores; os seus átrios espaçosos e ricamente adornados permaneciam, dia após dia, apinhados de gente; os seus nomes andavam de boca em boca; os homens proeminentes e ricos pugnavam por chegar até eles; do estrangeiro, vinham personalidades ilustres, sequiosas de conhecê-los. Diante das casas desses advogados, erguiam-se suas estátuas, erigidas, na mais das vezes, por clientes agradecidos.

Ao terminar um processo, enquanto o cidadão absolvido se encaminhava aos templos para os agradecimentos às divindades, o patrono vitorioso era levado em triunfo, seguido por um grande cortejo, até a sua moradia.

Mas, não era apenas a eloquência que fazia o bom advogado. Não bastava, para o verdadeiro ADVOCATUS, o que consistiria o maior mérito do orador: conseguir levar, pela palavra, a cólera, o ódio, e o furor ao coração humano, e transportá-lo, desses sentimentos violentos, à doçura e à piedade. Para ser um advogado de renome, além das qualidades oratórias e de possuir cultura sólida, seria preciso reunir, dentro de si mesmo, outros requisitos: a probidade, a discrição, a diligência, o sentido de oportunidade e a prudência.

Mas... , ao lado dos grandes advogados, havia, em Roma, também, os pequenos. Pouco mais que rábulas, nervosos caçadores de questões, percorrendo o Fórum a mendigar clientes

Cobravam, apenas, o imprescindível, ou trabalhavam de graça, na espera de que o beneficiado trouxesse novos casos ou lhes retribuísse o serviço prestado com uma ou outra dádiva.

Esses advogados, num esforço titânico para se tornarem conhecidos, utilizavam-se de variados recursos, para atrair sobre si a atenção: jamais apareciam em público, sem levar debaixo do braço um montão de papéis, como a querer demonstrar uma clientela farta; apresentavam-se, de ordinário, bem vesti-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 41-60, 1972

dos, para aparentar prosperidade e êxito na profissão; por vezes, alugavam valiosos anéis, que impressionavam o vulgacho frequentador do Foro, pelo alto valor dos mesmos; ao falarem diante dos juízes, mantinham a bom preço a claue, que, amiúde, interrompia o discurso, aos gritos de BRAVO, BRAVO! Quando um ou outro cliente aparecia, demoravam em atendê-los, fazendo-o somente às vésperas do pleito, ou na manhã do mesmo dia do debate judicial, para dar a impressão de grande acúmulo de serviço.

Em verdade, esses advogados, que recebiam, apenas, uma moeda de ouro por quatro discursos, e que ainda deviam pagar ao jurisconsulto consultado, mal ganhavam para o pagamento dos alugueres de suas casas e, muitas vezes, tinham que sair fugidos para as Gálias ou para África.

Muitas vezes, os maus advogados eram, também, homens subservientes, incapazes, por isso, de patrocinar qualquer causa contra gente importante, ou mesmo contra mulheres velhas, viúvas, sem filhos, mas com dinheiro.

Pôntico era, justamente, um advogado desse tipo. Vejamo-lhe o perfil delineado por Marcial:

“Ó Pôntico — diz o autor dos Epigramas — tenho um processo contra Balbo, mas tu não queres ofendê-lo. Um outro, contra Licínio, mas este é, também, um homem poderoso (hic quoque magnus homo est). Frequentemente, meu vizinho Pátrobas se intromete em meu campo, mas tu temes agir contra um liberto de César. Larônia retém o nosso escravo e não quer entregá-lo e tu afirmas que ela não tem filhos, é rica, velha e viúva.

De nada serve — acrescenta Marcial — procurar alguém os serviços de um advogado subserviente.”

Pôntico teve medo dos poderosos e, por outro lado, não quis indispor-se com Larônia... Mas não era o mesmo Marcial quem nos esclarece que, entre os serviços que alguns patronos exigiam do liberto, figurava o de acompanhá-los, diariamente, pela manhã, em visitas a, pelo menos, dez mulheres bem idosas, cheias de dinheiro... e que não haviam feito testamento?

A “captatio hereditatis” era uma realidade... mas deixemos os “captatores”, caçadores de herança de lado e vamos adiante.

É curioso assinalar que, frequentemente, os clientes campesinos pagavam em espécie aos seus advogados.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 41-60, 1972

MARCIAL conta-nos uma anedota de um advogado desse tipo, em seus EPIGRAMAS (4,46):

Havia em Roma um período de festas, celebradas em honra a Saturno, e que se estendia de 17 a 23 de dezembro. Eram as Saturnais. Durante esses dias, o povo se divertia enormemente, quase à moda de um carnaval. Por ocasião das SATURNALIA era hábito, também, a troca de presentes.

Pois bem, MARCIAL refere-se a um advogado, chamado SABÉLO, que, em pagamento dos serviços profissionais prestados, recebeu vários presentes nas Saturnais, inclusive um "laticlavo" — roupa de senador —, mas de fantasia, o que vinha a calhar, pois, nessa época de 17 a 23 de dezembro, os indivíduos se fantasiavam.

Vejamos o que nos diz o autor dos Epigramas:

Sabélo está cheio de si, e acredita não existir causídico mais feliz do que ele. Recebeu muitas dádivas nas Saturnais, como retribuição pelos trabalhos; e o seu contentamento cresce, porque há dez anos não lhe dão festas tão abundantemente. Mas que teriam ofertado a Sabélo? Meia medida de farinha e de favas debulhadas, libra e meia de incenso e de pimenta, lingüiça à moda da Lucânia e carne de porco à falisca e mais uma garrafa de negro mosto cozido, um vaso com figos em conserva, bulbos, cícleas e queijo; e mais ainda, e isto lhe veio de um cliente de Piceno, uma pequena cesta contendo azeitonas, um serviço de Sargunto, com sete peças, todas elas de argila grosseiramente torneada por um oleiro espanhol e, finalmente, um laticlavo de fantasia".

E não é só MARCIAL quem nos fala dessa maneira. Em suas "Sátiras", JUVENAL, referindo-se ao preço a pagar a um advogado, numa duvidosa questão de alforria, menciona: um presunto ressequido, um pote de atum, cebolas velhas, cinco cântaros de vinho chegados pelo Tibre.

Pobres advogados a que nos estamos aludindo! Mas eram eles certamente os únicos responsáveis pela situação difícil e crítica em que, de ordinário, se encontravam. Jamais preparavam realmente, uma causa, ou estudavam um discurso ou procuravam aperfeiçoar-se. A preocupação que tinham, quiçá a maior, era a de não permanecerem calados, durante o tempo que se-lhes concedia para o debate. Para esses advogados, o silêncio

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 41-60, 1972

era quase sinônimo de miséria. Só haveria um meio de evitá-la: falar de qualquer maneira, sobre o que viesse à mente, muito pouco importando o objeto real do litígio. E, assim, prolixamente, misturavam, em seus alegados, as coisas mais alheias ao processo que estavam debatendo. Mesmo que as deliberações fossem versar, por exemplo, a respeito do furto de três cabrinhas, esses advogados não se pejavam em discursar, com gesticulação exagerada e redículo patetismo, sobre guerras e vitórias, apenas, interrompendo o ORATIO para esvaziarem jarros inteiros de água.

Nesse sentido é bem elucidativo o que o mesmo MARCIAL escreve sobre o advogado PÓSTUMO, interpelado pelo próprio cliente:

Não se trata de um processo de violência, nem de morte, nem de envenenamento, ó Póstumo, apenas de três cabrinhas que me pertencem e que me foram furtadas por meu vizinho! O juiz me pede provas, e tu só falas da batalha de Canas, da guerra contra MITRIDATES, das perfídias e dos furores púnicos. Tu citas, com grandes gritos e gestos exagerados, os Silas, os Mários e os Múcios. Por favor, ó Póstumo, fala das minhas três cabrinhas! (6,19).

E havia em Roma — em Roma havia de tudo — certos advogados que só encontravam um meio de ganhar dinheiro: aturdir os ouvintes, com brados incessantes, até que alguém se lembrasse de comprar-lhes o silêncio. Só assim se calavam...

Mas... voltemos aos bons advogados e digamos, ainda, alguma coisa a respeito de como atuavam diante dos juizes.

A maneira de conduzir-se no tribunal variava muito conforme o estilo do orador: nuns predominava a precisão e a elegância, como em Lélío; noutros, as expressões brilhantes e as frases harmoniosamente construídas, como em Hortênsio; havia aqueles ásperos, duros e violentos, como Galba, e aqueles outros, suaves, fluentes e cantantes, como Carbo. Em Antônio, tudo se ajustava ao pensamento — o menor movimento, inclusive mesmo os instantes de imobilidade. Por seu turno, Crasso, com sua gravidade soberana, seu espírito finíssimo e elegância perfeita, era quase inimitável na facilidade com que expunha e desenvolvia os temas.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 41-60, 1972

Qualquer que fosse, entretanto, o gênero oratório do advogado, para o romano, o êxito da eloquência forense estaria principalmente na habilidade que pudesse ter o causídico em amoldar sua linguagem à natureza do caso, à realidade do auditório e dos juizes e, ao mesmo tempo, fazer sobressair as características pessoais de seu estilo.

Finalizemos com uma constituição dos Imperadores Leo e Antêmio, do ano 469 D. C., inserta no "Codex Iustinianus". Citamos o texto, para demonstrar o alto conceito em que era tido o bom advogado, ao tempo do Imperador Justiniano:

Os advogados que dirimem as dúvidas existentes nos casos, e que, com a força de suas defesas, quer em causas públicas, quer na dos particulares, soerguem os desesperados e levantam os abatidos, não são menos úteis ao gênero humano do que se salvassem a pátria e os parentes através de batalhas e cheios de ferimentos (...) Lutam não só os que se valem dos gládios, escudos ou couraças, mas também os advogados; porque militam os patronos das causas, confiados na pujança de sua gloriosa eloquência, defendendo a esperança, a vida e a família, dos que se encontram eventualmente oprimidos...

Está encerrada nossa aula. Muito obrigado!

* Aula magna proferida na Faculdade de Direito de Canoas em 1.º/3/1972.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 41-60, 1972

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

José Maria Rosa Tesheiner

O Código Tributário Nacional distingue a prescrição da decadência (ou preclusão). Atribui-lhes, entretanto, idênticos efeitos. Uma e outra extinguem o crédito tributário (art. 156, V). E também a obrigação tributária (art. 13, § 1.º). Dessa identificação, quanto à eficácia, resultam as seguintes conseqüências: a) no plano teórico, a verificação de que o Código Tributário Nacional, embora se refira aos dois institutos, apenas toma conhecimento de um (ao contrário do Código Civil, que de ambos conhece, embora mencione apenas a prescrição); b) no plano prático, a afirmação de que o juiz pode declarar, de ofício, a "prescrição" da obrigação tributária, bem como a constatação da ilegalidade do ato administrativo de recusa do fornecimento de certidão negativa, depois de consumada a "prescrição".

Tais conclusões talvez pareçam temerárias. Mas decorrem necessariamente do texto legal, desde que se saiba o que significam **prescrição** e **decadência**. Por estas paragens não nos atrevemos a andar, sem o auxílio e sem a guia dos juristas, daí as numerosas citações que o leitor encontrará. Começemos por aclarar e precisar o conceito de **exceção**.

No processo, pode o réu negar os fatos constitutivos alegados pelo autor; ou admiti-los, negando, porém, que o Direito faça deles decorrer a procedência do pedido (defesa substancial direta). Pode opor aos fatos constitutivos, afirmados pelo autor, a existência de outros, modificativos ou extintivos (defesa substancial indireta). Pode também atacar a relação processual (defesa processual).

Num sentido muito amplo, exceção é sinônimo de defesa do réu

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 61-66, 1972

"Significa qualquer meio de que o réu se sirva para justificar a demanda de rejeição e, portanto, mesmo a simples negação do fundamento da demanda do autor; também se compreendem, ordinariamente, nesse sentido geral, e por vezes na própria lei, as respostas relativas à regularidade do procedimento" (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, Trad. J. G. Menegale, 2a. ed., S. Paulo, Saraiva, 1965, v. I, p. 334).

Num segundo sentido, que é o do nosso Código de Processo Civil, exceção é qualquer defesa do réu, exceto a substancial direta.

Num terceiro sentido, bem mais restrito, liga-se a exceção ao ônus de alegar. É toda defesa (substancial ou processual) que dependa de declaração de vontade do réu. É a defesa que somente pode ser considerada pelo juiz, se alegada pelo réu. O poder jurídico do demandado, ensina CHIOVENDA, toma o nome específico de exceção nos casos em que se encontra com a sentença de rejeição em relação de condição jurídica, no sentido de que o juiz não poderia rejeitar a demanda por certa razão sem pedido do réu. É o que ocorre quando o pedido de rejeição se funda em fatos que o juiz não poderia jamais levar em conta por ofício, ainda que fossem afirmados pelo autor, mas somente os pode ter em conta se afirmados e invocados pelo réu. (Cf. CHIOVENDA. Op. cit., v. I, p. 333).

"Prescrição", diz PONTES DE MIRANDA, "é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação" (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, Rio, Borsoi, 1955, t. VI, p. 100). A palavra "exceção" é tomada, aí, em sentido restrito:

"Dependente de ser exercida, a exceção distingue-se dos fatos pré-excludentes, modificativos e extintivos" (PONTES DE MIRANDA. Opus cit., t. VI, p. 10).

"Por mais cumprida e completamente provada que esteja, nos autos, a exceção, se não foi oposta, isto é, alegada como exercício (= comunicação de conhecimento mais comunicação de vontade), nada pode o juiz no sentido de atender a ela" (PONTES DE MIRANDA. op. cit., t. VI, p. 11).

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 61-66, 1972

"Do conceito de exceção é ineliminável que depende do demandado, ou devedor, exercê-la" (Id. ib.). "O depender da vontade do excipiente é-lhe essencial" (Id. ib.).

"Concebida como exceção, como sempre o foi no direito romano, a prescrição aproveita, também, ao devedor, ainda quando ele sabia e sabe que deve. Tal proteção não é *ipso jure*. A exceção pode deixar de ser oposta, o que dá ao seu titular a faculdade de não na opor, — ficando bem, assim, com a sua consciência" (PONTES DE MIRANDA. Op. cit., t. VI, p. 104).

"A exceção de prescrição tem titular, que é o devedor. Só ele pode exercer esse direito. Seria, por isso, absurdo que o órgão de alguma pessoa jurídica, o representante legal, ou os Procuradores das Fazendas pudessem alegar a prescrição das dívidas ativas" (PONTES DE MIRANDA. Op. cit., t. VI, p. 162).

Mas, para que se afirme que a prescrição constitui exceção, é necessário apartá-la dos fatos extintivos do direito:

"O exercício da exceção e a prova dos fatos pré-excludentes, modificativos e extintivos são inconfundíveis; por isso, basta, para esses, que o juiz os encontre provados nos autos, ainda que o réu não os tenha articulado" (grifei). "Não assim quanto à exceção: em vez de fato, o que o juiz tem de encontrar é o exercício do direito do réu, o exercício do *jus exceptio-nis*" (PONTES DE MIRANDA, Op. cit., t. VI, p. 11).

Qual é, então, a eficácia dos prazos prescricionais? Eles não extinguem o direito. Apenas tornam encobrável a eficácia da pretensão.

"Os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrindo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdure por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade" (PONTES DE MIRANDA, Op. cit., t. VI, p. 101).

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 61-66, 1972

“Quando se diz que “prescreveu o direito” emprega-se elipse reprovável, porque em verdade se quis dizer que “o direito teve prescrita a pretensão (ou a ação), que dele se irradiava, ou teve prescritas todas as pretensões (ou ações) que dele se irradiavam”. Quando se diz “dívida prescrita” elipticamente se exprime “dívida com pretensão encobível (ou já encoberta) por exceção de prescrição”. Muito diferente é o que se passa quando se diz “pretensão prescrita”, ou “ação prescrita”. A pretensão prescrita é a pretensão encobível (ou já encoberta) por exceção de prescrição”. (PONTES DE MIRANDA. Op. cit. t. VI, p. 103).

Decadência — define ANTÔNIO LUÍS DA CÂMARA LEAL — é a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício se tivesse verificado. Entre a decadência, que aniquila, e a prescrição, que apenas paralisa, aponta os seguintes traços diferenciais:

1.º A decadência extingue o direito; a prescrição tem por objeto a ação.

2.º O prazo de decadência começa a correr desde o momento em que o direito nasce; a prescrição, desde o momento em que o direito é violado, ameaçado ou desrespeitado (porque nesse momento é que nasce a ação, contra a qual a prescrição se dirige).

3.º A decadência supõe um direito que, embora nascido, não se tornou efetivo pela falta de exercício; a prescrição supõe um direito nascido e efetivo, mas que pereceu pela falta de proteção pela ação, contra a violação sofrida (LEAL. Antônio Luís da Câmara. *Da Prescrição e da Decadência*, 2a. ed., Rio, Forense, 1959, p. 115-6 e 114).

Seguindo-o e ultrapassando-o, conclui AGNELO AMORIM FILHO:

“Estão sujeitas a prescrição (indiretamente, isto é, em virtude da prescrição da pretensão a que correspondem): — todas as ações **condenatórias**, e somente elas (...); Estão sujeitas a **decadência** (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito potestativo a que correspondem): — as ações **constitutivas**

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 61-66, 1972

que têm prazo especial de exercício fixado em lei” AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério Científico Para Distinguir a Prescrição da Decadência**, in Rev. de Dir. Proc. Civil, S. Paulo, Saraiva, 1962, v. 3a. p. 131).

Em suma: os direitos a uma prestação geram prescrição; os potestativos, decadência. **Quid juris** se, desatendia a pretensão, inicia-se um prazo que a lei expressamente declara extintivo do direito? Em outras palavras, o que mais importa: o efeito ou a natureza do direito?

Definida a prescrição como exceção, o que sobreleva é o efeito e, portanto, há decadência. “As vezes”, diz PONTES DE MIRANDA, tratando do artigo 739, VI, do Código Civil, “o sistema jurídico eleva a prescrição das pretensões à categoria de preclusão” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, Rio, Borsoi, 1957, t. XIX, p. 278).

Tanto a prescrição quanto a decadência supõem o decurso do tempo e a inércia do titular do direito. Mas a prescrição limita-se a tornar encobível a eficácia da pretensão, ao passo que a decadência extingue o direito. A prescrição é uma exceção e, como tal, exige declaração de vontade. O decurso do prazo prescricional outorga ao devedor a faculdade de recusar a prestação (THUR, Andreas von. *Derecho Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1946, v. I, t. I, p. 356). O exercício desta faculdade encobre a eficácia da pretensão. A decadência não é exceção. É fato extintivo de direito. E, por isso, pode ser declarada, de ofício, pelo juiz.

Mas, no Código Tributário Nacional, prescrição não é apenas o poder de paralisar a pretensão. Ela não se limita a excluir o crédito tributário (CTN, art. 175). Extingue-o (CTN, art. 156, V). E extingue também a obrigação tributária (CTN, art. 113, § 1.º). Não se limita a imobilizar braços e pernas. Seus longos dedos comprimem a garganta. Sufocam e matam o direito.

Ora, prescrição que não se limita a tornar encobível a eficácia da pretensão ou que não se limita a extinguir a ação, como ainda preferem ensinar RUBENS GOMES DE SOUSA (*Compêndio de Legislação Tributária*, 2a. ed., Rio, Ed. Financeiras, 1954, p. 85-6) e FÁBIO FANUCCHI (*A Decadência e a Prescrição em Direito Tributário*. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Direito Tributário*, 2a. Coletânea, S. Paulo, Bushatsky, 1971); mas vai além, e extingue o próprio direito e correlativo dever, já não é prescrição. É decadência — este cair de um direito no abismo do nada —. E se é decadência, se é fato extintivo do direito, pode ser declara-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 61-66, 1972

rada, de ofício, pelo juiz. Mais ainda: consumado o prazo preclusivo, impropriamente denominado de, prescricional, é ilegal o ato da autoridade administrativa que se recusa a fornecer certidão negativa (CTN, art. 205), porque o débito já não existe.

Na verdade, o Código Tributário Nacional prevê dois prazos preclusivos: surgindo a obrigação tributária, nasce para a Fazenda Pública o direito formativo de constituir o crédito tributário, no prazo de decadência de cinco anos, não sujeito a interrupção ou suspensão (CTN, art. 173); constituído o crédito tributário, a Fazenda Pública tem o direito de haver a prestação tributária, direito que se extingue (prazo de decadência, portanto), decorridos outros cinco anos (CTN, art. 174). Este segundo prazo, impropriamente denominado de prescricional, está, porém, sujeito a interrupção (CTN, art. 174, § único) e a suspensão.

A circunstância, absolutamente accidental, de um prazo admitir, e o outro não, suspensão e interrupção é que, no Código Tributário Nacional, distingue a decadência da "prescrição".

Porto Alegre, 28 de outubro de 1971.

BASE DE CÁLCULO PARA A COBRANÇA DO ICM NAS TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS DE ARMAZÊNS PARA AS FILIAIS DA MESMA EMPRESA NO ESTADO DO AMAZONAS

Arnoldo Wald (*)

Ementa: Somente em virtude do estabelecido no artigo 2, § 2.º do Decreto-lei n.º 406 é que podem ser tributadas com o ICM as transferências realizadas entre estabelecimentos pertencentes à mesma pessoa jurídica dentro do Estado.

A incidência, em tal hipótese, tem como base de cálculo 75% do valor das mercadorias, considerados os preços a varejo.

A norma federal se aplica a todos os casos de transferência para venda pelo estabelecimento destinatário na base de preços a varejo e, em tal situação, nenhuma discriminação há de ser feita entre os adquirentes particulares e os comerciantes, desde que não haja faturamento com base em preços por atacado.

Quando o estabelecimento remetente não fatura a terceiros por preços a varejo, a base de cálculo deve ser 75% do valor das vendas realizadas pelos estabelecimentos destinatários, no segundo mês anterior ao da remessa. Se, por motivos de ordem administrativa, tal cálculo se torna impossível, podem ser utilizados os preços vigentes no momento do faturamento, desde que, numa fase de inflação, não sejam inferiores aos preços constantes da lista do segundo mês anterior à remessa.

O Decreto-lei n. 406, sendo norma geral de direito financeiro de caráter imperativo, os Estados não podem deixar de admitir a base de cálculo nele fixada se pretenderem tributar as trans-

(*) Advogado no Rio de Janeiro.

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara.

ferências internas entre estabelecimentos, armazéns ou filiais pertencentes à mesma pessoa jurídica. A desobediência ao referido Decreto-lei, em virtude de omissão da lei estadual ou autuação por parte das autoridades administrativas, implica em lesão de direito, justificando a impetração de mandado de segurança, diante da existência, no caso, de direito líquido e certo da consulente.

Além da determinação expressa da norma federal, militam em favor da consulente as conclusões e os corolários que dela extrairam a maioria das legislações estaduais (do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Pernambuco e Ceará), comprovando a *communis opinio* dos legisladores estaduais no sentido de acatar e interpretar literal e sistematicamente o Decreto-lei n.º 406.

A ausência de texto legislativo expresso no Estado do Amazonas não pode implicar, na hipótese, em discriminação odiosa e vedada em lei. O Estado do Amazonas deve cumprir a lei federal e seguir, no caso de omissão, de sua lei, a *analogia legis* e os princípios gerais do direito que são fontes subsidiárias da legislação fiscal.

Em virtude do que dispõe o Decreto-lei n.º 406 e do princípio constitucional da não discriminação entre mercadorias em razão de seu destino (art. 20, inciso III da Constituição Federal), o artigo 10 do Decreto estadual amazonense n.º 1.063, de 7.12.1967, deve ser interpretado como aplicável tanto nas transferências internas como nas interestaduais, reduzindo-se, em ambos os casos, para 75% a incidência tributária. A discriminação, na fixação de base de cálculo, entre operações internas e interestaduais, implica em violação da Constituição e das normas gerais de direito financeiro emanadas da União Federal.

O Estado do Amazonas também não pode estabelecer uma discriminação de caráter fiscal contra as empresas integradas verticalmente, quando a política do Governo Federal incentiva a concentração empresarial, as fusões e a criação de conglomerados econômicos mediante uma legislação elaborada com essa finalidade específica. O ICM sendo um imposto neutro não pode contrariar a política econômica do Governo Federal.

I. CONSULTA

1. A Consulente, sediada no Ceará e operando nas regiões Norte e Nordeste do país, mantém, na cidade de Manaus, um armazém de distribuição encarregado do suprimento de mercado-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 67-88, 1972

rias às suas diversas filiais localizadas no Estado do Amazonas. O armazém recebe as mercadorias dos fornecedores a preço de custo e as distribui às filiais, mediante uma simples transferência, não ocorrendo, na hipótese, venda e inexistindo, assim, qualquer preço convencionado que possa servir de base de cálculo para o ICM.

2. As filiais são estabelecimentos varejistas e a consulente só tem preços de vendas a varejo, não dispondo a empresa de qualquer departamento de vendas por atacado. Além de serem proporcionalmente ínfimas as vendas que realiza a contribuintes do ICM, os mesmos pagam o preço idêntico ao faturado ao não contribuinte, admitindo-se, tão somente, um desconto que nunca ultrapassa 10% no caso de vendas de vulto realizadas por qualquer tipo de comprador.

3. Até o final do ano passado a transferência de mercadorias do armazém de distribuição às filiais existentes no Estado era realizada consignando-se, como valor da operação, nas Notas Fiscais de transferências, o preço que viria a ser cobrado pelas filiais aos consumidores finais dos artigos remetidos. Tal critério acarretava, para o armazém, a obrigação de recolher vultosas quantias aos cofres estaduais, para o pagamento do ICM, enquanto as filiais, vendendo, sem qualquer aumento de valor, as mercadorias recebidas acumulavam créditos fiscais.

4. Para evitar que tal situação se agravasse, a consulente, baseada nas soluções dadas ao problema pela lei federal (artigo 2.º parágrafo 2.º do Decreto-lei n.º 406, de 31.12.1968) e por várias leis locais, como as de São Paulo, Paraná, Pernambuco e Ceará, passou a considerar, nas mencionadas transferências, como valor da operação e base de cálculo do ICM, 75% do preço final vigente nas suas listas de preço no momento do faturamento, sem atender ao disposto no § 3.º do artigo 2.º do Decreto-lei n.º 406, em virtude de impossibilidade material de fazê-lo.

5. As autoridades fiscais amazonenses impugnaram o novo critério, conforme se verifica pelo auto de infração de 12 de maio passado.

6. Assim sendo, indaga a consulente se o procedimento por ela adotado, atualmente, pode ser tido como correto nas transferências operadas pelo armazém de distribuição para as lojas ou, ainda, realizadas pelas filiais entre si e nas devoluções de mercadorias destas para o armazém.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 67-88, 1972

II. PARECER

7. O ICM, consagrado como tributo estadual pelo art. 23, inciso II da Constituição vigente, tem como fato gerador a realização de "operações relativas à circulação de mercadorias". Introduzido pela Emenda Constitucional n. 18 e regulamentado no art. 52 do Código Tributário, o novo tributo que substituiu o IVC assenta juridicamente "não sobre os produtos postos em circulação, mas sobre as operações por que esta se realiza..." (**Reforma da Discriminação Constitucional de Rendas**, Fundação Getúlio Vargas, vol. 6, 1965, pág. 31).

8. Os trabalhos preparatórios da Comissão Mista que elaborou a Emenda Constitucional n.º 18 esclarecem que se pretendeu substituir o critério jurídico anteriormente vigente, que considerava como fatos geradores os contratos de venda e de consignação, por um critério econômico, pelo qual far-se-ia incidir o tributo sobre a circulação econômica, qualquer que fôsse o motivo ou a forma jurídica que viesse a assumir. Os debates realizados, na mencionada comissão, em 16 de novembro de 1965, esclarecem que, na época, não se confundiu a circulação econômica com a circulação física. Efetivamente, suscitado o problema da eventual tributação de movimentação interna de mercadoria, quando transportada de um estabelecimento para outro da mesma pessoa jurídica pelo Deputado Ítalo Fitipaldi, o então Senador Mem de Sá, o Professor e Ministro Otávio Gouveia de Bulhões e o Deputado Raimundo Padilha, salientaram que o novo tributo não pode aplicar-se, evidentemente, a simples operação de transferência de um setor para outro da mesma pessoa jurídica, como ato preparatório da circulação, **definida em termos econômicos**, como é da essência do projeto. V. *Diário do Congresso Nacional*, de 24.11.1965, Seção II, pág. 4.290 e José Nabantino Ramos. **O Conceito de circulação**, in *Revista de Direito Público*, vol. 2, pág. 36 e seguintes).

9. Acresce que a intenção do legislador foi, na hipótese, de substituir uma definição jurídica do fato gerador por uma conceituação econômica, alegando-se, naquela ocasião, que a "causa principal dos defeitos por demais conhecidos para serem aqui lembrados pormenorizadamente, de que padece a atual discriminação de rendas (da Constituição de 1946) é o fato de o assunto ser tratado como problema jurídico e não econômico" (**Reforma da discriminação de rendas** já citado, pág. 5).

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 67-88, 1972

10. Reconheceu-se, pois, expressamente, que a circulação tributada não era a simples saída física da mercadoria, mas, sim, a "movimentação da riqueza", a transferência da posse ou da propriedade dos bens de uma pessoa para outra, o fluxo e refluxo de mercadoria passando de mãos em mãos, evocando-se as definições dos economistas quando conceituam a circulação como "o conjunto dos fenômenos econômicos que acompanham a transmissão e a permuta de bens".

11. Analisando a estrutura do novo tributo, o Professor José Nabantino Ramos, em excelente estudo, lembrou, oportunamente, que o ICM não era ISM, ou seja, que o imposto recaía sobre a circulação e não sobre a simples saída física de mercadorias, embora a saída pudesse ser eventual, mas não necessariamente, o sintoma de uma circulação. Concluiu que:

"A saída da mercadoria, para ser fato gerador do ICM, deve resultar de uma operação de circulação, tomada, porém, esta palavra em sua acepção econômica.

Para haver circulação, na acepção econômica, é preciso que haja transferência da propriedade ou da posse da mercadoria.

Transferências, dentro do Estado, de um para outro estabelecimento do mesmo proprietário, não constituem circulação" (artigo citado, pág. 36).

12. Concluiu o mencionado tributarista que "atenta contra a Constituição e o Código Tributário, a lei estadual que faz o ICM incidir sobre transferências de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo dono situado no próprio Estado".

13. A tese de acordo com a qual o ICM não recai sobre a circulação física, mas, tão somente, sobre a circulação econômica mereceu, atualmente, a adesão não só da doutrina, como, ainda, da jurisprudência administrativa e da própria lei.

14. Efetivamente, Rubens Gomes de Souza, ao apreciar os requisitos da incidência do ICM, esclarece que para a ocorrência da tributação é imprescindível que a saída da mercadoria promovida por comerciante, industrial ou produtor, constitua ou configure "uma etapa do processo de circulação da mercadoria, assim entendido o complexo das sucessivas transferências desta,

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 67-88, 1972

desde o seu produtor, expressão que inclui o fabricante e o importador, até o seu consumidor final" (Rubens Gomes de Souza, IVC, ICM e conferência de bens móveis ao capital de sociedades, in *Revista de Direito Público*, vol. 2, pág. 144).

15. Os estudiosos do novo tributo também salientaram que "a perfeita compreensão dos textos normativos a ele referentes evidencia que toda a ênfase deve ser posta no termo "operações" mais do que no termo "circulação". A incidência é sobre as operações e não sobre o fenômeno da circulação. O fato gerador do tributo é a operação que causa a circulação e não esta" (Geraldo Ataliba, *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1968, pág. 246). Ponderou-se, pois, que o fato gerador, no caso, não é a simples circulação como situação física, mas, sim, a existência de uma operação comercial que enseja a transferência. A contrario sensu, a simples circulação que, não tenha como substrato ou causa uma operação econômica e comercial, não enseja a incidência do tributo.

16. Também no direito estrangeiro, prevaleceu este modo de conceituar o tributo e, na Alemanha, o ICM é denominado imposto sobre a circulação econômica (*Wirtschaftsverkehrssteuern*), justamente para que não se pretenda fazê-lo incidir sobre a simples circulação física. Ernst Bumenstein, mestre do direito tributário suíço, teve, por sua vez, o ensejo de afirmar que no imposto sobre a circulação "são tomados como objeto de imposto determinadas situações e eventos de circulação jurídica ou econômica" (Blumenstein, *Grundriss des Schweizerischen Steuerrechts*, Zurique, 1951, pág. 39 e seguintes). Partindo dessas premissas, a Suprema Corte Financeira alemã entendeu que, tendo-se em vista as finalidades da lei, o tributo não deve recair sobre as operações de transporte (V. Ezio Vanoni, *Natureza e Interpretação das Leis Tributárias*, tradução brasileira, Rio de Janeiro, Edições Financeiras, S. A., sem data, pág. 245).

17. Conclui, pois, a doutrina, que não se deve confundir nem identificar a circulação econômica, com a saída física, o transporte dentro da mesma empresa, mediante a remessa de armazém a filial ou de um para outro estabelecimento da firma com a transferência de bens para terceiros, pois somente ocorre circulação quando a mercadoria é transferida, passando de um patrimônio para outro, qualquer que seja a motivação jurídica da operação. Por esse motivo, o próprio Código Tributário Nacio-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 67-88, 1972

nal exclui a incidência do ICM nos casos de comodato, de locação de móveis, de alienação fiduciária e de retirada de mercadoria depositada em armazém geral (art. 52 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966). Assim sendo, impõe-se que a tributação estabelecida pela lei estadual se limite a incidir sobre "saídas que efetivamente configurem etapas da circulação de mercadorias... Do contrário, o ICM estará descaracterizado por não incidir sobre a circulação através de uma operação que a caracterize: **E ENTÃO A LEI ESTADUAL OU O ATO ADMINISTRATIVO DE COBRANÇA SERÃO INCONSTITUCIONAIS**". (Rubens Gomes de Souza, artigo citado, pág. 145).

18. O eminente Presidente do Egrégio Supremo Tribunal Federal, Professor Aliomar Baleeiro, com a independência que tem caracterizado a sua posição de magistrado e de estudioso do direito tributário, também reconhece que **sem transferência da posse ou da propriedade não se configura a operação de circulação que a incidência do tributo pressupõe**. Ensina o mestre de finanças da Guanabara que:

"A saída das mercadorias para voltar (caso de reparos etc...) ou **PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO DONO NO MESMO LOCAL, NÃO É OPERAÇÃO**". (*Direito tributário brasileiro*, Rio, Forense, 1970, pág. 200).

19. Acrescenta ainda, o eminente magistrado, que, se a natureza específica, da operação realizada e sua qualificação jurídica são irrelevantes do ponto de vista fiscal, podendo incidir o tributo sobre qualquer contrato ou ato jurídico, ao contrário, não justifica a tributação pelo ICM o "fato material ou físico", concluindo que não enseja a incidência do imposto.

"a simples deslocação da mercadoria para fora do estabelecimento, permanecendo na propriedade e posse direta do contribuinte, seja para depósito, custódia, penhor, ou reparos. Se admitíssemos solução contrária, até o furto da mercadoria seria fato gerador do ICM" (Aliomar Baleeiro, obra citada, pág. 203).

20. De acordo com este entendimento, a Lei do Estado da Guanabara considera que não incide o ICM sobre

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 67-88, 1972

"a saída de mercadoria destinada a depósito ou formação do estoque em outro estabelecimento do contribuinte ou a depósito em armazém geral dentro do Estado" (art. 7, inciso IV da Lei n.º 1.165, de 13 de dezembro de 1966 do Estado da Guanabara).

21. Verificamos, assim, que, em tese, pela própria natureza do ICM e pela definição legal do seu fato gerador, que decorre de norma geral de direito financeiro emanada da União Federal, os Estados não poderiam tributar, com o referido imposto, a simples transferência de mercadorias de um para outro estabelecimento da mesma pessoa jurídica, se sobre a matéria não houvesse uma regra específica, que constitui exceção ao sistema.

22. Assim sendo, as leis locais não podem tributar a transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, a não ser nos casos expressos e na forma específica pela qual a lei federal equiparou, parcialmente, à saída a remessa ou simples transferência interna, fixando, para tal hipótese, uma base de cálculo própria, que é imperativa, constituindo um teto para a tributação pelos Estados e da qual não se podem afastar, sob pena de inconstitucionalidade das normas locais que elaborarem ou dos atos que vierem a praticar.

23. Efetivamente, em virtude do que estabelece o artigo 8, inciso XVII, letra c, da Constituição Federal vigente, compete à União legislar sobre normas gerais de direito financeiro, que podem ser fixadas na própria lei magna (artigo 23, inciso II), em lei complementar (artigo 23, § 4.º da Constituição), em resoluções do Senado (artigo 23, § 5.º) ou em leis ordinárias federais.

24. Assim sendo, a competência tributária dos Estados para legislar sobre os seus tributos encontra limite intransponível nos princípios fixados nas leis federais que estabelecem as normas gerais de direito financeiro. Somente no silêncio da legislação federal é que a norma estadual poderá fixar os comandos cabíveis na matéria, em virtude da competência supletiva que o artigo 8, parágrafo único, da Constituição Federal lhe atribui. Neste sentido é aplicável o artigo 6 do Código Tributário Nacional que reconhece aos Estados competência legislativa "ressalvadas as limitações contidas na Constituição Federal, nas Constituições dos Estados e nas Leis orgânicas do Distrito Federal e dos municípios e observado o disposto nesta lei".

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 67-88, 1972

25. A competência da União Federal, na matéria, visa garantir-lhe os poderes necessários para fixar a política econômica geral do país, em cujos moldes os Estados devem enquadrar a sua legislação tributária, a fim de não distorcer as metas governamentais. Neste sentido, pondera Maurice Duverger que

"... é somente no quadro nacional, efetivamente, que podem ser tomadas as decisões orientando a atividade econômica ou social em tal ou qual direção, não sendo admissível que a orientação financeira das coletividades locais (Estados ou Municípios) venha contrariar estas decisões nacionais". (Maurice Duverger, *Institutions Financières*, Paris, 1960, pág. 12).

26. A finalidade da reforma tributária implantada pela Revolução de 1964 consistiu, justamente, em substituir por uma "concepção do sistema tributário como integrado no plano econômico e jurídico nacional" o critério histórico, considerado de origem essencialmente política, "da coexistência de três sistemas tributários autônomos, federal, estadual e municipal" (*Primeiro relatório da Comissão da Reforma Tributária Nacional*, Rio, Edição da Fundação Getúlio Vargas, 1966, pág. 30).

27. Na realidade, a competência legislativa estadual, na fixação das normas sobre o ICM, não é plena, pois está condicionada pela lei federal no tocante ao fato gerador, às características do tributo e à base de cálculo. Ora, de acordo com a lei federal, só pode ser tributada a circulação econômica e não a simples saída física, não se admitindo, pois, que a lei estadual possa criar outro fato gerador, cabendo, no caso, com exclusividade, ao legislador nacional, estabelecer a tipicidade do tributo e os casos nos quais pode ocorrer a sua incidência. Sendo o fato gerador (*Steuertatbestand*, *fattispecie tributária* ou *hecho imponible*) definido como o conjunto de fatos a que o legislador vincula a obrigação jurídica de pagar um tributo, desde que a definição fato gerador do ICM conste em lei federal (artigo 52 e seguintes do Código Tributário Nacional) não se admite que possa ser modificada, ampliada ou estendida por lei local, que, para tanto, não tem competência. Se, como vimos, a competência estadual, no caso, é supletiva ou subsidiária, incompetente é a lei estadual em todas as matérias que se encontram regulamentadas nas normas gerais de direito financeiro baixadas pela União Federal.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 67-88, 1972

28. As afirmações que acabamos de fazer nos levam a firmar os seguintes princípios:

a) A lei federal não admitia, em princípio, a incidência do ICM sobre a transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica;

b) Assim sendo, a lei local não pode estabelecer tal incidência, a não ser em virtude de disposição da própria lei federal, que estabeleça uma equiparação da mencionada transferência a uma circulação, mas tal equiparação é o apanágio da lei federal não podendo decorrer de lei local;

c) Na hipótese de ser acolhida, pela lei local, a norma federal que admite tal imposição, deve o direito estadual integrar, no seu sistema, a disposição geral de direito financeiro emanada da União, na sua totalidade, não podendo cindí-la ou aceitá-la em parte ou somente em relação a algum ou alguns dos seus aspectos. A norma, constituindo um todo, não pode ser integrada na legislação local somente para fins de incidência do ICM e rejeitada no que se refere à base de cálculo que institui, ou estabelece para o caso específico. Em conclusão, não pode a lei local interpolar ou distorcer a norma federal para somente acatar parte da mesma e rejeitar ou repelir outra. Se a norma geral amplia o fato gerador, mas reduz, na hipótese, a base de cálculo, não é lícito à lei local, admitir e consagrar a ampliação do fato gerador e ignorar a redução da base de cálculo à qual ficou condicionada a equiparação da simples transferência à circulação econômica para fins de imposição tributária.

29. Na realidade, a lei federal admite a incidência do ICM sobre a transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, mas lhe dá um tratamento especial, que se impõe aos Estados se quiserem cobrar o referido tributo na hipótese. Efetivamente, já o Código Tributário Nacional no seu artigo 53, parágrafo 2.º, inciso II, estabeleceu que no caso de saída para outro Estado, a base de cálculo para a incidência do ICM no Estado de origem deveria corresponder a 80% do preço de venda do estabelecimento destinatário. Houve, assim, uma equiparação legal da simples transferência à circulação econômica, reduzindo-se, todavia, a base de cálculo para que o imposto re-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 67-88, 1972

caisse, tão somente, sobre os 4/5 (80%) do valor venal final do produto. A norma acima referida, que já era aplicada em relação ao imposto de vendas e consignações, surgiu a fim de restabelecer o equilíbrio econômico entre Estados produtores e consumidores, implicando, para tanto, numa extensão excepcional do fato gerador definido pela lei federal. Pretendeu a lei evitar que os Estados industrializados se beneficiassem de um enriquecimento progressivo em detrimento dos produtores de matéria prima, ampliando-se, para tal fim, a conceituação do fato gerador, mas criando-se, para o mesmo, tratamento especial no tocante à base de cálculo.

30. Posteriormente, o Decreto-lei n.º 406, de 31 de dezembro de 1968, ampliou a exceção, modificando, outrossim, a repartição do tributo entre o Estado produtor e destinatário, a fim de atribuir 75% ao primeiro e 25% ao segundo.

31. O mencionado Decreto-lei tratou da matéria nos parágrafos 1.º, 2.º e 3.º do artigo 2.º. O parágrafo 1.º manteve a norma de direito interestadual já anteriormente consagrada no Código Tributário Nacional, modificando, apenas, as respectivas percentagens. O parágrafo segundo admitiu uma nova equiparação da simples transferência interna (dentro do Estado) à circulação econômica, determinando que, quando se tratasse de estabelecimentos que não realizassem vendas por atacado (a outros comerciantes ou industriais), o ICM seria pago sobre o valor correspondente a 75% do preço de venda final da mercadoria. Para obtenção do mencionado valor, mandou a lei, no parágrafo terceiro do artigo 2, que se adotasse, como base, a média ponderada dos preços efetivamente cobrados pelo estabelecimento remetente no segundo mês anterior ao da remessa.

32. Os parágrafos 1.º e 2.º do artigo 2 do Decreto-lei n.º 406 estabelecem, pois, uma norma excepcional equiparando, por motivos de ordem política, certas situações à circulação econômica de mercadorias e impondo, em tais hipóteses, o pagamento do ICM sobre 75% do valor da operação. Tratando-se de norma excepcional, não admite a mesma interpretação extensiva ou analógica, em virtude do princípio de hermenêutica que encontramos no artigo 6.º da antiga Lei de Introdução ao Código Civil, quando estabelece que "a lei que abre exceção a regras gerais ou restringe direitos só abrange os casos que especifica". Pelo exposto, antes do Decreto-lei n.º 406, a lei estadual não poderia admitir a incidência do ICM sobre as transferências entre

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 67-88, 1972

estabelecimentos da mesma pessoa jurídica existentes no mesmo Estado por contrariar a legislação federal então vigente e, após o referido diploma legal, tal incidência só se torna válida nos termos previstos pelo Decreto-lei n.º 406, ou seja, quando incidente o tributo sobre, tão somente, 75% do preço da mercadoria no estabelecimento destinatário.

33. A exegese do parágrafo 2.º do artigo 2, do Decreto-lei n.º 406, não oferece qualquer espécie de dúvida e não está o referido dispositivo legal condicionado, de qualquer forma, à existência de operação interestadual. A operação interestadual é objeto de regulamentação no artigo 2 parágrafo 1.º. Ao contrário, o parágrafo 2.º trata da remessa feita a estabelecimento destinatário pertencente à mesma pessoa jurídica, ensejando uma tributação com uma base de cálculo mitigada quando a venda é feita finalmente a preço de varejo, não se realizando a preço de atacado. A razão do parágrafo 1.º atende a uma política de equilíbrio econômico entre os Estados produtores e consumidores. No caso do parágrafo segundo, pretendeu o legislador não sobrecarregar com onus fiscal antecipado a empresa integrada que, realizando vendas por atacado e varejo, só deve pagar o imposto, adiantadamente, no estabelecimento comercial remetendo sobre 75% do valor final da mercadoria vendida a varejo, complementando-se o recolhimento do tributo no momento da venda efetiva da mercadoria pelo estabelecimento destinatário, ou seja, na ocasião em que ocorre a saída real da mercadoria, em virtude de operação de circulação econômica.

34. A interpretação literal e sistemática das mencionadas normas não dão ensejo a qualquer dúvida, tanto mais que, evidentemente, os vários parágrafos de um mesmo artigo contemplam hipóteses distintas e não se condicionam reciprocamente de acordo com a melhor técnica legislativa.

35. Os argumentos já expostos em relação aos vários processos de hermenêutica se robustecem ainda por considerações de ordem sociológica e política. Efetivamente, a orientação governamental é no sentido de realizar a curto prazo, inclusive graças a incentivos fiscais, a concentração de empresas com a criação de conglomerados, a fim de fortalecer as empresas nacionais. Uma legislação especial foi elaborada com essa finalidade, conforme se verifica pela leitura dos recentes Decretos-leis n.ºs 1.137, de 1970, 1.182 e 1.186, de 1971. Assim sendo, não se justificaria da parte do Governo uma penalização, com um tratamento discrimi-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 67-88, 1972

natório contra as empresas que tivessem realizado uma integração vertical, abrangendo as vendas por atacado e a varejo. Efetivamente, se a remessa fosse venda realizada por uma firma atacadista a outra varejista implicaria, tão somente, no pagamento do ICM nas bases do preço do faturamento do atacadista ao varejista, devendo o ICM ser complementado para alcançar a percentagem legal sobre o preço a varejo por ocasião da sua venda pela empresa varejista. Seria injusto criar um adiantamento em bases mais altas quando se tratasse de remessa de atacadista a varejista entre empresas pertencentes à mesma pessoa jurídica.

36. A ratio legis ou razão de ser da redução da base de cálculo consiste, no caso, em garantir a igualdade de tratamento entre o atacadista que revende a firmas varejistas e a empresa integrada que utiliza os seus armazéns para redistribuir, em seguida, as mercadorias a filiais ou subfiliais, devendo, em ambos os casos, a tributação ser realizada em bases idênticas, a fim de não prejudicar as companhias que, fazendo uma integração vertical e/ou horizontal, atenderam à política governamental de concentrações e fusões.

37. Acresce que se reconhece, hoje, que o ICM é um imposto neutro de cunho exclusivamente fiscal, sem finalidade regulatória ou incentivadora, não lhe cabendo, pois, fomentar ou desencorajar atividades, nem devendo o referido tributo ter atuação extrafiscal, como já tivemos o ensejo de assinalar em parecer no qual apreciamos a inconstitucionalidade de determinados incentivos concedidos pela legislação gaúcha (V. Arnaldo Wald, *Os incentivos fiscais do ICM e a política econômica nacional*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 426, abril de 1971, pág. 38 e, no mesmo sentido, Ruy Barbosa Nogueira, *Direito tributário — estudos de problemas e casos tributários*, vol. 1, São Paulo, José Bushatsky, Editor, 1969, pág. 61, e pág. 337).

38. Assim sendo, não poderia nunca o ICM ser um instrumento de desincentivação da criação de empresas integradas a *fortiori* quando tal política importa, como vimos, em contrariar frontalmente as metas governamentais federais que devem ser respeitadas pelos Estados e merecem a colaboração dos mesmos.

39. É verdade que a aplicação do parágrafo 2.º do artigo 2.º do Decreto-lei n.º 406, faz remissão ao parágrafo 3.º do mesmo artigo, pretendendo calcular os 75% sobre o valor dos preços efetivamente cobrados pelo remetente no segundo mes ante-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 67-88, 1972

rior ao da remessa. Na hipótese, o remetente não faz vendas diretas e, assim sendo, não existiria a mencionada base para cálculo, mas nada impede que, atendendo ao espírito do referido parágrafo 3.º, se aplique a redução de 25% sobre os preços atuais de venda do estabelecimento destinatário, situação que, como salientado na consulta, somente beneficiaria o Fisco estadual por não ocorrer, no momento, reduções de preços e seria materialmente exequível para a consulente.

40. A exegese do artigo 2.º parágrafo 2.º nos leva, finalmente, à conclusão de que a mencionada norma se aplica sempre que os preços constantes das notas fiscais de transferência são **preços de varejo**, pois a distinção que o legislador pretendeu fazer não é de caráter subjetivo, mas sim objetivo. Ao determinar que o ICM incidisse sobre 75% do valor dos preços nas vendas feitas a particulares, não comerciantes, ou seja, não contribuintes do ICM, não visou o legislador criar um privilégio injustificável para determinada classe de compradores ou de vendedores, mas pensou em corrigir as eventuais distorções entre os preços por atacado e a varejo, considerando tal diferença arbitrariamente como representando 25%, ou seja, partindo da idéia que o preço por atacado seria da ordem de 25% menor do que o preço a varejo. Tendo determinado, a intenção do legislador e a razão da lei (**ratio legis**), concluímos que a norma federal, que é regra geral de direito financeiro, **se impõe com caráter imperativo aos Estados, que, assim sendo, não podem afastar a sua aplicação**, que é automática e de pleno direito, independentemente de qualquer providência complementar por parte do legislador local.

41. Efetivamente, as normas gerais de direito financeiro emanadas da União não dependem de qualquer medida das autoridades estaduais para entrarem em vigor e serem aplicadas em cada um dos Estados. Elas são auto-exequíveis e vinculam, desde logo, as autoridades administrativas estaduais e municipais de todo o país. Ocorre, pois, que, a partir da entrada em vigor do Decreto-lei n.º 406, a incidência do ICM nas remessas entre estabelecimentos do mesmo titular deve admitir, como base de cálculo, o valor correspondente a 75% do preço a varejo.

42. O silêncio da lei estadual amazonense não pode implicar, de modo oblíquo ou indireto, em inaplicabilidade do Decreto-lei n.º 406, pois trata-se de norma cogente e de ordem pública que a lei local não pode rejeitar nem ignorar, pois a ninguém — e muito menos aos Estados é lícito ignorar a lei. **Nemo censetur**

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 67-88, 1972

ignore legem. Acresce que somente em virtude do disposto no Decreto-lei n.º 406 é que o Estado pode tributar as transferências entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica dentro do Estado. Ora, a partir do momento em que o ICM onera tais operações, as mesmas só podem ser tributadas nos exatos termos estabelecidos no mencionado Decreto-lei. Temos, pois, para chegar à nossa conclusão dois argumentos básicos:

a) A disposição contida no parágrafo 2.º do artigo 2.º do Decreto-lei n.º 406 é auto-exequível e de ordem pública, impondo-se a sua aplicação nos Estados, sem necessidade de qualquer providência estadual complementar;

b) Mesmo que, **ad argumentandum**, assim não fosse, somente **ex vi** do referido Decreto-lei é que a incidência do ICM sobre as transferências internas dentro do mesmo Estado entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica se tornou suscetível de tributação e, assim sendo, ou aplica-se o referido Decreto-lei com a tributação na base de cálculo por ele prevista de 75% do valor ou não cabe qualquer incidência do ICM sobre tais operações.

43. Sendo anterior ao Decreto-lei n.º 406, a legislação tributária do Estado do Amazonas (Lei n.º 550, de 17 de dezembro de 1966 e Decreto n.º 1.063, de 7 de dezembro de 1967), não contempla a hipótese do artigo 2.º parágrafo 2.º do mencionado diploma federal e se limita a conter uma norma especial para as transferências interestaduais, esclarecendo o artigo 10 do Decreto estadual n.º 1.063, de 7 de dezembro de 1967 que:

“Nas saídas de mercadorias decorrentes de operações que se destinem a contribuintes localizados em outro Estado, serão observadas as seguintes normas:

I.
II.

III. em se tratando de transferência para venda por estabelecimento do próprio remetente ou seu representante. A BASE DE CÁLCULO NÃO EXCEDE-
RÁ a 80% (DO PREÇO) DE VENDA DO ESTABE-
LECIMENTO DESTINATÁRIO, NO MOMENTO DA
REMESSA, DEDUZIDAS AS DESPESAS DE FRETE
E SEGURO”.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 67-88, 1972

A percentagem contida no referido artigo passou *ex vi* do Decreto-lei n.º 406, a 75% e em virtude do mesmo diploma passou a ser também aplicável a referida base de cálculo às transferências realizadas dentro do Estado.

A Resolução n.º 2 da Secretaria da Fazenda do Estado do Amazonas, datada de 23 de fevereiro de 1969 e publicada no Diário Oficial do Estado em 26 do mesmo mes, que mandou aplicar no Estado o disposto no Decreto-lei Federal n.º 406, reduziu a base de cálculo nas operações interestaduais entre estabelecimentos pertencentes à mesma pessoa jurídica ou física a 75% (em vez de 80% como determinava a legislação anterior), mas não se referiu à base de cálculo para as operações internas na mesma hipótese.

44. Em virtude do Decreto-lei n.º 406, desapareceu a possibilidade de qualquer distinção, no regime das transferências entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica decorrente do caráter interestadual ou interno das mencionadas operações, pois a norma federal (Decreto-lei n.º 406) estabeleceu, em caráter imperativo, a uniformidade de tratamento para ambas as situações. Assim sendo, a lei local não pode distinguir entre situações que a lei federal equiparou em virtude de norma geral de direito financeiro.

45. A norma contida no artigo 10 do Decreto estadual n.º 1.063/67, deve, pois, ser interpretada em combinação com o disposto no Decreto-lei Federal n.º 406, a fim de se conceder regime idêntico a todas as operações de transferências entre filiais, armazens e depósitos da mesma empresa, sejam internas ou interestaduais.

46. Se a lei local estabelecer qualquer discriminação entre as operações internas e interestaduais que foram identificadas ou equiparadas pelo legislador federal, implicará tal tratamento discriminatório em inconstitucionalidade corrigível pelo Poder Judiciário, inclusive através de mandado de segurança.

47. Temos, aliás, dúvida quanto à possibilidade, em tese, de qualquer discriminação que modifique a base de cálculo de acordo com o caráter interno ou interestadual da operação. A neutralidade do ICM a que já aludimos não permite tais distorções. A respeito há unanimidade de pensamento e opiniões na doutrina e na jurisprudência pátrias que, seguindo a lição de Aliomar Baleiro, têm entendido que:

RCCERS, Porto Alegre, 2(2): 67-88, 1972

“É inconstitucional qualquer discriminação de impostos locais por procedência e também POR DESTINO. Nenhum governo local pode valer-se de subterfúgios fiscais para cobrir-se da concorrência de habitante de outro... .”

Em consequência, o ICM não pode ser discriminado para isso ou com esse efeito” (Direito Tributário Brasileiro, já citado, pág. 98 *in fine*).

48. No caso, a tributação local beneficiária, no tocante à base de cálculo, a operação interestadual em detrimento da transferência interna, mas assim mesmo, ocorreria uma discriminação vedada expressamente pelo artigo 20 da Constituição Federal que impede às várias unidades da Federação de estabelecerem “diferenças tributárias entre bens de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino”.

49. O Supremo Tribunal Federal tem considerado como discriminação constitucionalmente vedada a fixação de bases de cálculo distintas para a incidência do tributo, conforme o destino das mercadorias, de acordo com o acórdão proferido no Recurso de Mandado de Segurança n.º 17.949, julgado pela Egrégia Segunda Turma, em 27 de agosto de 1968 (in *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 46, pág. 743 e seguintes) e pela própria Súmula n.º 124 do Excelso Pretório.

50. Finalmente, podemos afirmar que, além de determinação expressa do Decreto-lei n.º 406, a imposição das transferências na base de 75% do valor dos preços a varejo do destinatário está, hoje, consagrada pela analogia, constituindo, outrossim, um verdadeiro princípio geral do direito vigente na maioria dos Estados da Federação, que constitui fonte subsidiária do direito tributário. De fato, o artigo 108 do Código Tributário Nacional, determina que:

“Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente na ordem indicada:

I. a analogia;

II. os princípios gerais do direito

.....”

RCCERS, Porto Alegre, 2(2): 67-88, 1972

51. Ora, a analogia legis e a pesquisa dos princípios gerais do direito tributário nos revelam que, na maioria dos Estados, a legislação local, interpretando e aplicando o Decreto-lei Federal n.º 406, estabeleceu uma base de cálculo igual para as remessas internas e interestaduais entre estabelecimentos pertencentes a uma mesma empresa, fixando, em ambos os casos, a base de cálculo em 75% do valor venal a varejo da mercadoria.

52. Na realidade, alguns Estados preferiram não tributar, desde logo, as transferências internas, não usando a faculdade decorrente do Decreto-lei n.º 406, pois o diploma federal, embora imperativo no teto que fixa, enseja, para as várias unidades da Federação, a possibilidade de cobrar ou não o ICM nas transferências internas entre estabelecimentos da mesma empresa, mas, se o cobrarem, deverão fazê-lo de acordo com as bases de cálculo mencionadas no diploma federal.

53. Assim já vimos que, tradicionalmente, o Estado da Guanabara não cobrava o ICM sobre tais transferências, ex vi do disposto no artigo 7, inciso IV da Lei estadual n.º 1.165, de 13 de dezembro de 1966.

54. Por sua vez, o Rio Grande do Sul concede, em relação a essas operações, um diferimento facultativo da incidência, que implica em reconhecer que somente com a circulação econômica real e efetiva deverá ser cobrado o ICM. Estabelece o artigo 7.º do Regulamento aprovado pelo Decreto estadual n.º 20.148, de 4 de fevereiro de 1970, que:

“Difere-se a incidência e o respectivo pagamento do imposto para a etapa posterior, nos casos de:

- I.
- II.
- III. remessa de mercadorias, a qualquer título, entre estabelecimentos pertencentes à mesma pessoa, localizados no Estado;
.....”

Ao comentar a mencionada norma, a doutrina esclareceu que “ocorre aqui a simples saída física, desacompanhada de circulação econômica ou jurídica, motivo pelo qual entendemos que

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 67-88, 1972

estamos face a uma não incidência típica” (Irajá Andara Rodrigues, **O novo regulamento do ICM comentado**, Porto Alegre, Editora Itacema, 1970, pág. 360). Os comentadores do texto gaúcho ainda acrescentam que:

“Uma vez que os estabelecimentos de uma mesma pessoa, física ou jurídica, estejam localizados no Estado, poderão ser transferidas mercadorias de um para outro, com diferimento.

No entanto, **pode o estabelecimento que transferir as mercadorias, desistir do diferimento e transmitir o crédito ou parte dele**” (Antonio Augusto Vieira Falcão, **O imposto de circulação de mercadorias comentado**, São Paulo, Sulina, Porto Alegre, 1968, pág. 32).

A atual legislação gaúcha incorporou, no seu artigo 24 do Regulamento acima citado, as disposições do Decreto-lei n.º 406, de modo que também determina que, nas transferências entre filiais da mesma pessoa jurídica, a base do cálculo do imposto seja fixada em 75% do preço de venda no estabelecimento remetente se não houver vendas a outros comerciantes ou industriais (artigo 24, inciso IV do Regulamento citado)

55. No Estado de São Paulo, as normas do Decreto-lei federal n.º 406 foram acolhidas pelo Decreto estadual n.º 51.345, de 31 de janeiro de 1969, esclarecendo as respostas às consultas de n.ºs 1.532 de 1969 e 97 de 12 de março de 1971 que nos foram apresentadas que

“... cuidou o referido diploma legal de utilizar o preço efetivamente obtido em vendas realizadas pelo remetente diferenciando-o, entretanto, segundo a espécie de venda, ‘a varejo’ ou ‘a atacado’, determinável em função da qualidade do destinatário, conforme seja comerciante ou consumidor. INTUITIVA É A CONCLUSÃO DE QUE A PESSOA DO DESTINATÁRIO FOI EMPREGADA APENAS NO SENTIDO DE PERMITIR A FÁCIL AFERIÇÃO DO PREÇO CONSIDERADO, SE DE “VAREJO” OU SE DE “ATACADO”.

Assim, quando o remetente utilizar o “preço de varejo”, porque é estabelecimento varejista e, por isso, as suas vendas são normalmente realizadas a consumidor, adotará nas transferências aquele preço reduzido a 75%, mesmo que venda, desde que pelo mesmo valor, a comerciantes ou industriais”.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 67-88, 1972

56. No Paraná, o artigo 6 do Decreto estadual n.º 14.082/69, também acolheu a norma contida do Decreto-lei n.º 406 e, na consulta protocolada sob o n.º 16.524/71, ficou esclarecido pelas autoridades competentes que, utilizando o preço de varejo, ou seja, de venda a consumidores para as transferências entre filiais no Estado e remessa para o Armazém Central de São Paulo, a consulente devia adotar, como base de cálculo, 75% desse preço, conforme se verifica pela decisão proferida em 2 de junho de 1971.

57. No Estado de Santa Catarina, a Comissão Técnica Permanente (COTEPE), através da Resolução n.º 11 mandou aplicar o Decreto-lei n.º 406, tanto nas operações interestaduais como nas internas, conforme se verifica no processo n.º 1.741, com informação datada de 4 de junho de 1971.

58. Em Pernambuco, o Decreto estadual n.º 1.894, de 27 de janeiro de 1970, regulamentou específica e expressamente "a base de cálculo do ICM nas transferências realizadas entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo contribuinte". No artigo 1.º do mencionado diploma, esclareceu-se que:

"Nas saídas de mercadorias destinadas a estabelecimentos pertencentes ao próprio remetente ou seu representante, **LOCALIZADOS NESTE OU EM OUTROS ESTADOS, A BASE DE CÁLCULO SERÁ:**

- I.
- II.
- a)
- b) se o remetente for comerciante o preço do estabelecimento comercial à vista em vendas a outros comerciantes e industriais;

Parágrafo único: Ocorrendo a hipótese prevista na letra "b" do item II deste artigo, se os estabelecimentos operarem exclusivamente com vendas a varejo, **A BASE DO CÁLCULO DO ICM SERÁ EQUIVALENTE A 75% DO PREÇO DE VENDA NO ESTABELECIMENTO REMETENTE".**

59. No Ceará, a Lei n.º 9.422, de 10 de novembro de 1970, dispõe no seu artigo 14, parágrafo 12, que:

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 67-88, 1972

"Nas transferências de mercadorias para outro estabelecimento do próprio remetente ou agente depositário, dentro do Estado, a base de cálculo será de 75% do preço de venda do estabelecimento destinatário".

60. Pela exposição do direito local de vários Estados, desde o Rio Grande do Sul até o Ceará, passando por Santa Catarina, Paraná, São Paulo e Pernambuco, chegamos à conclusão de que a tendência dominante em nosso direito é no sentido de aplicar a incidência com base de cálculo reduzida nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular nas operações, tanto internas (dentro do mesmo Estado) como interestaduais.

III. CONCLUSÕES

61. Verificamos, pois, em conclusão, que:

I. Somente em virtude do Decreto-lei n.º 406 (artigo 2 parágrafo 2.º) é que foi possível ao Estado tributar a transferência entre os vários estabelecimentos pertencentes a uma pessoa jurídica no mesmo Estado;

II. A aplicação da referida norma é imperativa, fixando um teto para a base de cálculo que não pode ser ultrapassado pelos Estados;

III. Tratando-se de norma geral de direito financeiro é aplicável, desde logo, em todos os Estados, independentemente de qualquer regulamentação local;

IV. A maioria dos Estados brasileiros aplicam, mansa e pacificamente, a referida norma;

V. A omissão do Estado do Amazonas em baixar nova regulamentação da matéria, após a promulgação do Decreto-lei n.º 406, não pode implicar em afastar a aplicação da referida norma federal;

VI. Passando a serem equiparadas as transferências de estabelecimentos do mesmo titular quando localizados no mesmo Estado ou em Estados diferentes, o artigo 10, inciso III do Decreto n.º 1.063, de 7 de dezembro de 1967, do Estado do Amazonas, deve ser entendido como sendo aplicável não só às operações interestaduais, como, também, às transferências internas, realizadas dentro do Estado entre armazém e filiais ou entre filiais da mesma empresa;

VII. O Estado do Amazonas não pode discriminar no tratamento fiscal que concede às empresas atacadistas e às empre-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 67-88, 1972

sas integradas que redistribuem as suas mercadorias pelas suas filiais; em ambos os casos o tributo pago na saída do armazém deve corresponder ao preço por atacado que *ex vi legis* é considerado como representando 75% do preço pago pelo usuário final. Obrigar as empresas de distribuição como a consulente a pagar antecipadamente o ICM na saída do armazém para as filiais, implicaria em discriminação odiosa e ilegal que ainda contrariaria a política federal de concentração e fusão das empresas.

VIII. O fato de haver vendas realizadas a comerciantes, não exclui a incidência do artigo 2, parágrafo 2.º do Decreto-lei n.º 406, desde que não haja preços de atacado, sendo as vendas feitas a todos os compradores pelos preços a varejo e inexistindo preços por atacado não sendo, outrossim, concedido qualquer desconto pela natureza do comprador, mas admitindo-se, tão somente, com caráter eventual, um desconto de 10% nas vendas de vulto, independentemente da qualidade do comprador (comerciante ou não comerciante);

IX. O cálculo determinado pelo parágrafo 3.º do artigo 2 do Decreto-lei n.º 406, pode ser feito, tendo em vista o preço da venda final pelo qual a mercadoria será vendida nas filiais, de acordo com os preços atuais que, numa conjuntura inflacionária, são sempre iguais ou superiores aos existentes anteriormente, não havendo, no caso, qualquer prejuízo que possa ser causado ao Estado ou alegado pela Fazenda.

62. Assim sendo, respondendo à consulta, podemos afirmar que o comportamento da consulente, descrito na sua consulta, é correto, tanto nas transferências do armazém para as filiais, como nas realizadas entre filiais ou entre essas e o armazém, não podendo, pois, prevalecer o auto de infração e sendo ilegítima a cobrança, do saldo do imposto que pretende o Estado do Amazonas.

63. Contra a pretensão ilegítima do Estado, cabe, além dos recursos administrativos próprios, a impetração de mandado de segurança, por evidenciar o comportamento da autoridade uma lesão de direito líquido e certo da consulente que encontra amparo no artigo 2, parágrafo 2.º do Decreto-lei n.º 406, para continuar com o procedimento que está adotando.

Rio de Janeiro, 30 de outubro de 1971.

PARECER N.º 2006/CGE

INQUÉRITO.

Indiciado oficial da Brigada Militar do Estado e outro não detentor de cargo público estadual. *Ilegitimatío ad causam* passiva deste.

INVASÃO DE ATRIBUIÇÃO. Competência da Justiça Militar do Estado. Remessa dos autos ao alto comando daquela Corporação.

Vem a exame da Consultoria Geral do Estado, para os fins previstos no inciso VI, do art. 1.º, do Decreto número 20.230, de 22 de abril de 1970, o processo administrativo a que responderam o Major Engenheiro J. P. C., quando em exercício na Direção da Divisão de Engenharia Prisional da Superintendência dos Serviços Penitenciários e do empreiteiro A. P. S., conforme Portaria do Senhor Governador do Estado, proposta pela Secretaria do Interior e Justiça, publicada no órgão oficial, edição de 25 de março de 1971 (fls. 102).

2. O primeiro, oficial ativo da Brigada Militar do Estado, parece ter sido posto à disposição do órgão de que era diretor, vinculado à Secretaria do Interior e Justiça, fato que não se pôde comprovar, a despeito da extensa folha de antecedentes carreada (fls. 161 a 175).

3. O segundo, ao que tudo indica, não é agente administrativo. A ausência de sua folha funcional e a reiterada qualificação de "empreiteiro", na portaria, no interrogatório, nas razões de defesa e no relatório, convencem de que A. P. S. não está vinculado ao Serviço Público Estadual, não estando sujeito a seu regime disciplinar.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 91-95, 1972

4. São eles acusados (fls. 85 a 87 e 90) de graves irregularidades, passíveis, até, de serem "processados criminalmente". O militar é especificamente acusado de haver recebido "um serviço que não foi executado no seu todo, atestado nas notas de empenho referentes ao serviço contratado" (fls. 84).

5. Se é verdade que pode haver "serviço público" desempenhado por quem não seja "agente administrativo", de modo que, à primeira vista, nos termos do art. 225 do Estatuto, pudessem o particular ser indiciado em inquérito administrativo destinado a apurar irregularidades que nele viessem a ser constatadas, por outro lado, dúvida não há de que dentre os "agentes públicos" só funcionários podem figurar na relação jurídico-processual administrativa, como prescreve o artigo 1.º do mesmo diploma:

"Art. 1.º — Este Estatuto regula o provimento e a vacância dos cargos públicos, os direitos e as vantagens; os deveres e as responsabilidades dos funcionários públicos civis do Estado."

Daí resulta a *ilegitimatio ad causam* passiva do empreiteiro. "Funcionário" é o que colabora na formação da vontade dos órgãos das pessoas coletivas de direito público, desempenhando as tarefas em que traduz a atividade dos serviços administrativos e deve estar legalmente investido em cargo público.

O empreiteiro A. P. S. não está nessa condição. Logo, a apuração das irregularidades que tenha praticado ou dos danos que haja causado ao patrimônio do Estado deve ser procedida pela Justiça ordinária, mediante representação à autoridade policial, ao juiz ou ao órgão do Ministério Público, (Código de Processo Penal, artigo 39) à qual compete também o julgamento e, se for o caso, a execução da pena.

6. No que concerne ao Major Engenheiro J. P. C., parece haver ocorrido invasão de atribuição, se bem que "a competência para ordenar a instauração do processo", isto é, o exercício da ação disciplinar, caiba à autoridade signatária da portaria vestibular.

Contudo, a competência para promover o processo (apurar o ilícito) é atribuição da corporação a que pertence o oficial, através do Conselho de Justificação, formado de oficiais, nomeados pelo Governador (Lei n.º 6.195, de 15 de janeiro de 1971, artigos 33 a 36, combinados com a Lei (federal) n.º 5.300, de 29 de junho de 1967, artigo 17), *verbis*:

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 91-95, 1972

Lei n.º 6.195/71:

"Art. 33 — O oficial da Brigada Militar só perderá o posto e a patente se for declarado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão da Justiça Militar do Estado, em tempo de paz, ou de Tribunal Especial em tempo de guerra.

.....
Art. 34 — O oficial passível de ser considerado moral ou profissionalmente incapaz de permanecer na ativa será submetido a Conselho de Justificação. Art. 35 — O Conselho de Justificação é regulado em lei específica e se destina a julgar, através de processo especial, a incapacidade moral ou profissional do oficial para permanecer na ativa, oferecendo-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar.

Art. 36 — Compete à Justiça Militar do Estado, em tempo de paz, ou ao Tribunal Especial, em tempo de guerra, se o oficial for enquadrado nas disposições do artigo anterior, conforme o caso:
I — declará-lo indigno para o oficialato ou com ele incompatível, aplicando-lhe, em consequência, a perda de posto e patente ou,
II — determinar sua reforma."

Lei (federal) n.º 5.300/67:

"Art. 14 — Lavrado o relatório, com um termo de encerramento escrito pelo escrivão, o processo será enviado ao Ministro da respectiva Pasta Militar, que, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, aceitando ou não o parecer do Conselho de Justificação e, neste último caso, justificando os motivos de seu despacho, determinará:

- a) o arquivamento do processo, se considerar procedente a justificação;
- b) a remessa do processo à autoridade militar competente para a aplicação da punição, se o fato ou o ato apurado constituir falta disciplinar;

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 91-95, 1972

c) a remessa do processo ao Auditor competente, se o fato ou o ato apurado constituir crime;

d) a remessa do processo ao Superior Tribunal Militar, se o fato ou o ato apurado estiver previsto no art. 4.º.

Art. 17 — Esta lei se aplica, no que couber, às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros dos Estados e do Distrito Federal.

§ 1.º — São da competência dos Governadores e do Prefeito do Distrito Federal as atribuições previstas na presente lei para os Ministros Militares.

Indagar-se-ia se, estando dito oficial à disposição de autoridade civil, embora disso não haja prova clara nos autos, competente seria esta para processá-lo. A doutrina (MARCELLO CAETANO, "Manual" n.º 317) se inclina nesse sentido. A Jurisprudência administrativa, entretanto, (Conselho do Serviço Público, Parecer n.º 7.624, D. O. 24/9/68), em caso semelhante (soldado à disposição dos Institutos Penais), propôs o encaminhamento dos autos do inquérito à Brigada Militar, verbis:

"Em conclusão e divergindo, em parte (...) da digna Comissão de Inquérito, propõe o Órgão Colegiado de Pessoal do Estado:

a) encaminhamento do presente inquérito à Brigada Militar do Estado, para os fins que ela entender conveniente, tendo em vista o artigo 85 e seguintes da Lei n.º 1753/52;"

7. Relativamente à competência para decidir, o Estatuto dos Policiais Militares parece haver-se desviado do sistema federal. Por este (art. 14), o Ministro (entenda-se Governador, por força do art. 17 da mesma lei federal citada) poderá decidir quando se trate de falta disciplinar, mandando que a execução da pena seja feita pela "autoridade militar competente", necessariamente, o Comandante da Unidade a que está subordinado o oficial e só em se tratando de crime ou de imputação arrolada no artigo 4.º desse mesmo diploma é que a decisão caberia à Justiça Militar.

O legislador estadual, todavia, incumbiu a decisão do processo, em qualquer caso, à Justiça Militar. É o que se depreende

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 91-95, 1972

da redação do novo Estatuto, art. 36, mesmo porque não cuida, especificamente, da competência para punir quando a infração constitua falta disciplinar.

8. Justificar-se-ia indagar se o legislador estadual poderia proceder desse modo, retirando esse poder da competência do Chefe do Governo, para transferi-lo à Justiça especializada. Entendemos que pode, porque o julgamento pela Justiça Militar, dada a especialização, presume-se distribua melhor a justiça, do que resultará maior garantia aos administrados.

9. Concluindo, entendemos, quanto ao oficial, que a digna Secretaria dos Negócios do Interior e Justiça invadiu a competência da Justiça Militar, eis que ao tempo da abertura do inquérito já vigia o novo Estatuto da Brigada Militar. Cabia-lhe, apenas, representar ao comando dessa corporação, a quem sugerimos a remessa dos autos, para os fins previstos nos artigos 28 e/ou 34 daquele diploma.

Por outro lado, relativamente ao empreiteiro, restaria promover a abertura da ação penal, como fora determinado, de cuja efetivação, entretanto, não há notícia.

É o nosso parecer.

Porto Alegre, 1.º de fevereiro de 1972.

Wilson Alano
Consultor Jurídico

PARECER N.º 73/USE

AVANÇOS

Só fazem jus aos avanços trienais os funcionários públicos nomeados em cargos de provimento efetivo.

O Excelentíssimo Senhor Governador do Estado solicita pronunciamento desta Consultoria Geral no expediente em que o Diretor-Presidente do Departamento da Loteria do Estado, P. P., requer a concessão de avanços, tendo em consideração o ato que o estabilizou no serviço público estadual, com fundamento no art. 177, § 2.º, da Constituição do Brasil de 1967.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 95-103, 1972

Argumenta o requerente que a estabilidade pressupõe a efetividade e os avanços são conseqüência desta.

A douta Assessoria Jurídica e Legislativa do Gabinete do Governador, instada a se pronunciar, emitiu o bem fundamentado parecer anexo, onde faz a distinção entre a efetividade, como pressuposto de nomeação em cargo público de provimento efetivo precedido de concurso e a estabilidade, que pressupõe, apenas, a admissão regular no serviço público para concluir que somente são abrangidos pelos avanços de vencimentos os funcionários públicos providos em cargos em caráter efetivo (art. 98, da Lei n.º 1751/52).

É o relatório.

2. O Departamento da Loteria do Estado possui personalidade jurídica de direito público e autonomia administrativa e financeira, sendo, em conseqüência, resultado da descentralização administrativa, embora subordinado, hierarquicamente, a uma Secretaria de Estado, o que de per si só não é suficiente para descaracterizar sua real posição de Autarquia Industrial do Estado.

Já o Decreto-Lei n.º 1350, de 15 de janeiro de 1947, ao instituir a exploração de loterias pelo Estado, dispunha no art. 2.º, **verbis**:

“Art. 2.º — O Estado organizará, por intermédio da Secretaria da Fazenda, **uma repartição autônoma** à qual será atribuída a execução do serviço referido no artigo anterior”. (grifei).

O atual Regulamento da Loteria do Estado, aprovado pelo Decreto n.º 17.930, de 15 de junho de 1966, dispõe, da mesma forma, **verbis**:

“Art. 1.º — O Departamento da Loteria do Estado, repartição vinculada à Secretaria da Fazenda, **com plena autonomia administrativa e financeira**, tem por objetivo a exploração dos serviços de loterias, para os fins de beneficiência e assistência previstas em lei”. (grifei)

Segundo ensinamentos de Hely Lopes Meirelles:

“as autarquias são entes autônomos, criados por lei, com personalidade jurídica de direito público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas”.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 95-103, 1972

A Autarquia somente pode nascer da lei. Só através de via legislativa podem ser criadas pessoas públicas administrativas. Realmente, de acordo com os ensinamentos de Rui Cirne Lima a atividade do administrador é atividade de quem não é proprietário. A administração se exerce dentro dos limites da lei. Não pode, em conseqüência, existir autarquia sem que seja criado o serviço pela lei, a ser executado através de um ente administrativo autônomo. Falece à administração competência para destacar de si uma função autônoma, erigida em personalidade, com direito e obrigações próprias. Todo o dinamismo da administração advém da obrigação de cumprir as disposições legais

Dentre as relações entre o Estado e a Autarquia, destaca, Celso Antônio Bandeira de Mello:

- “a) criação e extinção das autarquias;
- b) controle administrativo e financeiro ou tutela;
- c) imunidade das autarquias a impostos e
- d) responsabilidade do Estado pelos atos das autarquias”. (in *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, pág. 416).

O controle administrativo e financeiro das autarquias abrange toda espécie de atos através dos quais a Administração conforma a ação autárquica ao cumprimento de seus fins específicos, em consonância com os genéricos objetivos estatais, quer no que respeita ao mérito de seus atos, quer no que tange às exigências de sua legitimidade.

A Administração pode, também, intervir na Autarquia, destituindo sua direção e tomando a si o serviço público conferido ao ente autônomo, que originariamente lhe pertencia.

“A Administração Central, no caso, se assenhoreia dos negócios da autarquia, apresentando-se, como verdadeira dirigente das questões deferidas à entidade” (obra citada, pág. 450).

Se a Administração pode o mais, isto é, exercer verdadeira tutela sobre os atos praticados pelo ente autárquico, quer no que diz respeito à sua legalidade, quer no mérito propriamente dito, se pode intervir, isto é, tomar a si todo o serviço descentralizado sob forma autônoma, destituindo os corpos dirigente e fiscalizador e tomando a si a responsabilidade e o desempenho de suas

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 95-103, 1972

funções, pela própria natureza do órgão personificado, pode, logicamente, o menos, que é a livre exoneração e substituição de sua diretoria.

Tão tranqüila é a matéria que é objeto de Súmula do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“25. A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo de dirigente de autarquia”.

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 estão na proporção direta do interesse e confiança da autoridade a que a lei confere tal prerrogativa.

O art. 4.º, do Decreto-Lei n.º 1350, de 15 de janeiro de 1947, não deixa qualquer dúvida ao dispor:

“Art. 4.º — O serviço das loterias será administrado por dois diretores, nomeados pelo Governo, com assistência de um Conselho Fiscal” (grifei).

O artigo seguinte fixava-lhes os vencimentos e a comissão incidente sobre o lucro líquido anual obtido na exploração do serviço.

Já a Constituição Estadual de 1947 dispunha em seu art. 201, *verbis*:

“Art. 201 — A investidura em todos os cargos, de carreira ou não, efetuar-se-á mediante concurso público, salvo naqueles que a lei, no ato de criação, declarar de comissão ou de confiança”.

Ora, a lei que criou os cargos de diretor do Departamento da Loteria do Estado, ao dispor que seus titulares seriam nomeados pelo Governo, sem a exigência de concurso público, embora não tenha dito, expressamente, que se tratava de cargos em comis-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 95-103, 1972

são ou confiança, destinava-os a funções de confiança do Governo do Estado e, como tais, ficam caracterizados em consonância com o art. 201, da Constituição Estadual que imediatamente se seguiu.

O Regulamento da Loteria do Estado, aprovado pelo Decreto n.º 2280, de 17 de fevereiro de 1947, no que diz respeito à Diretoria, cingiu-se a reproduzir, no art. 5.º, a norma transcrita do art. 4.º, do Decreto-Lei n.º 1350, havendo a ocorrência de idêntico procedimento no Decreto n.º 5580, de 25 de setembro de 1954, ao estabelecer novo Regulamento para o Serviço Lotérico do Estado.

Já o art. 3.º, da Lei n.º 5108, de 26 de novembro de 1965, introduziu alterações nos cargos de confiança destinados à direção da Loteria Estadual, conforme a seguir se transcreve, dando nova redação ao art. 4.º, do Decreto-Lei n.º 1350/47, *verbis*:

“O Serviço de Loterias será administrado por um Diretor-Presidente e um Diretor, com as atribuições que serão fixadas em Regulamento”.

O Regulamento, a que se refere a norma legal acima transcrita, foi baixado e aprovado pelo Decreto n.º 17.930, de 15 de junho de 1966, que, a par das atribuições conferidas ao Diretor-Presidente e ao Diretor, idênticas, substancialmente, às fixadas na legislação anterior, dispôs novamente que

“O Serviço da Loteria do Estado do Rio Grande do Sul será administrado por um Diretor-Presidente e um Diretor, nomeados pelo Governador do Estado” (art. 9.º).

No que concerne à caracterização dos postos hierárquicos da Loteria do Estado, como cargos de provimento em comissão, em virtude de serem de confiança e conseqüente livre nomeação e exoneração do Governador do Estado, não sofreu alteração apreciável em face das Constituições Estaduais de 1967 e 1970, ao disporem, nos arts. 69 e 90, respectivamente:

“Art. 69 — A nomeação para cargo público de provimento efetivo será precedida de concurso público de provas e títulos”.

Art. 90 — A nomeação para cargos em comissão, assim declarados em lei, prescindirá de concurso, sendo de livre provimento e exoneração”.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 95-103, 1972

4. Poder-se-ia argumentar, louvando-se nas normas constitucionais transcritas, de 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 da hierarquia superior estadual bem definidos, 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.

Velha regra de hermenêutica repele interpretação que se conforme com o sentido literal de textos antinômicos. Em tais hipóteses, há que se extrair dos textos em confronto o sentido racional visado pelas normas, há que se atender mais ao conteúdo, ao fim da lei, do que às palavras empregadas.

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.

Se “é da prestação do serviço que se há de concluir da natureza da relação, sendo irrelevante caracterizar a vinculação pela forma de admissão”, de acordo com jurisprudência do Conselho do Serviço Público, in *Parecer n.º 7202*, publicado no D. O. de 14/9/67, não será heresia jurídica se afirmar que é da criação em lei para os postos da hierarquia superior, livre nomeação e

exoneração, conjugada pelo agrupamento de atribuições, que se há de caracterizar os cargos em comissão, em contraste com os de provimento efetivo.

5. A *contrario sensu* chegar-se-ia à mesma conclusão: não se trata de cargo de provimento efetivo porque a lei que o criou não exigiu concurso público para seu provimento; não se caracteriza como condutor político não só pelo fato de não possuir funções políticas, mas sim industriais ou comerciais, mas, ainda, porque nessa hipótese não teria aplicação o art. 177, § 2.º, da Constituição do Brasil de 1967, prodigalizador da estabilidade excepcional.

6. A estabilidade pressupõe a efetividade e como tal transformaria todos os cargos e funções em cargos de provimento efetivo?

A efetividade serve para dividir os cargos públicos em duas grandes categorias: cargos de provimento em comissão, os declarados por lei, de livre nomeação e exoneração; e cargos de provimento efetivo, os demais.

Não há, propriamente, cargo efetivo, mas sim servidor efetivo, isto é, o nomeado após concurso público, em contraste ao servidor nomeado para cargo em comissão, da mesma forma como não se pode falar em cargo estável, mas sim servidor estável.

A efetividade do servidor, subsequente à classificação em concurso público e nomeação, o situa entre o interino ou o nomeado para cargo em comissão e o estável: possui mais garantias do que aqueles e menos do que este.

Muitas dúvidas têm sido propaladas e opiniões divergentes sustentadas por causa da confusão que tem sido feita entre a efetividade relacionada aos cargos de provimento efetivo com a efetividade referida à condição de servidor.

Assim, por exemplo, pode ser nomeado um servidor interinamente para exercer um cargo de provimento efetivo, sem que, com isso, dito servidor passe à condição de efetivo. Na hipótese, a efetividade do cargo não se comunica à efetividade do servidor, o qual continua interino.

Da mesma forma o cargo de provimento em comissão pode ser exercido por servidor efetivo sem que ele seja despojado da sua efetividade.

A estabilidade contém em si a efetividade, mas não a relacionada ao cargo de provimento efetivo, e sim a relativa à condição, ao status do servidor.

Quando se diz que a estabilidade é pressuposto, contém em si a efetividade, nada mais se está dizendo que o estável continua com sua condição de servidor preexistente a tal ato acrescido da garantia de permanência no serviço público.

Em outras palavras se está afirmando o inverso do pretendido, isto é, que em regra não será detentor de cargo público de provimento efetivo, porque não se submeteu a concurso público, pressuposto da efetividade do cargo.

Esta Consultoria-Geral, em Parecer n.º 292/GAJ, publicado no Diário Oficial de 19/12/68, teve ensejo de se manifestar sobre o tema, conforme a seguir se transcreve:

“Referida ao servidor, a efetividade designa uma situação funcional em que o servidor tem uma garantia menor que a do estável, porém maior que a do interino. Entre este e o efetivo pode-se situar, como o fez a Lei Federal n.º 2735, de 18/2/56, o funcionário em estágio probatório. Teremos assim, em ordem decrescente de garantias, as seguintes situações funcionais: a) a vitaliciedade (demissão só mediante sentença; extinção do cargo igual avulsão); b) estabilidade (demissão mediante sentença ou inquérito; extinção do cargo igual a disponibilidade); c) efetividade (demissão mediante sentença ou inquérito; inexistência de proteção contra a extinção do cargo. Súmula 12 do STF); estágio probatório (demissão mediante sentença ou inquérito; inexistência de proteção contra a extinção de cargo; exoneração apurada a incapacidade para o exercício do cargo, conforme Súmula 21 do STF); e) interinidade (cargo em comissão); exoneração sem causa”.

Consideramos assim demonstrada a diferença existente entre a efetividade referida ao cargo de provimento efetivo, cuja característica essencial é a nomeação mediante concurso público, por disposição constitucional, e a efetividade referida à condição do servidor, considerada como elemento qualificador do seu “status”.

7. Quem são os destinatários das normas estatutárias que instituíram os avanços trienais de vencimentos, eis a derradeira questão.

Estabelecem as disposições estatutárias (Lei n.º 1751/52), em questão, **verbis**:

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 95-103, 1972

“Art. 97 — A lei estabelecerá avanços periódicos de vencimentos, para os **cargos isolados ou classificados**, que se operarão automaticamente de três em três anos” (grifei).

Art. 98 — Somente terão direito aos avanços previstos no artigo anterior os **funcionários providos em caráter efetivo**” (grifei).

São pressupostos legais bem definidos para o funcionário intitular-se aos avanços trienais de vencimentos:

- a) ter sido nomeado, regularmente, para cargo isolado ou classificado;
- b) o provimento será em caráter efetivo, isto é, precedido por correspondente concurso público;
- c) ter exercido tais cargos pelo período de três anos.

Ora, o requerente não foi nomeado para cargo isolado ou classificado; o provimento do cargo não foi precedido de concurso público, isto é, não se trata de cargo de provimento efetivo; embora possua mais de um triênio de exercício, tal desempenho das funções não corresponde aos cargos isolados ou classificados em caráter efetivo.

Portanto, por absoluta carência dos pressupostos exigidos, não faz jus aos avanços trienais de vencimentos.

Esta a minha opinião, s.m.j.

Porto Alegre, 11 de janeiro de 1971.

Ivalino João Bortolan
Consultor Jurídico

PARECER N.º 86/USE

APOSENTADORIA — PROVENTOS.
Servidor contribuinte do INPS
Aplicabilidade da Lei 5.892/69 aos inativos.

I. A. H., em requerimento dirigido ao Excelentíssimo Senhor Presidente do Instituto Sul-Riograndense de Carnes, reivindica a extensão aos inativos do aumento concedido ao fun-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 103-107, 1972

cionalismo estadual, a partir de 1.º de janeiro de 1970, pela Lei 5.892, de 23 de dezembro de 1969.

A requerente alega que, a partir da data em que entrou em vigor o sobredito aumento, não só não foi beneficiada com o acréscimo de 20% (vinte por cento), a que teria direito, como, ao contrário, passou a sofrer uma redução mensal em seus proventos no valor de Cr\$ 14,25 (quatorze cruzeiros e vinte e cinco centavos).

Pretendendo comprovar o que afirmava transcreveu as importâncias recebidas do INPS e as diferenças pagas pelo Instituto, sic:

“A requerente tem comprovado, sistematicamente, as importâncias que recebe do INPS, junto ao Serviço de Pessoal, onde poderá ser constatado que não recebeu aumento do Instituto Nacional de Previdência Social de janeiro a julho de 1970; todavia no período assinado recebeu, como diferença de proventos, Cr\$ 244,87; em contraste com o ano de 1969, onde recebeu todos os meses a diferença de proventos: Cr\$ 259,12, o que vem a comprovar que, além de não ter recebido o aumento a que faz jus, a partir de janeiro de 1970, sofreu uma redução de proventos”.

O Chefe do Serviço de Pessoal do Instituto de Carnes, instado a se manifestar, lançou nos autos a informação de folhas, que, em termos claros e mediante cálculos bem explícitos, demonstrou as importâncias devidas pelo INPS, juntou os respectivos comprovantes, o valor a que fazia jus se na atividade estivesse e o complemento a cargo da Autarquia.

O Consultor Jurídico da Autarquia concluiu pelo indeferimento da petição em vista dos dados fornecidos pelo Serviço de Pessoal, que comprovavam estar a requerente recebendo todas as vantagens a que fazia jus.

Havendo a requerente, na parte final de seu requerimento, protestado pela audiência da Consultoria-Geral do Estado na hipótese de ver indeferida sua reclamação, o Excelentíssimo Senhor General Gastão Pereira dos Santos, Digníssimo Presidente daquela Autarquia, ao indeferir o requerido, houve por bem solicitar parecer desta Casa.

2. Quanto à aplicabilidade aos inativos do aumento de 20% (vinte por cento), a partir de 1.º de janeiro de 1970, concedido pela Lei n.º 5.892, de 23 de dezembro de 1969, não há qualquer dúvida.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 103-107, 1972

O art. 5.º, da supramencionada lei, dispõe expressamente, **verbis**:

“Art. 5.º — O disposto na presente lei aplica-se aos pensionistas do Tesouro do Estado, aos servidores estaduais à disposição da Rede Ferroviária Federal S. A., na conformidade da legislação que lhe é própria e, para cálculo de diferença de proventos, aos servidores estaduais com regime previdenciário próprio, observados, sempre, os benefícios que vêm sendo efetivamente pagos pelo Instituto Nacional de Previdência Social” (grifei).

Não haveria necessidade, mesmo, que esta Lei fizesse tal referência para se concluir pela sua aplicabilidade aos inativos, eis que a Lei n.º 3.096, de 13 de dezembro de 1956, que regula os proventos da inatividade dos servidores do Estado e dá outras providências, estabeleceu, em seu art. 1.º, a percepção de proventos iguais aos vencimentos que, em qualquer época, venham a perceber os servidores ativos.

Todavia, o Instituto Sul-Rio-Grandense de Carnes não negou a aplicabilidade da lei aos inativos, ao contrário, demonstrou que a estava cumprindo, motivo pelo qual a questão de direito transmutou-se para a de fato.

3. Que a Autarquia do Estado afeta aos problemas da carne deveria efetuar o desconto, nas folhas de pagamento dos funcionários ativos e na diferença dos inativos, relativo ao fundo para complementar a aposentadoria com fundamento na Lei n.º 3.096/56, e legislação posterior modificadora, também é certo e incontestável.

Para os serviços descentralizados, eis o que dispõe o art. 4.º e parágrafo, da predita lei, **verbis**:

“Art. 4.º — Os servidores da Viação Férrea do Rio Grande do Sul e de outras autarquias do Estado, desde que sujeitos a regime previdenciário próprio quando inativados por aposentadoria, terão seus proventos calculados em bases idênticas às previstas nesta lei. Parágrafo único — A contribuição relativa aos servidores de que trata este artigo será fixada em harmonia com o regime previdenciário específico a que os mesmos estão sujeitos não podendo, todavia, ultrapassar o limite máximo de 2% (dois por cento)”.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 103-107, 1972

Não fosse assim, i. é, não havendo fundo específico para complementar os proventos da inatividade, a que verba recorreria o Instituto para fazer frente a tal despesa?

4. Se antes do advento da Lei n.º 5.892/69 houvesse qualquer dúvida a respeito de qual dos benefícios pagos pelo INPS seria levado em consideração para fazer-se o cálculo da diferença de proventos, se o inicialmente concedido ou o mensalmente efetuado, a partir da vigência desta lei, as dúvidas foram dissipadas, ao estabelecer-se, no art. 5.º, antes transcrito, que seriam observados os benefícios efetivamente pagos pelo INPS.

O termo "efetivamente" é aqui empregado no sentido de atual, de mensalmente pago.

Segundo De Plácido e Silva, in Vocabulário Jurídico, II vol., "efetivo possui também o sentido de atual, vigente, permanente, pelo que designa todo ato que possa ser exercido ou executado".

Dessa sorte, sempre que alterados forem os benefícios concedidos pelo Instituto Nacional de Previdência Social, é exigível dos inativos o comprovante da importância efetivamente recebida, para o efeito de ser recalculada a diferença de proventos, sob pena de os inativos virem a perceber vantagens maiores que os ativos em idênticas condições, ferindo comezinho princípio constitucional.

5. A partir de 1.º de janeiro de 1970, a requerente teria direito às seguintes vantagens:

	Cr\$
Vencimento básico do cargo de Oficial Administrativo, padrão 12, fixado pela lei n.º 5.603/68	258,00
Aumento de 20%, Lei n.º 5892/69	52,00
Função gratificada, padrão 2, idem	66,00
Aumento de 20%, idem	14,00
Avanços (9)	139,50
Adicional de 25%	132,37
	<hr/>
	661,87

Ora, conforme a própria requerente alega, e o Serviço de Pessoal da Autarquia comprova, de janeiro a julho de 1970, re-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 103-107, 1972

cebeu como diferença de proventos a importância mensal de Cr\$ 244,87, importância que somada ao benefício recebido do INPS, em idêntico período, Cr\$ 417,00 (cf. comprovante anexado por xerocópia) perfaz, com irrestrita exatidão, a importância a que tem direito:

	244,87
+	417,00
	<hr/>
	661,87

A partir de agosto do mesmo ano a diferença devida pelo Instituto Sul-Rio-Grandense de Carnes baixou para Cr\$ 160,87, em face de ter aumentado, naquela data, o benefício do INPS, que passou para Cr\$ 501,00 mensais.

6. O que ocorreu na espécie e fez a requerente incidir em equívoco é que, juntamente com o aumento de 20% a partir de 1.º de janeiro de 1970, por força do art. 5.º, da Lei n.º 5.892/69, passou a ser levado em consideração não o benefício inicial (Cr\$ 291,00, doc. 1) pago pelo INPS, que até aquela data vinha sendo observado, mas o atual, efetivamente pago mês a mês, que conforme o documento n.º 2, de janeiro a julho de 1970, era de Cr\$ 417,00.

A suplicante, certamente não conhecendo tais modificações legais, supôs que, ao invés de ter sido aumentada em 20% (vinte por cento), fora diminuída em Cr\$ 14,25 (quatorze cruzeiros e vinte e cinco centavos).

7. Em face do exposto é fácil concluir que não houve desconto indevido e que, efetivamente, o Instituto Sul-Rio-Grandense de Carnes aplicou com acerto não só o aumento concedido pelo art. 1.º da Lei 5.892/69, mas também seu artigo 5.º, na parte em que manda considerar o valor atual do benefício do INPS para efeito de diferença de proventos.

É a minha opinião, s.m.j.

Porto Alegre, 1.º de março de 1971.

Ivalino João Bortolan
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 103-107, 1972

PARECER N.º 556/GAJ

AUXÍLIO PARA DIFERENÇA DE CAIXA. O art. 23 da Lei n.º 4937 não se aplica aos funcionários fazendários.

1. O Excelentíssimo Senhor Secretário Extraordinário para Assuntos da Casa Civil encaminhou a esta Consultoria Geral do Estado expediente em que é interessado A. A. B., a fim de que este órgão esclareça "se é aplicável ao caso do Recorrente a conclusão do Parecer n.º 437/DAJ, por ele invocado, ou antes a do Parecer n.º 501/GAJ, que versa sobre o mesmo assunto".

2. Não vejo divergência entre as conclusões dos dois pareceres aludidos. No Parecer n.º 501/GAJ está o entendimento de que a incorporação do auxílio para diferença de caixa aos proventos da aposentadoria é vantagem que cabe, exclusivamente aos funcionários do Quadro Geral como está explícito nos arts. 1.º e 23 da Lei n.º 4937, este último com a redação que lhe deu o art. 1.º da Lei n.º 5395, de 1966.

Os funcionários fazendários estão, por conseguinte, excluídos dessa vantagem.

3. O Parecer 437/DAJ seguiu a orientação de que o art. 23 da Lei n.º 4937, com a redação que lhe emprestou a Lei n.º 5395, é uma disposição tão-somente endereçada aos funcionários do Quadro Geral e das Autarquias, permanecendo para os demais funcionários integrantes de quadros especiais — como por exemplo o dos funcionários fazendários — a regra do art. 68 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado.

4. Ambos os pronunciamentos, por conseguinte, se harmonizam nas suas conclusões, ao afirmar que o art. 23 da Lei n.º 4937, depois da Lei n.º 5395, não se aplica ao pessoal da Fazenda. Aliás, assim também opinou o CSP, no Parecer n.º 7282.

5. O único reparo que se poderia, data venia, fazer ao Parecer 437/DAJ seria no trecho em que afirma que o art. 23 da Lei 4937, antes do advento da Lei 5395, era aplicável ao Quadro da Fazenda.

6. Entendemos que não. A ementa e o art. 1.º da Lei n.º 4937 referem-se exclusivamente ao Quadro Geral dos Funcioná-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 108-115, 1972

rios Públicos, que é distinto do Quadro dos Funcionários Fazendários, como se vê do art. 1.º da Lei 4914, de 1964.

Assim, para que o art. 23 da Lei n.º 4937 se aplicasse aos funcionários fazendários, era indispensável que a eles fizesse menção expressa, o que não ocorreu.

7. É de se concluir, por conseguinte, que os funcionários fazendários só têm direito ao auxílio para diferença de caixa nos termos do art. 68 do Estatuto, não podendo incorporá-lo aos proventos da aposentadoria.

Porto Alegre, 18 de maio de 1971.

Almiro do Couto e Silva
Consultor Jurídico

OFÍCIO DO SR. CONSULTOR-GERAL

Porto Alegre, 31 de dezembro de 1971.

A Sua Excelência, o Senhor Coronel Engenheiro EUCLIDES TRICHES

DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul
PALÁCIO PIRATINI

SENHOR GOVERNADOR,

Tenho a honra de me dirigir a Vossa Excelência a fim de submeter a sua judiciosa consideração o incluso Parecer n.º 556/GAJ, da lavra do ilustre Consultor Jurídico Professor ALMIRO DO COUTO E SILVA, que, por coincidente com o meu entendimento, adoto como pronunciamento da Consultoria-Geral do Estado.

Na espécie, A. A. B., Tesoureiro, aposentado, do Quadro dos Funcionários Fazendários do Estado, inconformado com a não-inclusão, nos proventos de sua jubilação, da gratificação especial, correspondente à chamada "Quebra de Caixa", depois de ver denegada sua pretensão, solicita, em grau de recurso, seja reconsiderado o ato governamental, a fim de que lhe seja incorporada essa parcela.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 108-115, 1972

2. O expediente, nos diversos setores da Administração Pública, tem recebido manifestações desfavoráveis. Aliás, chega mesmo a deixar dúvidas tenha o interessado preenchido os pressupostos necessários — se outros obstáculos não houvesse.

3. Entendo pois, em face da lei vigente, indubitoso — tal como conclui o bem lançado Parecer de fls. — que

“... os funcionários fazendários só têm direito ao auxílio para diferença de caixa nos termos do art. 68 do Estatuto, não podendo incorporá-lo aos proventos da aposentadoria”. (grifei)

4. Estabelecia, efetivamente, em sua redação original, o art. 23 e parágrafo único da Lei n.º 4937/65 que o auxílio para diferença de caixa, fixado em 15% do vencimento básico dos funcionários incumbidos de efetuar pagamentos ou recebimentos, seria incorporado aos proventos de inatividade, sempre que percebido durante cinco (5) anos consecutivos ou dez (10) intercalados.

5. À primeira vista e sem maior reflexão, poderia parecer que a regra assegurasse tal direito a todos quantos se encontrassem na posição de pagadores ou recebedores do Estado, independentemente do respectivo quadro de lotação.

Não é assim, todavia. Essa norma legislativa se insere em diploma legal específico, que

“... estabelece novo plano de pagamento para o Quadro Geral dos Funcionários Públicos...”
(apud Ementa da Lei n.º 4.937/65).

Outra, por igual, não é a linguagem do art. 1.º desse diploma; ao registrar que

“O plano de pagamento para o Quadro Geral dos Funcionários Públicos, estabelecido por esta lei,...”

está a evidenciar e delimitar seu campo de incidência, restrita aos funcionários do quadro geral.

Tanto mais significativo se torna o argumento, quando se considerar que o Estado, em diploma anterior, reorganizava “os Quadros de Pessoal do Estado”, estabelecendo “novo sistema de classificação de cargos” e, no art. 1.º, distribuiu em quatro (4) itens os diversos Quadros de Pessoal de que falava a Ementa entre os quais se vê:

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 108-115, 1972

- “ I — Quadro Geral dos Funcionários Públicos;
- II — Quadro dos Funcionários Fazendários;
- III — Quadro dos Funcionários Policiais;
- IV — Quadro dos Cargos em Comissão e Funções Gratificadas”. (ut Lei n.º 4.914, de 31/12/64)

Nas disposições subseqüentes, cuidou o diploma de especificar como ficariam aglutinados os quadros existentes. No Título I, Capítulo I, 3.º, o chamado Quadro Geral e no 4.º, por exemplo, o Quadro dos Funcionários Fazendários. A seguir, no capítulo seguinte, o II, subdividido em cinco (5) seções (arts. 7.º a 42) estipula o Quadro Geral dos Funcionários Públicos e no capítulo subseqüente, o III, — artigos 43/45 —, em lugar de organizar o Quadro dos Funcionários Fazendários, consagrou apenas que seria organizado, respeitando-se o sistema, cometendo à Secretaria da Fazenda e Administração, em conjunto, o encargo de organizá-lo nesses moldes e diz que “até a fixação do novo Quadro dos Funcionários Fazendários” continuavam esses servidores a “reger-se pela legislação própria em vigor” (ut art. 45).

Essa situação perdurou até que, em 31/12/65, editou-se a Lei n.º 5.208/65, organizando o predito Quadro e dando outras providências, entre as quais, através dos arts. 23 e 24 desse diploma legal, a fixação de vencimentos, apuráveis em conformidade com “multiplicadores fixos sobre a arrecadação mensal de impostos” (ut art. 23).

Inexistindo, pois, nesse ordenamento, regra semelhante à do art. 23 da Lei n.º 4.937/65, forçoso será convir que os Funcionários do Quadro da Fazenda, nesse particular, continuarão a ter sua situação disciplinada pelo preceito geral contido no Estatuto (art. 68).

Diga-se, ainda, para arremate do pensamento neste particular, que o tão discutido mandamento da Lei n.º 4.937/65, ao receber nova redação, por intermédio da Lei n.º 5.395, de 27/12/66, incorrendo em manifesta redundância, veio, de forma a tornar inequívoco o seu alcance e a quem se dirigia, consignar expressamente: “aos funcionários do Quadro Geral e das autarquias... será concedida uma gratificação especial...”

Ora, à vista disso, parece que a lei que se dirigia só a esse grupo voltou a insistir, e desenganadamente, em que só aos nominados e a ninguém mais se devia estender o favor.

Veja-se a lei:

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 108-115, 1972

Lei n.º 5.395, de 27/12/1966.

Art. 1.º — O caput do art. 23 da Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, passa a ter a seguinte redação:

“Art. 23 — Aos funcionários do Quadro Geral dos Funcionários Públicos e das Autarquias Estaduais incumbidos de efetuarem pagamento ou recebimentos, será concedida uma gratificação especial, variável de 30% a 80% sobre o vencimento básico, segundo o movimento da tesouraria em que estiverem lotados na forma a ser regulamentada” (D.O.E. 28/12/1966 — grifei).

Tollitur quaestio!

6. Há no Estado umas vantagens que são **propter personam** e outras **propter laborem**. Aquelas acompanham a pessoa, estas, o exercício.

Assim, as gratificações por quebra de caixa são vantagens atribuídas aos funcionários, precariamente, isto é, enquanto prestando serviços nas funções de recebedores ou pagadores, sujeitos aos riscos decorrentes de tais encargos.

São, por conseguinte, vantagens funcionais, concedidas como ajuda de custo aos servidores que se apresentam com encargos especiais que a lei especifica. Não são liberalidades da Administração, portanto, mas vantagens pecuniárias abonadas por recíproco interesse do serviço e do servidor, sempre transitórias e, em regra, justificáveis **si et in quantum** o servidor se encontra efetivamente vinculado às atividades que ensejam sua percepção.

Na expressão de HELY LOPES MEIRELLES:

“..... 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., 2a. ed. pág. 412).

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 108-115, 1972

A regra, pois, é a não-incorporação da gratificação por quebra ou diferença de caixa, sendo exceção a possibilidade de ser levada em consideração nos proventos de inatividade, por liberalidade legislativa, de acordo com os ensinamentos de HELY LOPES MEIRELLES.

Logo, a regra aplicável a todos os funcionários públicos estaduais é a estatutária, onde não está prevista a incorporação. Não se beneficiando, o requerente, da regra de exceção, prevista no art. 23 e parágrafo da Lei n.º 4.937/65, recai na incidência daquela e não incorpora a gratificação de que se cogita — mormente depois da promulgação da Lei n.º 5.395/66, não há como tergiversar a propósito.

7. Não é, igualmente, no caso, invocável a respeitável decisão da 1.ª Câmara Cível Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado proferida na Apelação Cível n.º 5964, de 27/5/1969, de um lado porque a situação versada não me parece idêntica à de que se cogita e, de outro, porque — inobstante o respeito e acatamento que merecem as decisões do Poder Judiciário —, **in hac specie** há, nesse julgado, e **data venia**, equívoco, pois, a par de ter sido desconsiderada a circunstância de pertencer o servidor a outro quadro, foi, na sua condição de inativo, considerado como integrante do Quadro Geral, **verbis**:

“Em segundo lugar é certo que os servidores fazendários regulam-se por estatuto diverso, bem assim é certo que os proventos são fixados por ocasião da aposentadoria. Mas justamente por isso, estando já o A. excluído do quadro fazendário, estando já aposentado, ...” (*apud* sentença de 1.ª instância do Dr. Milton dos Santos Martins, então ilustrado Juiz de Direito da 1.ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública).

Não foi, igualmente, atentado para o princípio inscrito no § 2.º do art. 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil, que preconiza a **coexistência** de leis gerais e especiais, sem que uma revogue ou modifique a outra, **verbis**:

“A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Na hipótese e tal como já afirmado, a norma geral aplicável a todos, independentemente do Quadro de lotação, é a disposi-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 108-115, 1972

ção estatutária (art. 68), eis que esse diploma, na forma do art. 1.º, se dirige a todos os servidores públicos civis do Estado, disciplinando o provimento, vacância, direitos, vantagens, deveres e responsabilidades. O mesmo não se pode afirmar quanto à Lei n.º 4.937/65 (e, por igual, do seu art. 23 — que num manifesto *bis in idem* especificou outra vez o que já era da lei) — que se endereça unicamente ao Quadro Geral, excluindo, por evidente, os servidores de outros quadros especiais.

A propósito do alcance do § 2.º do art. 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil preleciona SERPA LOPES:

“Ora, essa expressão a par das já existente (grifo do autor) significa tratarem-se de normas que ficam a par das anteriores, quer dizer, iguais em qualidade e merecimento, e que podem atuar lado a lado, sem incompatibilidade”. (Lei de Introdução ao Código Civil, 2.ª ed., v. I/56)

No mesmo sentido o festejado tratadista e hermeneuta CARLOS MAXIMILIANO, *verbis*:

“447-V — A disposição especial afeta a geral, apenas com restringir o campo da sua aplicabilidade, porque introduz uma exceção ao alcance do preceito amplo, exclui da ingerência deste algumas hipóteses. Portanto a derroga só nos pontos em que lhe é contrária (Coviello, v. I, p. 95; Demolombe, v. I, n.º 128).

Na verdade, a regra especial posterior só inutiliza em parte a geral anterior, e isto mesmo quando se refere ao seu assunto, implícita ou explicitamente, para alterá-la. Derroga a outra naquele caso particular e naquela matéria especial a que provê ela própria”. (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 3.ª ed. p. 423)

J. M. DE CARVALHO SANTOS não destoa desse mesmo entendimento, ministrando, *verbis*:

“Nestes casos o legislador visou regular o assunto sob dois pontos de vista diversos, encarando cada um seu objetivo próprio e especial — um amplo e geral e outro restrito e especial. Aquele, como dissemos, constitui a regra, este a exceção. O legislador, pois, nada mais faz do que declarar na lei especial que ela é uma exceção à regra geral, consubstanciada na disposição geral.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 108-115, 1972

Consequência imediata do princípio *legi speciali per generalem non derogatur* é que as leis especiais não podem, em geral, ser tacitamente ab-rogadas senão por leis especiais novas”. (Código Civil Brasileiro Interpretado, 3.ª ed., vol. I, pág. 61)

8. Como esclarece o Parecer, as disposições contidas no art. 23 e parágrafo da Lei n.º 4.937/65 são endereçadas exclusivamente aos funcionários do Quadro Geral e das Autarquias, permanecendo para os demais funcionários integrantes de outros Quadros — tal como o dos Funcionários Fazendários — o comando previsto no art. 68 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, onde não há que se cogitar da incorporação de semelhante parcela, por ausência de previsão legal.

A aprovação, Senhor Governador, desse Parecer equivalerá ao indeferimento da pretensão de A. A. B., que me parece emergir imperativamente do direito aplicável.

Em tais condições, sou levado a sugerir-lhe se digne acolher o Parecer, denegando o pedido do interessado.

Colho o ensejo para reafirmar a Vossa Excelência, Senhor Governador, expressões de alto apreço e especial consideração.

Orlando Giraldi Vanin
Consultor-Geral do Estado

PARECER N.º 2002/CGE

APOSENTADORIA PUNITIVA.

O servidor que, aposentado punitivamente, continua desempenhando as atribuições do cargo, deve ser equiparado ao funcionário de fato, para efeitos de tratamento pecuniário. Possibilidade de converter, após a aposentadoria, licença-prêmio em tempo de serviço. Interpretação do art. 233 do Estatuto.

O Sr. Presidente do IRGA formula consulta, visando esclarecer a situação do Consultor Jurídico R. F. O., que, apesar de ter sido aposentado por ato do Sr. Presidente de República, pu-

RCGERS Porto Alegre, 2(2): 115-118, 1972

blicado no D. O. da União de 14 de setembro de 1970, continuou prestando serviços àquela autarquia, cujos órgãos diretivos só agora tomaram conhecimento do ato de aposentadoria.

As questões que a Presidência do IRGA deseja ver solvidas são as seguintes:

- a) como deverá proceder a autarquia com relação às vantagens pagas após o ato de aposentadoria;
- b) o Consultor Jurídico R. F. O. fez jus a um período de licença-prêmio, correspondente ao decênio 1959-1969 e teve essa licença transformada em tempo de serviço, por portaria datada de 22 de dezembro de 1971. Indaga-se se tal ato administrativo poderia produzir efeitos jurídicos, uma vez que foi exarado após o ato de aposentadoria;
- c) estando o servidor respondendo a inquérito administrativo por diversos fatos, uns anteriores e outros posteriores à aposentadoria, qual será — pergunta-se — a repercussão, sobre esse inquérito, do ato que demitiu o funcionário, tendo em vista os arts. 223 do Estatuto e 170 do Regulamento do Servidor do IRGA.

A primeira questão é de fácil deslinde:

2. O funcionário que, aposentado punitivamente, permanece exercendo atividade funcional há de ser equiparado ao funcionário de fato, para o efeito de percepção da diferença entre os proventos da aposentadoria e as vantagens do cargo cujas funções continuou a desempenhar irregularmente. Esse direito à indenização pelo trabalho prestado só deixaria de existir caso ficasse comprovada, em processo regular, a má-fé do servidor. Entre nós, diante da doutrina, da orientação dos tribunais, não cabe, indubitavelmente, outra solução para problema proposto (SEABRA FAGUNDES, "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", 2a. ed., p. 80, nota 7d; RDA, 74/191).

3. O Consultor Jurídico R. F. O., antes de ser aposentado, adquiriu direito subjetivo a requerer o gozo de licença-prêmio, ou à sua transformação em tempo de serviço. O direito a postular a licença-prêmio ou a sua transformação em tempo de serviço é da classe dos direitos formativos. Há, no entanto, que dis-

tinguir entre o direito de pedir licença-prêmio e o de postular a sua transformação em tempo de serviço, pois o primeiro pode extinguir-se em razão de fato superveniente que torne impossível a constituição do direito formado, a que tendem os direitos formativos. Emil Seckel, o grande teorizador dos direitos formativos, fala, em tais hipóteses, de "impossibilidade ulterior da formação" — "Nachträgliche unmöglichkeit der Gestaltung" ("Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Recht", p. 43). A exoneração, a demissão, ou a aposentadoria são fatos que, claramente, impedem que se forme o direito a gozar a licença-prêmio. Contudo, esses mesmos fatos não constituem obstáculo a que, pelo exercício do direito formativo, nasça o direito a contar como tempo de serviço os períodos de licença-prêmio não gozados. À luz desses pressupostos torna-se evidente que não possui qualquer significação a circunstância de que o ato que concedeu a transformação postulada tenha sido posterior à aposentadoria.

4. No que tange ao último tópico da consulta, convém esclarecer que o ato de aposentadoria nenhum reflexo terá sobre o inquérito administrativo a que responde o servidor, no que se refere aos fatos que lhe são anteriores. A aposentadoria do funcionário só pode ser cassada se ele tiver praticado, **quando em atividade**, qualquer dos atos para os quais é cominada a pena de demissão a bem do serviço público — declara o inciso I, do art. 223, do Estatuto. O exercício do cargo cessou, "de jure", com o ato de aposentadoria, muito embora o servidor tivesse continuado a exercer, de fato, as atribuições do cargo. Na espécie, a locução "quando em atividade", contida no inciso I, do art. 223, há de ser entendida como exercício regular da função, com cobertura em título jurídico para o seu desempenho, de modo a permitir, caso a falta fosse descoberta e apurada antes da aposentadoria, a demissão do funcionário. Ora, a demissão é instituto jurídico de direito público que se relaciona, privativamente, com o funcionário de direito, não sendo aplicável ao funcionário de fato. Por aí se vê que as irregularidades eventualmente praticadas pelo servidor em questão, enquanto funcionário de fato, não poderiam jamais servir de base à cassação da aposentadoria, com invocação do inciso I, do art. 223.

5. Os fatos posteriores à aposentadoria, para legitimarem a sua cassação, terão de ser da natureza dos previstos nos incisos II, III, IV e V do mesmo art. 223. É necessário, portanto que se demonstre que o servidor a) "aceitou ilegalmente cargo ou função pública", b) "firmou contrato de natureza comercial ou

industrial com o Governo, por si ou como representante de outro"; c) "aceitou representação de Estado estrangeiro sem prévia autorização legal"; d) "foi condenado por crime que importaria em demissão, se estivesse em atividade". Relativamente a este último ponto, caso sejam imputados ao servidor, no curso do inquérito, fatos posteriores à sua aposentadoria, que, em tese, constituiriam crime que importaria em demissão do funcionário, se ele estivesse em atividade, deverá a autoridade administrativa encaminhar ao Ministério Público os elementos de que dispuser, para a apresentação de denúncia.

Porto Alegre, 20 de janeiro de 1972.

Almiro do Couto e Silva
Consultor Jurídico

PARECER 636/DAJ

SUBSÍDIOS DO PREFEITO: Devem ser fixados anualmente pela Câmara Municipal. **FÉRIAS DO PREFEITO:** Para exercer o direito a férias, é preciso que Lei Municipal o consagre.

O Presidente da Câmara de Vereadores de São Sepé envia a esta Consultoria as seguintes consultas:

a) Pode a Câmara de Vereadores fixar os vencimentos do Prefeito em um determinado número de salários mínimos, alterando-se automaticamente cada vez que for mudado o nível salarial?

b) Tem o Prefeito direito a férias anuais renumeradas?

2. A remuneração do cargo de Prefeito compõe-se de subsídio (vencimento) e ajuda de custo (verba de representação), fixados pela Câmara de Vereadores nos termos da disposição constitucional, *verbis*:

São atribuições da Câmara Municipal ... "fixar anualmente os subsídios do Prefeito em nível nunca inferior ao do exercício precedente". (Constituição Estadual, art. 158, inciso XII)

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 118-120, 1972

Do mandamento constitucional defluem dois critérios inarredáveis: a fixação é anual e o nível não pode ser inferior ao do exercício precedente.

Com a anualidade e a vedação de fixar os subsídios em nível inferior ao do exercício precedente, fugiu o legislador ao critério adotado por outros Estados, como o de São Paulo, que é o de fixar os subsídios do Prefeito para toda a legislatura, o que rende ensejo à desatualização dos vencimentos em face da alteração do custo de vida, tornando-os incompatíveis com as responsabilidades do cargo e irrisórios em comparação com os níveis de salários vigentes no Município.

As Leis Orgânicas dos Municípios de nosso Estado repetem, em geral, o preceito já contido na Constituição de 1946. É de presumir-se que a Lei Orgânica de São Sepé, que não possuímos, também contenha tal disposição.

3. Nada impede que a Câmara fixe a remuneração do Prefeito de acordo com um certo número de salários mínimos vigentes na região; todavia, o seu reajustamento, em virtude de alteração dos níveis salariais, é que não pode ser automático. O preceito constitucional manda que a Câmara Municipal fixe anualmente os subsídios do Prefeito, o que importa em dizer que o reajustamento não prescinde da interferência da edilidade. É justamente por ocasião da fixação dos subsídios que a Câmara tem a oportunidade de reajustar os vencimentos do Prefeito, no caso, se assim o quiser, à luz do percentual acrescido ao novo salário mínimo.

Assim afigura-se-nos que, se a Lei Orgânica do Município já contém o preceito constitucional, vai ele ao encontro, pelo menos em parte, do que se continha na consulta.

4. A teor da consulta feita sobre as férias do Prefeito, pressupõe-se inexistir disposição expressa na Lei Orgânica do Município ou em lei ordinária concedendo férias anuais ao Prefeito.

A finalidade individual e social das férias é, indubitavelmente, higiênica e orgânica. (Paul Durand, *Précis de Legislation Industrielle*, pág. 366)

O juiz Elson Guimarães Gottschalk prefere justificar a necessidade das férias do ponto de vista cultural. (O Instituto das férias, pág. 32)

Consagradas que são as férias na Constituição do Brasil, art. 158, VIII e na Consolidação das Leis do Trabalho, art. 129, bem como na Lei 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, artigo 100, para os funcionários públicos, não padece dúvida a sua necessidade imperatória, chegando mesmo o direito a ser um dever.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 118-120, 1972

5. Ocorre que o Prefeito Municipal não é trabalhador assalariado, sujeito ao vínculo de subordinação e nem mesmo funcionário público, enquadrando-se, antes, na categoria de condutor político, não podendo, dessarte, a ele serem aplicadas as disposições aludidas.

Por desempenhar atividade desgastante, não se pode negar ao Prefeito o direito de licenciar-se para gozo de férias, mas, para tanto, será preciso que a Lei Orgânica ou Lei Ordinária Municipal consagre esse direito de maneira clara e precisa.

A Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo prevê férias remuneradas para o Prefeito de, no máximo, trinta (30) dias por ano (art. 26, II).

No anteprojeto de Lei Orgânica elaborado por esta Consultoria, a fim de ser remetido aos Municípios, a matéria está regulada ao se tratar da substituição do Prefeito nos casos de impedimentos: férias anuais de 30 dias.

A Lei Estadual n.º 191, de 31 de janeiro de 1948, que regula a substituição do Governador nos casos de impedimento, vaga ou falta, assim dispôs no artigo 2.º:

“Consideram-se casos de impedimento do Governador:

a) férias anuais de 30 dias”.

CONCLUSÃO:

6. a) O preceito constitucional manda que a Câmara de Vereadores fixe anualmente os subsídios do Prefeito em nível nunca inferior ao do exercício precedente. Pode a edilidade colher o ensejo, anualmente, para reajustar os vencimentos do Prefeito. O automatismo afasta a interferência dos Vereadores no reajustamento, enquanto que a norma determina participação ativa da edilidade na fixação anual dos subsídios do Prefeito.

b) Como toda pessoa que se empenha em tarefa absorvente, tem o Prefeito, por imperativo higiênico e social, o direito a férias anuais remuneradas. Consagrado o direito em Lei Municipal, pode o mesmo ser exercitado pelo Prefeito.

É o nosso parecer.

Porto Alegre, 3 de abril de 1968.

Wilson Fernandes
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 118-120, 1972

PARECER N.º 1951/CGE

CÂMARA MUNICIPAL — NÚMERO DE VEREADORES.

Somente poderá ser alterado através de lei, ou em decorrência de cassação de mandato. Os impedimentos ou renúncias não modificam a “composição” do Órgão

Não havendo suplentes a convocar, dever-se-á realizar eleições consoante prescreve o art. 113 do Código Eleitoral

O Exmo. Sr. Secretário de Estado Extraordinário para Assuntos da Casa Civil, tendo em vista solicitação que lhe foi endereçada pela Câmara de Dom Pedrito, remete a esta Consultoria Geral, para fins de parecer, processo contendo a seguinte indagação:

“1. Que a Câmara daquele Município era composta de nove (9) Vereadores, segundo o estabelecido na Lei Orgânica;

2. Que, posteriormente, foram cassados dois (2) de seus membros, ou, mais especificamente, dois (2) Vereadores pertencentes à Bancada do M.D.B., então integrada por cinco (5) edis;

3. Que, numa atitude de solidariedade, os três (3) vereadores remanescentes da aludida Bancada renunciaram a seus mandatos, o mesmo acontecendo, sucessivamente, com os respectivos suplentes então convocados;

4. Que, em razão do ocorrido, quer se saber qual a presente “composição” daquele Legislativo e, de conseqüência, qual o “quorum” a ser estabelecido para as deliberações plenárias”.

II — No diligenciar a solução para a “quaestio”, impende, inicialmente, sejam feitas considerações em torno da “composição quantitativa” dos Colégios Legiferantes.

Assim, começemos por recordar que, tradicionalmente, o número de membros de um Órgão Legislativo é aquele — e somente aquele — estabelecido na lei; devendo, por isso, ser inalterável por outra forma que não através de modificação legal, quer de maneira **direta** ou **indireta**.

Com efeito, se a lei altera expressamente o número de componentes de uma Casa Legislativa, é sobremodo óbvia a modifi-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 121-124, 1972

cação direta que aí se operou, não comportando nenhuma discussão por demasiado plena e reta a "voluntas legis". E, até bem pouco, outro procedimento legal inexistia para se aumentar ou diminuir o número de membros de um Corpo Legislativo; mas, com o advento dos diplomas legais que instituíram as cassações de mandatos legislativos e, extensivamente, não permitiram mais, "in casu", as convocações dos respectivos suplentes, a "composição quantitativa" dos Legislativos — até então modificável através de forma legal expressa e direta — passou a poder ser alterada em decorrência de efeito da lei e, por isso, de maneira **conseqüente e indireta**.

Ora, se cassado é um membro de um Órgão Legislativo e, para ele, não há viabilidade legal de substituição, logicamente que a composição original da Corporação não poderá subsistir, sob pena de ser fictícia e, portanto, inaceitável juridicamente. É sobremaneira curial que não se pode computar, numa deliberação coletiva, uma **ausência definitiva**.

De outra parte, convém se enfatize que as **ausências temporárias** de integrantes de Legislativos, tais como as determinadas por impedimentos e vagas — para as quais há possibilidade legal de preenchimento — não podem alterar, de nenhum modo, a composição do Colégio Deliberativo.

III — Já podemos afirmar, então, que, "in hoc casu", tendo havido cassação de dois (2) membros da Câmara — composta originariamente de nove (9) Vereadores — e havendo vedação legal quanto ao preenchimento das respectivas vagas, a composição atual da mesma é de sete (7) Vereadores. Porém, as vagas surgidas com a renúncia dos três (3) outros Vereadores pertencentes à Bancada do M.D.B., bem como a renúncia dos seus respectivos suplentes, não são fatores a possibilitar a redução de número de integrantes daquele legislativo.

Leia-se, nesse sentido, o comentário de HELY LOPES MELLERES (in Direito Municipal Brasileiro, vol. II, p. 604):

" A nosso ver, os licenciamentos, impedimentos ou vagas na edilidade, não têm o condão de reduzir a maioria absoluta ou o "quorum" especial exigido em lei para certas deliberações, os quais devem ser calculados, invariavelmente, em relação ao número de vereadores estabelecido para o Município. Se houve redução nesse número, por causas eventuais e supervenientes à eleição, e não há suplentes, cumpre à Câmara

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 121-124, 1972

ra comunicar à Justiça Eleitoral, para que se realizem eleições a fim de recompor o desfalque na corporação local".

IV — Assim entendido, portanto, é de se dar, na espécie, a solução legal contida no "Código Eleitoral — Capítulo IV. Da Representação Proporcional":

"Art. 113 — Na ocorrência de vaga, não havendo suplente para preenchê-la, far-se-á eleição, salvo se faltarem menos de 9 (nove) meses para findar o período de mandato".

V — Resta-nos considerar, finalmente, que sendo sete (7) o número atual dos vereadores que copõem a Câmara consulente, mas contando com quatro (4) em efetivo exercício, apenas poderá funcionar e deliberar sobre as matérias que exijam maioria relativa de votos.

Ora, sendo sete (7) o número de seus integrantes, o "quorum" mínimo para a Câmara deliberar deverá ser conseguido a partir da presença de quatro (4) vereadores, vale dizer, presentes a "maioria absoluta" ou mais da metade do total de seus membros, como conceitualmente é concebido na doutrina e na jurisprudência.

Desse modo, a Câmara que ora nos consulta poderá, legalmente, aprovar todas as matérias que requeiram "maioria simples", devendo alcançar três (3) sufrágios apenas para a validade da votação, isto é, mais da metade dos presentes à sessão. Não poderá, todavia, aprovar matéria que exija "maioria absoluta", pois não podendo votar o Presidente (nas votações normais) não serão alcançados quatro (4) votos, ou seja, a manifestação de mais da metade dos integrantes do Órgão. Com maior razão, não poderá aprovar matéria que exija a maioria de dois terços (2/3) de votos, pois aí seria necessária a manifestação de, no mínimo, cinco (5) vereadores — no mesmo sentido.

VI — "Ex positis", concluímos:

a) a "composição" atual da Câmara de Dom Pedrito é de sete (7) vereadores;

b) o "quorum" mínimo para a realização de suas sessões, com poder deliberativo, somente será alcançado com a presença de quatro (4) membros;

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 121-124, 1972

c) cumpre à Câmara comunicar, de imediato, à Justiça Eleitoral, a fim de que se realizem eleições para preenchimento das vagas existentes.

É o parecer, "sub censura".

Porto Alegre, 2 de dezembro de 1971.

Adaury Pinto Filippi
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1986/CGE

VINCULAÇÃO — Sua impossibilidade constitucional, para o efeito de remuneração. Inteligência do art. 98, parágrafo único, da Carta Federal.

ADICIONAL DE 15 E 25% — É vantagem "ex facto temporis", incorporando-se definitivamente ao vencimento do funcionário. Pode a Administração extingui-la, a qualquer tempo, mediante lei.

O Sr. Prefeito de Camaquã endereça expediente a esta Consultoria Geral, consubstanciando a seguinte consulta:

a) se é legal a fixação de vencimentos segundo índices do salário-mínimo regional;

b) interpretação de diplomas legais instituidores de gratificações adicionais de 15 e 25%, tendo como escopo a obrigatoriedade ou não do respectivo pagamento.

II. — Informando o primeiro tópico da consulta, constam do presente processo elementos apresentados na seguinte seqüência:

1.º) que a Lei n.º 235/63, daquele Município, vinculou os vencimentos dos servidores ao salário-mínimo regional, segundo determinados coeficientes;

2.º) que a Lei n.º 253/65 alterou citados coeficientes;

3.º) que sobre a inconstitucionalidade de tais leis foi consultado o SENAM, o qual se manifestou pela negativa de sua aplicação a partir do advento da Constituição Federal de 1967.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 124-129, 1972

III. Assim exposta a questão, impede se verifique, de imediato, o dispositivo constitucional que veda a vinculação para o efeito de percepção de vencimentos, ou seja, o parágrafo único do art. 98 da Carta Federal:

" Art. 98 — Os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo, para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas.

" Parágrafo único — Respeitado o disposto neste artigo, é vedada vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público".

Conseqüentemente, ante à evidência do mandamento constitucional, a partir de 15 de março de 1967, toda lei que estabeleça vinculação, na espécie, tornou-se inapelavelmente inconstitucional.

Por incontestes, também, que anteriormente à vigência do Estatuto Político de 1967 eram permitidas leis nesse sentido, daí sendo forçoso asseverar que as existentes se aplicam até então.

Ora, "in hoc casu", localizam-se duas leis desse teor, respectivamente a 235/63 e a 253/65, editadas pelo Município de Camaquã. Desse modo, resulta a clara compreensão de que os valores dos vencimentos dos servidores daquela comuna devem ter sido fixados consoante o preceituado na Lei n.º 235/63, com vigência íntegra até o surgimento da Lei 253/65 que a modificou, e, daí em diante, necessariamente essa nova lei passou a disciplinar a matéria, somente cessando seu efeito em 15 de março de 1967.

"Ex positus", torna-se-nos óbvio que os valores dos vencimentos dos servidores do Município consulente, vigorantes a 15 de março de 1967, deveriam estar — e deverão ser, se não o foram — fixados de acordo com o estatuído na aludida Lei n.º 253/65. A partir dessa data, porém, ter-se-á por indubitavelmente inconstitucional ação nesse sentido.

IV — No tocante à indagação sobre ser ou não devido o pagamento das gratificações adicionais de 15 e 25%, aos servidores do Município que ora nos consulta, podemos assim alinhar os fatos que entendem com a espécie:

1.º) existência da Lei n.º 7, de 26/7/49, que instituiu tais vantagens;

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 124-129, 1972

2.º) Lei Orgânica promulgada em 5/12/62, que consagrou o princípio contido naquela lei;

3.º) Lei n.º 253, de 28/2/65, que revogou a de n.º 7/49;

4.º) Lei Orgânica de 10/12/70, que conservou o princípio inserido na sua congênera de 5/12/62.

Partindo-se do entendimento de que a lei ordinária poderia instituir o benefício ora versado, como aliás o pôde a Lei n.º 7/49, concebe-se, de logo, que a Lei Orgânica de 1962 não precisaria, necessariamente, contemplá-lo; mas, se o fez foi no único sentido de robustecer a letra da lei, quando assim expressou:

“Art. 100 — O Município concederá, de acordo com a lei, gratificações adicionais de 15% e 25% aos servidores que contarem, respectivamente, mais de 15 e 25 anos de serviço público”.

Até agora, portanto, pacífico se nos afigura que aludidas vantagens devam ser concedidas, já por imposição da Lei Orgânica de 1962, já nos termos da Lei n.º 7/49. Por evidente que a Lei Orgânica, ao dizer “de acordo com a lei”, está a estabelecer, tão-somente, a “conditio” de que haja lei regulamentadora do princípio; e como, na espécie, já preexistisse a lei, não houve solução de continuidade quanto à percepção de mencionadas vantagens. O art. 100 da Lei Orgânica de 1962, embora não auto-aplicável, logrou ter aplicação imediata em face da preexistência da Lei n.º 7/49, daí não surgindo nenhum hiato legal, pois.

O problema propriamente surge com a promulgação da Lei n.º 253/65 que, através de seu art. 11, parágrafo único, revogou a Lei n.º 7/49.

Assim, vejamos:

“Art. 11 — Serão conferidos, aos funcionários efetivos, tantos avanços quantos forem os triênios de efetivo serviço e exercício nos cargos de carreira, até o máximo de 10 (dez), calculados sobre o vencimento básico na base de 5% (cinco por cento).

“Parágrafo único — Fica revogada a Lei Municipal n.º 7, de 26 de julho de 1949, no que se refere a vantagem aos componentes do funcionalismo municipal”.

Ora, a simples leitura desse dispositivo nos induz a pensar, “prima facie”, que a expressão “a vantagem” inserida no pará-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 124-129, 1972

grafo se refere à vantagem de que trata o respectivo artigo. Todavia, analisando-se a Lei n.º 7/49, chega-se à conclusão de que o legislador quis, teleologicamente, revogar as vantagens “adicionais”, pois que é a exclusiva matéria tratada nessa lei, devendo por isso ser aceita a sua revogação.

É de ressaltar-se, contudo, que tal revogação somente atingiu a Lei n.º 7/49 e nunca o princípio genérico estabelecido na Lei Orgânica de 1962. Ali, as gratificações adicionais de 15 e 25%, por 15 e 25 anos de serviço, respectivamente, são vantagens que permanecem inatingidas pelo parágrafo único do art. 11 da Lei n.º 253/65. É a irrecusável aplicação do “princípio hierárquico das leis”, jamais podendo lei ordinária municipal revogar dispositivo da Lei Orgânica.

Apenas, o que se há de considerar é a revogação da Lei n.º 7/49, adotada como instrumento regulamentador do princípio estabelecido na Lei Orgânica, mas nunca a revogação desse princípio consagrada na Lei Maior do Município.

Ao depois, sendo promulgada nova Lei Orgânica em 10/12/70, e nela conservado o aludido preceito, a situação em nada se modificou.

Seguindo-se essa linha de raciocínio, imperiosa é a assertiva de que o direito à percepção dos referidos adicionais, por parte dos servidores do Município de Camaquã, permaneceu pleno na vigência da Lei n.º 7/49 e tão-somente desapareceu com a sua concomitante revogação.

Daí em diante, porém, restou apenas a “norma programática” inscrita na Lei Orgânica, adstrita inexcusavelmente à “conditio juris” da existência de lei a explicitá-la, mormente no tocante aos critérios a serem estabelecidos para a respectiva contagem do tempo de serviço. Ora, quando a Lei Orgânica diz “O Município concederá, de acordo com a lei”, está, inequivocamente, indicando a condição “sine qua non” para o surgimento do direito, sendo ininvocável esse, portanto, antes da implementação legal.

Esclareça-se, todavia, que embora podendo a Administração ter revogado a Lei n.º 7/49, concessiva do adicional aludido, deverá respeitar as situações até aí configuradas. Nesse sentido, eis a clara lição de HELY LOPES MEIRELLES:

“Adicional por tempo de serviço é o acréscimo pecuniário que se adita definitivamente ao padrão do cargo, em razão exclusiva do tempo de exercício estabelecido em lei para o auferimento da vantagem. E

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 124-129, 1972

um adicional "ex facto terporis", resultante de serviço já prestado — "pro labore facto". Daí porque se incorpora automaticamente ao vencimento e o acompanha na disponibilidade e na aposentadoria.

"Este adicional adere ao vencimento para todos os efeitos legais, e é irretirável do funcionário, precisamente porque representa uma contraprestação de serviço já feito". (in Direito Administrativo Brasileiro — págs. 402 e 403)

E, mais adiante:

"Sua adoção fica inteiramente a critério e escolha da Administração, que poderá concedê-lo, modificá-lo ou extingui-lo a qualquer tempo, desde que o faça por lei, e respeite as situações jurídicas anteriores, definitivamente constituídas em favor dos funcionários que já completaram o tempo necessário para a obtenção da vantagem". (in opus cit. pág. 403) (grifei).

Portanto, entendido retirado o mencionado adicional, pela Lei n.º 253/65, somente "lex nova", regulamentando o preceito da Lei Orgânica, poderá reconstituir tal vantagem. Na ausência de lei estatutária naquele município, conforme é afirmado no processo, não se deverá aplicar o Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, por similitude; pois que para ser adotado o mesmo, pelo Município, é ainda indispensável lei municipal nesse sentido.

V — Ante as considerações retro expendidas, concluímos:

a) que os valores dos vencimentos dos servidores do município consulente, vigorantes a 15 de março de 1967, deverão estar fixados, até aquela data, de acordo com o estatuído na Lei n.º 253, de 28/1/65, que os vinculou ao salário-mínimo regional, sendo daí em diante vedado constitucionalmente tal procedimento;

b) que, a partir da Lei n.º 7, de 26/7/49, e consoante seus termos, até a promulgação da Lei n.º 253, de 28/1/65, os servidores do Município de Camaquã, que contarem, até essa última data, 15 e 25 anos de serviço, têm direito à percepção do adicional de 15 e 25%, respectivamente;

c) que, a partir daí, a referida vantagem foi extinta pela Lei n.º 253/65, permanecendo apenas o princípio, sobre a espécie, na Lei Maior do Município e que, como tal, não é auto-executável;

d) que, assim, para que o mesmo plasme o direito, ali aludido, é indispensável a implementação legal requerida no texto da Lei Orgânica.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 124-129, 1972

é o parecer, "sub censura".

Porto Alegre, 31 de dezembro de 1971.

Adaury Pinto Filippi
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1973/CGE

ACUMULAÇÃO DE CARGOS. CARGO TÉCNICO.

Cargo técnico, para esse efeito, segundo a disposição constitucional vigente, não exige, necessariamente, qualificação profissional de grau superior de ensino, ou conhecimento desse nível.

Neste expediente, solicita o Senhor Secretário da Administração parecer sobre a conceituação de cargo técnico, para fins de acúmulo, na conformidade das disposições constitucionais em vigor.

Determina a consulta a situação, noticiada nos autos, vivida pelos servidores J.Q.O.F. e A.F.I., que acumulam, respectivamente, os cargos de Impressor e Eletrotécnico, com as cadeiras de Tipografia e Impressão, e Eletrotécnica, ambas do Ensino Médio. Tais professores, que vinham no exercício tranqüilo daquelas funções, foram considerados como em acúmulo ilícito pela então Divisão de Classificação de Cargos e Funções, hoje Unidade de Classificação de Cargos e Funções (UCCF). O segundo deles recorreu daquele entendimento à autoridade superior, que é a ora consulente, logrando assim o reexame de seu caso pela UCCF, que, em consequência, vem de emitir-lhe parecer favorável — Parecer n.º 28 — constante dos autos. Com o primeiro, é o Centro dos Professores da Escola Técnica Parobé, onde leciona, que, tomando conhecimento daquele pronunciamento, pede esclarecimentos a respeito.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 129-131, 1972

Dos autos constam diversos e bem fundamentados pareceres sobre o assunto.

É o relatório.

Com efeito, verifica-se, de fato, dos autos, que a solução da problemática enfrentada pelos servidores em questão está intimamente ligada àquilo que se há de entender como "cargo técnico", terminologia usada pela lei. Ora, a despeito de — como foi dito — não se identificarem nas órbitas federal e estadual a "interpretação e aplicação das regras constitucionais concernentes à acumulação de cargos ou funções quando se trata da conceituação de técnico ou científico", todavia, nem por isso, deve o Estado, sem relevante motivo de ordem jurídica e sem pleno convencimento seu, alterar sua orientação exegética. Não há dúvida de que a disposição constitucional, no que se refere a cargo técnico, carece ainda de uma uniforme e segura interpretação, dentro das várias órbitas administrativas, como seria recomendável. Entretanto, enquanto inexistente isso, será lícito a cada um dos entes, dando cumprimento à norma constitucional, interpretá-la dentro de razoáveis princípios jurídicos.

Assim, ao exame feito por esta Consultoria, presentes os termos do Parecer n.º 7908, do extinto CONSELHO DO SERVIÇO PÚBLICO, assim como dos daquele proferido pela UCCF, já mencionado, com os quais concorda, a expressão "cargo técnico", consagrada pela Lei Maior (art. 99, III), não conduz, necessariamente, à idéia de dever o respectivo titular — como o exige o Decreto Federal n.º 35.956/54 — possuir "conhecimentos científicos ou artísticos, de nível superior de ensino". Trata-se — a exigência assim feita pelo citado diploma — de uma concepção unilateral, adotada segundo as conveniências do serviço, mas não de indeclinável decorrência dos termos constitucionais. Como se sabe, foi dito decreto expedido com o intuito de regulamentar o dispositivo constitucional em causa, repetido no Estatuto do Pessoal Civil da União, cuja regulamentação, todavia, não alcança senão os limites do serviço público federal, não obrigando, por isso mesmo, as demais pessoas de direito público interno.

Como se não bastassem os fundamentos dos brilhantes pareceres citados, especialmente o da UCCF, que traz à colação preciosos subsídios ao estudo do problema em apreço, invocáremos — em defesa da tese de que o cargo técnico, para os fins em vista, pode ser aquele para cujo desempenho é bastante a espe-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 129-131, 1972

cialização ou o conhecimento de artes ou ofícios de nível não superior — os termos de recente acórdão proferido pelo Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao ensejo de recurso no mandado de segurança n.º 18.553, em que foi relator o Ministro Temístocles Cavalcanti, no qual se diz, entre outras coisas, que "técnicas são aquelas funções que exigem qualificação especializada e nisso se distinguem das burocráticas que lidam apenas com o expediente e a rotina administrativa". E aplicando esse pensamento ao caso concreto, em que se discutia o acúmulo das funções de escriturário do Banco do Brasil com cargo público de magistério, entendeu o mesmo relator, seguido unanimemente pelos seus pares do referido TRIBUNAL, que,

"No Banco do Brasil e em outros estabelecimentos desse tipo, a maioria do funcionalismo é constituída de escriturários, mas que, salvo um pequeno número, exercem funções técnicas, porque técnicas são as atividades bancárias". (In Rev. de Dir. Adm., vol. 97, págs. 123-124)

Pelo que se vê, o Excelso Pretório, sem se preocupar com o nível dos conhecimentos técnicos do escriturário do Banco do Brasil, mas precipuamente por entender que a atividade bancária é eminentemente técnica, considerou assim atendido o requisito constitucional em causa, para fins de acúmulo. Ora, transportando esse entendimento para o problema em foco, outra conclusão não resulta senão que o sentido de cargo ou função técnica é eminentemente prático, comportando, na aplicação, certo elastério na sua conceituação técnico-jurídica. Nessa linha de raciocínio, abrangidos estariam os cargos para cujo provimento se faça mister a qualificação profissional em artes ou ofícios. E este é o caso dos dois servidores cuja situação ora se examina.

Dessarte, não vemos inconveniente, pelo menos no que tange à esfera estadual, continuem aqueles servidores no exercício cumulativo de seus respectivos cargos.

É o nosso parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 31 de dezembro de 1971.

Paulo Germano João
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 129-131, 1972

PARECER N.º 1980/CGE

DISPONIBILIDADE DE JUIZ. COMPE- TÊNCIA PARA A SUA CONCESSÃO.

É impossível a disponibilidade de juiz e a aceitação, por este, de outro cargo público, cujo exercício lhe é vedado em lei. A entrada em exercício em outro cargo, assim feita, importa, *ipso jure*, perda do cargo judiciário.

Segundo a sistemática vigente, cabe ao Senhor Governador decidir sobre a disponibilidade dos juizes.

Solicita o bacharel N.C., neste expediente, seja posto em disponibilidade não remunerada no cargo de Juiz de Direito, que vinha exercendo, eis que, tendo tomado posse no cargo de Tabelião do 9.º Cartório de Notas desta Capital, em 25 de agosto do ano p. findo, deveria entrar — como efetivamente entrou — no exercício do mesmo a partir de 9 de setembro seguinte. Fundamenta seu pedido nos artigos 88 e 89, do Código de Organização Judiciária do Estado (COJE), ora vigente.

Ao ser encaminhado o processo à consideração do Senhor Governador, mereceu ele, na Secretaria do Interior e Justiça, manifestação desfavorável, por entenderem conflitante o pedido com as disposições do artigo 114, I, da Constituição Federal.

A seguir, pelo Senhor Secretário de Estado para Assuntos da Casa Civil é solicitado parecer sobre a matéria em questão à Consultoria Geral do Estado, inclusive quanto à competência para a sua decisão.

É o relatório.

Com efeito, muito clara se mostra a disposição do referido artigo 114, I, da Constituição da República, ao dispor, de modo taxativo, que ao Juiz é vedado, sob pena de perda do cargo judiciário, exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo um cargo de magistério e nos casos previstos na mesma Constituição. Não distingue — como se vê — a Lei Maior entre disponibilidade remunerada ou não, o que, lógico, leva à conclusão de que abrange ela ambas essas figuras. Não fo-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 132-134, 1972

ra assim, paradoxal seria o princípio constitucional em causa, pois, embora eventualmente não remunerada, mantém a disponibilidade — como é sabido — o vínculo jurídico com o Estado (art. 88, do COJE), e a vedação, em qualquer dos casos, é eminentemente de ordem ética. Dessarte, o fato de o artigo 89, do mesmo COJE, explicitar que “o magistrado em disponibilidade remunerada continuará sujeito às vedações constitucionais” não quer dizer — como bem pode parecer — que aquele que se encontra em idêntica situação, porém não remunerada, não esteja sujeito, também, pelo menos à vedação de que ora se cogita. Não tem lugar, pois, aqui, para a aplicação do princípio hermenêutico universalmente aceito e celebrizado pelo brocardo romano “*inclusio unius exclusio alterius*” não só porque é comum o problema ético nessas figuras da disponibilidade, como também, e principalmente, por completa irrelevância do mesmo dispositivo do COJE frente à hierarquia da Lei Maior, que é imperativa neste particular, e não distingue os casos com que pode se apresentar o citado instituto. Comentando o artigo 114, I, da Constituição federal, diz o renomado PONTES DE MIRANDA que:

“As vedações ao juiz ..., atendem a exigência de ordem ética”.

“... Os juizes em exercício, ou licenciados, não podem exercer qualquer função pública. Estende-se a proibição aos juizes em disponibilidade, condenados, assim, a só tratarem de seus interesses particulares ... A violação de regra jurídica do art. 114 importa a perda do cargo judiciário e de todas as vantagens correspondentes a ele, isto é, antiguidade de classe e de função...”.

“Se o juiz aceita outra função pública, perde, *ipso jure*, o cargo. A regra jurídica constitucional é bastante em si, é *self-executing*.” (in “COMENTÁRIOS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1967, com a Emenda n.º 1 de 1969”, tomo III, pág. 578/579)

De outra parte, no tocante a saber-se quem seria a autoridade competente para a decisão do requerido, isto é, para o deferimento ou não da pretendida disponibilidade, parece indubitoso pertencer ela ao Senhor Governador, segundo se percebe dos termos do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado. Apesar de esse Regimento não contemplar, de modo expresso, ca-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 132-134, 1972

so a caso, essa competência como incumbente ao Senhor Governador, todavia, está ela claramente retratada nos diversos dispositivos desse mesmo diploma. Assim, ao tratar ele da disponibilidade "por interesse público", é taxativo na menção da autoridade competente para decretá-la, observados, entretanto, os requisitos prévios estabelecidos no aludido Regimento. Diz, a propósito, o art. 423 deste:

"Além dos casos previstos em lei, os juízes de direito e adjuntos poderão ser postos em disponibilidade por motivo de interesse público, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço (Constituição do Brasil, art. 113, § 2.º).

"§ 1.º — O processo para disponibilidade de juízes na hipótese aqui prevista obedecerá o que dispõem os artigos 99 a 111 e 118 e respectivos incisos e parágrafos, no que forem aplicáveis".

Ora, os artigos 99 e 111 traçam as normas processuais e requisitos para a decretação de aposentadoria por invalidez dos juízes, e, por empréstimo, segundo o art. 423 citado, as mesmas que se observam, também, para a disponibilidade por interesse público. Sendo, pois, expresso no art. 108 que a aposentadoria e, por extensão legis, a disponibilidade por interesse público são decretáveis pelo Senhor Governador, não vemos como não possa ou não deva ser esta autoridade também a competente para resolver sobre a mesma medida em suas diferentes modalidades, para os juízes em geral. Essa conclusão mais se robustece quando se tem presente, também, que o Regimento em apreço, ao definir as atribuições do Presidente do Tribunal de Justiça, de modo casuístico, em seu art. 30, não prevê, como sua, a competência para a concessão da disponibilidade, tanto em relação aos membros, como servidores em geral daquele Poder.

Do exposto, resulta evidente caber a Sua Excelência, o Senhor Governador, a decisão do petítório.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 31 de dezembro de 1971.

Paulo Germano João
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 132-134, 1972

PARECER N.º 1972/CGE

VENCIMENTOS — Pagamento de diferença decorrente da alteração do padrão do cargo, por via de lei revisora, nos termos dos artigos 71 e 72 da Lei 4937, de 22 de fevereiro de 1965.
Direito ao pagamento a contar da data da vigência da lei revisora.

A Associação dos Servidores Hidroviários do Rio Grande do Sul, por seu Presidente, encaminha ao Diretor Geral do DEPRC pedido através do qual pretende ver deferidos a seus associados os efeitos da Lei 5325, de 21 de dezembro de 1966 — reavaliadora de cargos do Quadro Geral dos Funcionários Públicos, em cumprimento ao disposto nos artigos 71 e 72 da Lei 4937/65 — a partir de fevereiro de 1965, data desta, e não dezembro de 1966, data da vigência da Lei 5325.

Recebido o expediente pelo Diretor Geral da Autarquia — que, tendo em vista Parecer do Conselho de Serviço Público, aprovado pelo Governador do Estado, e Resolução n.º 13 do Conselho Hidroviário do Estado, já emitira Ato, o de n.º 161, determinante da aplicação do disposto na Lei 5325, a partir de 23 de dezembro de 1966 — mereceu do mesmo acolhida, mediante encaminhamento de proposta de modificação do referido Ato à apreciação do Conselho Hidroviário do Estado.

Aprovada por este a modificação proposta, é a mesma submetida a Sua Excelência, o Senhor Governador do Estado, que a baixa a esta Consultoria Geral para parecer.

É o relatório.

2. Por disposição constante da Lei Estadual 4914, de 31 de dezembro de 1964, foi reorganizado o Quadro de Pessoal do Estado, estabelecendo-se novo sistema de classificação de cargos, juntamente com outras providências.

No que diz com as autarquias, assim dispôs a lei em seu art. 87:

"As autarquias estaduais sob a direta orientação da Secretaria da Administração e aprovação do Governador do Estado, adaptarão seus quadros de pessoal ao sistema e às normas estabelecidas nesta lei".

Em consequência da Lei 4914/64, estabeleceu-se, através da Lei 4937/65, novo plano de pagamento para o Quadro Geral dos

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 135-138, 1972

Funcionários Públicos, com base na avaliação técnica dos cargos. Esta, por seu art. 63, deu nova redação ao art. 87 da Lei 4914, assim dispondo:

“O art. 87 da Lei 4914, de 31 de dezembro de 1964, passa a ter a seguinte redação:

Art. 87 — As Autarquias Estaduais, mediante aprovação do Governador do Estado, adaptarão, no que for aplicável, seus quadros de pessoal ao sistema e às normas estabelecidas nesta lei, respeitadas as peculiaridades de cada órgão da administração descentralizada”.

Mais adiante, nos artigos 71, caput, e 72, ainda dispôs a Lei 4937/65:

“Art. 71 — Mediante pedido fundamentado de representações de categorias funcionais, apresentadas até 30 dias após a publicação desta Lei, deverão ser reexaminadas as tabelas de avaliação dos respectivos cargos, por comissão especialmente designada para esse fim.

.....
.....
Art. 72 — Concluído o reexame a que se refere o artigo anterior e sendo favorável o pronunciamento da Comissão, o Poder Executivo encaminhará, no prazo de noventa (90) dias a contar da publicação da presente lei, à Assembléia Legislativa projeto de lei propondo a alteração do padrão do cargo”.

Como bem se depreende do processo, o DEPRC, autarquia estadual, em cumprimento às determinações do art. 87 da Lei 4914/64, mais tarde alterado pelo 63 da Lei 4937/65, mediante o Ato n.º 150/65, providenciou na adaptação do seu quadro de pessoal ao novo sistema estabelecido.

Os servidores da autarquia, por sua vez, inconformados com algumas das classificações efetuadas, exerceram, por sua representação de classe, o direito assegurado nos artigos 71 e 72, citados e transcritos, qual seja, o de ver reexaminadas suas classificações em cargos e padrões.

Em consequência do pedido, resultou a Lei 5325, de 21 de dezembro de 1966, que “revisa avaliação de classes do Quadro Geral dos Funcionários Públicos e de cargos extra-quadros, nos termos da Lei 4937, de 22 de fevereiro de 1965”.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 135-138, 1972

Em decorrência dessa, por atos pertinentes, os de n.ºs 155 e 161, de 4 de janeiro e 25 de setembro, respectivamente, ambos de 1967, promoveu a autarquia a revisão do padrão de vencimento e respectivo código das classes de cargos constantes da lei revisora e integrantes do seu Quadro Geral de Funcionários.

Em dispondo a Lei 5325/65 que sua vigência era a partir da sua publicação, entendeu o DEPRC, e o consignou no art. 3.º do referido Ato 161, que os efeitos da reclassificação ocorreriam a partir da sua vigência, ou seja, 23 de dezembro de 1966.

E aqui surge a controvérsia. Entendem os beneficiados com a reclassificação que os efeitos dessa deveriam retroagir à data da Lei 4937/65, pois aos funcionários não deve caber o ônus da imperfeita avaliação dos cargos.

Uma coisa é o que entendemos certo e justo, outra é a interpretação que deve ser dada ao texto da lei e que não pode fugir aos princípios da hermenêutica jurídica.

A lei encerra um comando. Constitui um querer normativo e não um querer psicológico. Estabelece a ligação do pressuposto jurídico à consequência normativa, independentemente da vontade psicológica que norteou o legislador, ou dos fins que teve em mira, ou dos interesses que se lhe antolharam.

A lei torna-se obrigatória pela publicação oficial e **segundo o que está publicado.**

As leis, como regra fundamental, não retroagem, porque só assim os direitos e situações gerados na vigência delas gozam de estabilidade e segurança. As leis não têm efeitos pretéritos, elas só valem para o futuro (*lex prospicit, non respicit*). O princípio da não-retroprojeção constitui um dos postulados que dominam toda a legislação contemporânea. Sobre ele é que se assentam a estabilidade dos direitos adquiridos, a intangibilidade dos atos jurídicos perfeitos e a invulnerabilidade da coisa julgada, que, entre nós, constituem garantias constitucionais.

Há casos, não resta dúvida, em que a lei nova retroage ao passado, alcançando consequências jurídicas de fatos efetuados sob a égide de lei anterior. Essa atuação da lei no tempo dá origem à teoria da retroatividade das leis. É a projeção da lei no passado, ou sobre fatos anteriores. Se a irretroatividade é a regra, a retroatividade será a exceção. Sendo exceção, não se presume. Deve decorrer de **determinação legal, expressa e inequívoca**, embora não se requeiram palavras sacramentais. Não há retroatividade virtual ou inata, nem leis retroativas pela sua própria índole. A retroatividade não pode ser estabelecida em regulamento porque a irretroatividade promana da lei e o regulamento, como é sabido, não pode conter norma colidente com a lei.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 135-138, 1972

Fora de dúvida, portanto, que, em não havendo determinação legal, expressa e inequívoca da retroatividade dos efeitos da Lei 5325/66, descabe, via de consequência, pagamento de quaisquer vantagens que não a partir da mesma.

À categoria ou classe de servidores beneficiada com a alteração de seu enquadramento, cabe perceber pelos novos padrões a contar da data da lei revisora que consagrou a situação de forma definitiva, não mais sujeita a alteração.

De todo o exposto é de concluir-se que:

— está correto, de conformidade com a lei 5325/66, o artigo 3.º do Ato n.º 161, de 25 de setembro de 1967, do Departamento Estadual de Portos, Rios e Canais;

-- a nova redação dada ao art. 3.º do referido Ato, proposta na Minuta de Ato já aprovada pelo Conselho Hidroviário do Estado, e que é submetida à aprovação de Sua Excelência, o Senhor Governador do Estado, não tem força legal para fazer retroagir os efeitos da Lei 5325/66 à data da entrada em vigor da Lei 4937/65;

— por ser inoperante o objeto da Resolução n.º 33 do Conselho Hidroviário do Estado, não deve, a mesma, ser aprovada por Sua Excelência, o Senhor Governador.

É o parecer, s. m. j.

Porto Alegre, 31 de dezembro de 1971.

Dilma Macedo Machado
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1989/CGE

LEI MUNICIPAL.

Sua elaboração deve observar as disposições da Lei Orgânica respectiva.

O Senhor Prefeito de Lagoa Vermelha quer dirimir a dúvida de vereadores quanto à sanção e promulgação de leis pelo Executivo Municipal, cujos projetos foram enviados à respectiva Câmara, com o prazo de 45 dias para apreciação, sem que houvesse observância do prazo fixado. Surgiu a dúvida, tendo em vista o que dispõe o art. 51 e seus parágrafos, combinado com o art. 200, da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 138-140, 1972

Esclarece que a Lei Orgânica do Município não está atualizada com os novos postulados constitucionais.

É o relatório.

2. Como o consulente acena para dispositivos da Constituição do Brasil, desde logo, convém notar que ela discrimina competência, não apenas à União e aos Estados, mas também aos Municípios, respectivamente, nos arts. 8.º, 13 e 15.

Quanto aos Municípios, em certa medida a competência outorgada é privativa e específica, de vez que decorre do princípio consagrado da autonomia municipal, peculiaridade do nosso sistema federativo.

Mas, como aos Estados são conferidos todos os poderes que, explícita ou implicitamente, não lhes sejam vedados (§ 1.º do Art. 13), respeitadas as imposições dos arts. 15 e 16, podem eles regular as atribuições dos Municípios, como o faz nossa Constituição Estadual, no TÍTULO II (arts. 143 a 159), no uso dos poderes chamados residuais ou remanescentes.

Entretanto, é assegurada aos Municípios, de maneira genérica, a administração própria no que respeite ao seu peculiar interesse.

De outra parte, existe a hierarquia dos poderes denominados concorrentes. São aqueles que a Constituição Federal concede concomitantemente à União, aos Estados e aos Municípios. Esses poderes prevalecem na ordem decrescente, isto é, da esfera de maior categoria sobre a de menor. Os poderes da União prevalecem sobre os dos Estados e estes sobre os dos Municípios.

Daí, competir aos Municípios, além dos poderes que lhes são expressos nas Cartas federal e estadual, os implícitos, no que respeite ao peculiar interesse local de suas administrações, inclusive os de estabelecer critérios para a elaboração das suas leis, quando não conflitarem com os Diplomas Legais que lhes são hierarquicamente superiores.

3. O município de Lagoa Vermelha possui Lei Orgânica, decretada e promulgada pela Câmara Municipal, em 25 de janeiro de 1948.

Não prevê a hipótese do Prefeito solicitar prazo nos projetos de lei que encaminhar. Fica, portanto, essa parte do processo legislativo no município de Lagoa Vermelha disciplinada pelo seu Regimento Interno.

Já a Constituição do Brasil faculta ao Presidente da República solicitar prazo às duas casas do Congresso Nacional para

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 138-140, 1972

apreciar os projetos de lei que lhes enviar (art. 51), considerando aprovados os projetos que não tiverem deliberação dentro dos prazos estipulados (§ 3.º do mesmo artigo).

Como os Estados, por força do inciso III, do art. 13, devem observar os princípios estabelecidos na Lei Maior para o processo legislativo, a Constituição Estadual, no art. 33 e seus parágrafos, assim também o fez.

A lei que o Estado de São Paulo outorga aos seus municípios segue os mesmos critérios para o processo legislativo, como também o segue o Anteprojeto de Lei Orgânica Municipal elaborado como subsídio por esta Consultoria (art. 36).

4. Em conclusão, o processo legislativo do Município consultante é o determinado pela sua Lei Orgânica. Entretanto, seria de bom alvitre que, quando da reformulação da Lei Orgânica Municipal, fosse adotado o processo legislativo estabelecido na Constituição Federal.

Em consequência, ao não-cumprimento do prazo estabelecido pelo Executivo para que a Câmara apreciasse o projeto de lei enviado, não cabe qualquer sanção.

É o parecer.

Porto Alegre, 31 de dezembro de 1971.

José Carlos Torres Miller
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2008/CGE

FUNCIONÁRIO INTERINO. — Deve ser exonerado quando existir candidato aprovado em concurso para o cargo que ocupa temporariamente.

A Prefeitura Municipal de São Sepé dirige-se a esta Consultoria a fim de solicitar parecer e esclarece o seguinte:

O funcionário A. P. V. foi nomeado para exercer as funções de Contínuo, padrão 2, pelo Decreto n.º 490, de 2 de janeiro de 1964, sem concurso.

Em 1.º de janeiro de 1965, pelo Decreto n.º 710, foi exonerado das funções de Contínuo e, na mesma data, pelo Decreto n.º 711, foi nomeado para exercer as funções de Escriurário, padrão 4, sem concurso.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 140-142, 1972

Dito funcionário teve averbado o tempo de um ano e dois meses de Serviço Militar.

Em agosto último, foi realizado concurso público para o cargo de Escriurário, sendo aprovados cinco candidatos e preenchidos dois cargos com os aprovados.

O citado funcionário, embora inscrito, não compareceu às provas do concurso.

A Prefeitura deseja saber como proceder: se nomeia um dos aprovados para o cargo (no caso o 3.º colocado), ou se conserva o funcionário interino.

É o relatório.

2. Na época das nomeações do funcionário em causa vigia a Constituição de 1946, que permitia a nomeação de funcionários sem concurso, interinamente.

Os interinos eram nomeados para substituir funcionários efetivos, de cargo isolado, ou para ocupar temporariamente, até o seu preenchimento regular, cargos vagos para os quais não havia ocupantes.

Estabelece o Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de São Sepé:

“Art. 12 — As nomeações serão feitas:

.....
IV — em caráter interino, para cargo de recrutamento geral, quando não houver candidato que satisfaça as condições para nomeação”;

Não há prazo, como se vê, para o exercício de funções, em caráter interino, na Prefeitura de São Sepé. A situação em que se encontram é temporária e sua exoneração fica a critério da Administração Municipal, sem que seja necessária a observação de qualquer formalidade que não o ato próprio de dispensa.

Consta, ainda, no Estatuto:

“Art. 19 — O ocupante interino de cargo será inscrito “ex-officio” no primeiro concurso que se realizar.

§ 1.º — A aprovação da inscrição dependerá de satisfazer o interino as exigências estabelecidas para o concurso.

§ 2.º — Encerrados os prazos serão exonerados os interinos cuja inscrição não for aprovada.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 140-142, 1972

§ 3.º — Homologado o resultado do concurso, serão exonerados os interinos que não tenham obtido a classificação necessária para o provimento em caráter efetivo”.

O funcionário de que trata a consulta foi inscrito no concurso, portanto satisfazia as exigências estabelecidas, mas não compareceu às provas. Houve cinco candidatos aprovados e preenchidos dois cargos com os primeiros classificados. Há mais uma vaga para o candidato classificado em terceiro lugar que está sendo ocupada pelo funcionário interino que não concorreu com os demais candidatos. Tem direito esse candidato ao seu aproveitamento.

3. Indaga a Prefeitura como proceder.

Face ao acima exposto, deve nomear o candidato classificado e exonerar o interino, não socorrido pela estabilidade prevista no § 2.º do artigo 177 da Constituição Federal de 1967, mesmo com a averbação de Serviço Militar.

É o parecer s. m. j.

Porto Alegre, 4 de fevereiro de 1972.

José Carlos Torres Miller
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1967/CGE

FUNÇÃO GRATIFICADA — Incorporação da vantagem aos proventos da aposentadoria, se comprovado o efetivo exercício de cargo de provimento em comissão ou de FG por mais de cinco anos ininterruptos.

Omissão da lei quanto à computabilidade de tempo de serviço não remunerado para a integração da antiguidade do servidor.

1. C. P. S., professora primária, lotada no Grupo Escolar Cel. Pedro Osório, de Pelotas, também exercendo a função gratificada de colaboradora da 5.ª Delegacia Regional da SEC, re-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 142-146, 1972

quer aposentadoria ao Exmo. Sr. Governador do Estado. O pedido data de 19 de janeiro de 1968 e no mesmo reivindica a incorporação de vantagens a que se julga com direito, inclusive aquela FG. Anexa certidões várias, grades de tempo de serviço, atos concessórios de adicionais, enquadramento e licença-prêmio, da gratificação especial de 15%, assentamentos e fichas funcionais, além de outros documentos.

O decreto de inativação chegou a ser elaborado, mas não foi autografado, eis que entende a Equipe de Provimento e Vacância de Cargos da Secretaria da Administração não ser devida a incorporação da função gratificada aos proventos, por não completar a interessada cinco anos consecutivos na mesma.

Restituído à Secretaria da Educação, com opinião divergente da Unidade de Pessoal, por solicitação do titular da mesma Pasta, vem o processo ao exame e parecer desta Consultoria-Geral, onde é protocolado sob o número 1.429/71.

É o relatório.

2. Parece, inicialmente, não haver dúvida quanto ao direito da requerente à pretendida aposentadoria, já que comprova o exercício do magistério nos expressos termos exigidos pela Constituição. O problema que se impõe deslindar, circunscrevese, tão-somente, ao exercício ininterrupto, por um quinquênio, da função de colaboradora da 5.ª D. R. da SEC, para efeitos de sua incorporação aos proventos de inatividade.

O estudo do processo conduz, nesse passo, às seguintes evidências: o Boletim n.º 471, da Secretaria da Administração, publicado no Diário Oficial, a 6 de outubro de 1960, dá conta da designação da professora em apreço para a FG-1, criada pelo art. 5.º da Lei n.º 3.285/57, combinado com o art. 19 da Lei n.º 3.889-A/59; posteriormente, o Boletim n.º 723, in D. O. de 18 de dezembro de 1967, diz que a postulante passou a exercer uma FG-2, nos termos da Lei n.º 4.914/64 (art. 54).

3. Informam os autos, de outra parte, que a requerente percebeu a FG, ut certidão de fls. 139, de 7 de janeiro de 1960 a 31 de dezembro de 1963. Contudo, de 1.º de janeiro de 1964 a 29 de dezembro de 1966, optara pelos vencimentos dos cargos, pois, a esta altura, além do ensino primário, também exercia o magistério de nível médio e não podia receber remuneração cumulativamente por três posições, ou seja, dos dois cargos e mais a função gratificada. Daí não ter auferido nesse período a vantagem atribuída à FG. Já de 18 de dezembro de 1967 a 30 de novembro de 1968, conforme certidão de fls. 139, voltou a receber

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 142-146, 1972

a FG, o mesmo sucedendo de 1.º de outubro de 1968 até 31 de janeiro de 1971, segundo se vê na certidão de fls. 147, todas emanadas da Diretoria Administrativa do Tesouro do Estado. Infe-re-se que, com o advento da Emenda 15, de 31/12/1966, à Cons-tituição Rio-Grandense de 1947, permitiu-se-lhe o acúmulo de dois cargos e da FG, o que se evidencia através do recebimento pelas três posições, a partir de 18 de dezembro de 1967.

4. À vista do exposto, verifica-se que a interessada não recebeu pela função gratificada apenas de 1.º de janeiro de 1964 a 17 de dezembro de 1967. Isso, todavia, não significa que não a tenha exercido por lapso temporal superior mesmo àquele fi-xado pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado (arts. 182 e 271 combinados), habilitando-se ao direito subjetivo à respectiva incorporação aos proventos. Com efeito, a opção pe-los vencimentos dos cargos de magistério deve ter sido imposta à suplicante e a outros funcionários em idêntica situação, pela Constituição Estadual de 1947 (art. 211) consoante orientação do CSP expressa no Parecer n.º 3.166/55. No entanto, e embó-ra sem auferir a vantagem da FG, a interessada continuou no exercício da função de colaboradora da 5.ª D. R. da SEC. Dessa realidade dão conta a grade de fls. 151, em que se vê a efetivi-dade na supramencionada FG durante 4.024 dias, ou onze anos e nove dias, e o atestado de fls. 159, no qual a Sr.ª Delegada Re-gional afirma que a petionária exerce tal função, sem interrup-ção, de 7 de janeiro de 1960 a 20 de abril de 1971. O que ocorreu, em verdade, é que, inobstante efetiva na função por mais de onze anos, de 1.º de janeiro de 1964 a 17 de dezembro de 1967, à luz da vedação constitucional do cúmulo nas três posições, teve de optar, e o fez, obviamente, pelos vencimentos dos cargos. Deste modo, todo aquele período, de mais de onze anos, fora secionado em três partes, quanto à remunerabilidade da FG, ou seja, não percebeu dita vantagem durante quase quatro anos que medeiam os em que obtivera o pagamento, advindo, então, a in-terrupção, não do exercício, como se comprova, mas do recebi-mento da aludida função gratificada.

5. Aspecto relevante ao pleno esclarecimento do caso, co-mo se percebe, é, inquestionavelmente, o do tempo de serviço. A doutrina e a jurisprudência administrativa irmanam-se na orientação, igualmente adotada pela Suprema Corte do País, ao sentenciar que “a aposentadoria dos funcionários públicos, todos com garantias emanadas dos estatutos, sem caráter contratual, regula-se pela lei do tempo da concessão”. (JURISPRUDÊNCIA,

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 142-146, 1972

pág. 167, vol. 21). Sucede que ambos os Estatutos Estaduais em vigor, o dos Funcionários Públicos Civis e o do Magistério, nada dispõem sobre o cômputo de serviço não remunerado para efei-tos de inativação. Parece, de conseguinte, residir aí o núcleo da divergência suscitada entre as Secretarias da Administração e da Educação e Cultura.

6. A questão, porém, é ampla e exaustivamente debatida pelo extinto Conselho do Serviço Público, inclusive quanto aos seus aspectos históricos. Diz o Parecer n.º 5.911 (D. O. de 18 de agosto de 1964), relatado pelo Dr. Hervandil Fagundes, que “a minguada de disposição expressa na nova legislação sobre a maté-ria, cumpre buscar-se solução para o impasse por obra de inter-pretação das normas estatutárias mediante as quais operou o le-gislador a regulação do “tempo de serviço” para a inativação dos funcionários e professores públicos”. Reporta-se, após, aos ensi-namentos de Themístocles Cavalcanti, quando afirma que “a Cons-tituição, para efeitos de aposentadoria e disponibilidade, fixou um crédito muito liberal na contagem do tempo de serviço. Mandou, por isso mesmo, computar todo o tempo de serviço efetiva-mente prestado em todos os cargos ou funções públicas exerci-dos, ainda aquele em que o servidor deixou de gozar certas van-tagens e concessões da lei”. E mais além: “Dentro dessa concep-ção de tempo de serviço público, e no silêncio da Lei, quer a Constitucional, quer a ordinária, sobre a circunstância de haver ele sido prestado gratuitamente, não há senão interpretar-se o tempo assim prestado como válido para efeito de integrar a an-tiguidade do servidor”.

7. Ainda são do Parecer n.º 5.911/64 estes argumentos: “É de acolher-se, sem dúvida, a interpretação do texto constitu-cional, feita pelo insigne homem das letras jurídicas, pelo óbvio motivo de que o legislador não excluiria, sem afronta a princípio de justiça, do tempo de serviço público, a parcela prestada sem remuneração, vantagem de ordinário devida a todo prestador de trabalho. Com efeito, a omissão da lei no tocante à computabili-dade desse tempo para a integração da antiguidade do servidor, não deve, necessariamente, importar em interpretação excluden-te de sua admissibilidade, senão que o legislador haja deferido ao aplicador da lei a tarefa de interpretá-la, buscando, para a questão que daí deflui, solução consentânea com a posição cabí-vel à administração, face a relação jurídica estabelecida com seus agentes, e inspirada em princípio de justiça, que lhe é ima-nente”. Conclui frisando que “desde que comprovado o efetivo

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 142-146, 1972

exercício de cargo ou função pública, nos moldes expressamente exigidos pela lei, é de computar-se na antiguidade do servidor, para os efeitos legais, todo o tempo de serviço, remunerado ou não”.

8. Por outro lado, também o Parecer n.º 4.029/60, do antigo órgão colegiado de pessoal do Estado, alinha-se nesse entendimento, advertindo, no entanto, que “não pode, em nenhuma hipótese, ser computado tempo de serviço que não corresponda ao exercício efetivo de função pública. É mister — acentua — que a prestação do trabalho, quer remunerada, quer gratuita, seja devidamente comprovada”. Na espécie, como se observa, a suplicante, por via de certidões do órgão pagador, o Tesouro do Estado, grade e atestado, respectivamente, de fls. 151 e 159, prova o tempo efetivo de serviço na função gratificada, em sintonia com o disposto no parágrafo primeiro do art. 104 do Estatuto do Magistério.

Ora, como os arts. 182 e 271 combinados, do Estatuto do Funcionário, ensejam ao “servidor público estadual que, ao se aposentar, estiver no pleno exercício de um cargo de provimento em comissão ou de uma função gratificada, o direito às vantagens correspondentes para cálculo de seus proventos, desde que, no decorrer de sua vida funcional, haja desempenhado qualquer uma dessas posições, durante um período de mais de cinco anos ininterruptos” (Parecer n.º 4.571/62, baseado no de n.º 3.662/58, ambos do CSP), entende-se lícita a incorporação da FG de que cogitam os autos. Mesmo porque o fato de não ser remunerado o seu exercício não invalida a pretensão, à vista do silêncio da lei vigente quanto ao seu caráter gracioso, e dos fundamentos esposados, especialmente no Parecer n.º 5.911/64, antes referido.

Daí considerar-se procedentes a postulação de que trata o processo — incorporação da função gratificada aos proventos da professora primária C. P. S. — orientação que pode servir de norma administrativa à solução de situações análogas.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 31 de dezembro de 1971.

José Joaquim Monteiro
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 142-146, 1972

PARECER N.º 1984/CGE

CADÁVER — Licitude da entrega à Faculdade de Medicina da UFRGS, para fins de pesquisa científica, de material proveniente de necrópsias efetuadas no Instituto Médico-Legal e Hospital Psiquiátrico São Pedro.

Inocorrência de hipótese delituosa prevista na lei penal.

Legitimidade da prática autorizada da Anatomia, que não importa em destruição do cadáver e não caracteriza a ação típica do crime.

Ausência de dolo, vilipêndio, profanação ou violação. Contribuição à ciência, não lesiva aos princípios morais e religiosos. Disponibilidade do corpo para fins lícitos. Posição doutrinária e exegese do art. 211 do vigente Código Penal Brasileiro.

Podem o Hospital Psiquiátrico São Pedro e o Instituto Médico-Legal entregar à Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Sul material proveniente de necrópsias — hipófises — ali efetuadas, para utilização em investigações científicas, a cargo de professor do referido estabelecimento de ensino superior? Eis a questão que se oferece a exame e parecer desta Consultoria-Geral.

O pedido de autorização da entrega do material em apreço é formulado pelo Sr. Diretor daquela Faculdade ao Sr. Secretário da Saúde, que manifesta “plena concordância” à solicitação, no que pertine a sua Pasta. Entretanto, o expediente é encaminhado ao Sr. Secretário da Segurança Pública, onde colhe pronunciamento negativo do Sr. Corregedor Policial (fls. 8 e 9). Essa autoridade, invocando o art. 211, do vigente Código Penal Brasileiro, em que se comina pena de reclusão e multa pelo delito de “destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele”, entende conflitar com essa norma o ato de que resulte o atendimento da reivindicação da Faculdade de Medicina, opinando, diante da concordância do Sr. Secretário da Saúde à pretensão, pela audiência desta Casa.

Em seu parecer, o Sr. Corregedor Policial transcreve trechos dos “Comentários” de Nelson Hungria e Romão Cortes de Lacerda relativos ao Histórico e Generalidades “Dos Crimes Con-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 147-154, 1972

tra o Respeito aos Mortos" (Vol. VIII, 2.^a edição, 1954, págs. 71/2,) olvidando-se, porém, de citar os nomes desses penalistas pátrios. No item n.º 4, contudo, reporta-se ao ponto-de-vista de Nelson Hungria, quando conceitua o cadáver e alude à proteção legal dispensada, não só ao todo, como à parte do corpo despedaçado em virtude de tragédia, e à separada devido à ação de quem assim proceder. Afinal, frisando que "é mister que o problema do atendimento das necessidades científicas, considerando o atual estágio de progresso que atingimos, esteja previsto em lei", o Sr. Secretário da Segurança remete o processo a esta CGE, para "um pronunciamento elucidativo de natureza jurídica focalizando a matéria".

A HIPÓFISE E A EVOLUÇÃO CIENTÍFICA

Antes da análise do problema, sob o ângulo jurídico-legal, convém referir, embora superficialmente, ao sentido e utilidade da hipófise, glândula de secreção interna reclamada pela pesquisa científica da citada instituição universitária. Ver-se-á, então, que produz ela "numerosos e importantes hormônios, que regulam o crescimento de todos os tecidos orgânicos, dirigem o desenvolvimento e função da tireóide, das cápsulas supra-renais, etc." (DICIONÁRIO CONTEMPORÂNEO DA LÍNGUA PORTUGUESA, Caldas Aulete, vol. III, pg. 2.070). Diante dessa simples alusão, não é difícil, mesmo aos leigos em Endocrinologia e Anatomia, perceber a relevância da também denominada glândula pituitária e a necessidade de seu estudo, para, ao lado de outras investigações que preocupam os pesquisadores, esclarecer situações e fixar princípios que decifrem todos os segredos do corpo humano. Daí a constante evolução desses ramos da ciência médica, particularmente da Anatomia, hoje revolucionando clássicos conceitos, eis que, inclusive, não prescindem de Cibernética na busca de novos horizontes e que se refletem até na recuperação dos mutilados.

A LICITUDE DAS PESQUISAS

Fruto de pacientes trabalhos, no silêncio dos laboratórios, surge, em conseqüência, uma nova Anatomia e com ela o seu espantoso desenvolvimento, mercê do que e do aprimoramento das técnicas cirúrgicas, tornaram-se possíveis, ainda, as intervenções no coração e no cérebro. Deste modo e à luz de inegável progresso científico, que obteve os aplausos da autoridade pública pelo trabalho operado nos centros universitários e nos ambien-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 147-154, 1972

tes profissionais especializados, não se compreende a imposição de idéias das quais resulte a volta aos tempos primitivos, como a censura implacável à obra dos que contribuíram para a ampliação dos conhecimentos sobre o corpo humano. Não é tolerável, em suma, que retardem as pesquisas e se pretenda, de modo particular, tipificar como ilícita uma ação praticada entre nós, a contar de 1809, quando da criação do primeiro curso do gênero, e que trouxe, nos diferentes planos em que foi exercida, elementos decisivos ao estabelecimento de nova dimensão à Medicina. Nessa altura, é oportuno evocar a preciosa obra do belga André Vesalius, o precursor da moderna Anatomia — e isso para não mencionar tantos outros que a História consagra — o qual, para estudar o corpo humano, roubava os cadáveres dos condenados. que pendiam das forças, em praça pública. Desse seu gesto, censurável diante dos meios empregados, um escopo construtivo e alevantado: o legado fecundo de sete volumes para o esclarecimento de dúvidas até então persistentes, a positiva colaboração ao equacionamento de problemas que angustiavam os pesquisadores.

A PRECEDÊNCIA DO DIREITO POSITIVO

Entretanto, não se deve perder de vista que o tema proposto ao debate, adstrito ao plano da inteligência jurídica, requer, necessariamente, um enfoque subordinado a três ordens distintas: jurisprudencial, legislativa e doutrinária. No que pertine à primeira, conquanto se tenham pronunciado os tribunais pátrios acerca dos atos de subtrair ou ocultar cadáveres — irrelevantes ao deslinde da espécie — e o de destruir, que se impõe à interpretação, parece jamais ter sido objeto de cogitações nas esferas do nosso judiciário. Esmiuçada a copiosa coletânea de decisões das cortes de hierarquias várias, evidencia-se essa realidade, o que desloca a análise do problema para o âmbito do direito positivo, da lei, e da hermenêutica. A norma escrita emerge prioritária como fonte de direito. Sediada na legislação federal, impende trazê-la a lume. Eis, pois, no Código Penal Brasileiro, "expressis verbis":

"Art. 211 — Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele.

Pena — reclusão de um a três anos e multa de quinhentos cruzeiros a três mil cruzeiros".

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 147-154, 1972

A INEXISTÊNCIA DA AÇÃO DOLOSA

Nesse passo, importa, de pronto, averiguar o significado da expressão "destruir" inserta na legislação codificada. E vê-se que supõe o ato de arruinar, demolir, derripar, e, extensivamente, fazer desaparecer, extinguir, desfazer, exterminar. "Destruir um cadáver é torná-lo insubsistente como tal". (COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL, Nelson Hungria e Ramão Côrtes de Lacerda, vol. VIII, pág. 76). Todavia, "somente a título de dolo é punível o crime", advertem os mesmos tratadistas, focalizando o Art. 211 da lei. E esse, o dolo, "é a vontade livre e conscientemente exercida no sentido do resultado antijurídico". (Op. cit., pág. 78). Ora, "se nem mesmo o cadáver que serve a fim de estudo no anfiteatro de anatomia pode ser impunemente vilipendiado" (pág. 78), infere-se que, "in casu", parece não configurar-se o delito, eis que não se está diante da hipótese de vilipêndio, contemplada pelo art. 212 do C.P.B., ao arrolar os crimes contra o respeito aos mortos. Valha-nos, mais uma vez, a lição dos mestres, quando ensinam que "vilipêndio (de vilis pendere) é o ultraje, o ludíbrio aviltante, o desdém injurioso". (Op. cit., pág. 67)

Indaga-se, então: o cadáver ou parte dele, destinado à Faculdade de Medicina, para o fim mencionado no processo, pode configurar procedimento delituoso, suscetível das sanções penais? Parece que não, pela simples razão de inexistir o dolo e tampouco o desrespeito aos mortos. Com efeito, não é por ação dolosa ou maldade que se dissecam cadáveres nos institutos de pesquisa, mas pelo elogiável propósito de se contribuir para a atualização do conhecimento humano no campo da medicina. Destaque-se que o que a lei protege, como pode parecer, não é o descanso aos mortos, mas o sentimento de reverência dos vivos para com os desaparecidos.

A ORIENTAÇÃO DA DOUTRINA

De outra parte, não será ocioso perscrutar a posição doutrinária quanto à utilização do cadáver para fins de estudos. Verifica-se, daí, que a maioria dos tratadistas é favorável ao seu uso pelos anatomistas, "quando nele procuram a pesquisa, de caráter científico, colimando atender aos nobres interesses da humanidade, ou aos legistas, no mister de dirimir as causas imediatas da morte, quando violentamente provocada sem o desígnio de Deus". (JUSTITIA, "Inegociabilidade da matéria orgânica humana...")

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 147-154, 1972

Ellis Hermydio Figueira, vol. 64, pág. 144). Em seu ensaio jurídico, classificado em segundo lugar no Congresso do Ministério Público Fluminense, de 20 a 24 de novembro de 1968, o citado procurador assevera, ainda, que, "com a morte, findam-se os direitos, deixando o corpo humano de irradiar qual finalidade nem sob o aspecto físico, nem espiritual. Tão-somente a lei ampara a vontade do indivíduo quanto às suas disposições "postmortem", no que concerne aos legados, dentre os quais se pode incluir a disponibilidade de partes de seu corpo, após cessada a vida, como contribuição à ciência e utilização para fins humanitários, objetivando a preservação de outras vidas humanas". (Op. cit., pág. 145)

No mesmo rumo, Bento de Faria, ao prelecionar que "a anatomia autorizada não importa, é óbvio, na destruição do cadáver. Assim, a dissecação das partes do cadáver, para estudos, ou a sua inspeção interna, por meio da autópsia. Essa finalidade, entretanto, não comporta sejam praticados atos de vilipêndio ou de escárnio sobre o defunto. Não sendo, porém, autorizados tais estudos, ou não tendo a prática anatômica essa finalidade, os atos realizados podem configurar a destruição ou vilipêndio". (CÓDIGO PENAL COMENTADO, vol. V, pág. 360). E Serrano Neves, a seu turno: "Com o correr dos tempos, porém, o culto do cadáver, inspirado em normas morais, religiosas e jurídicas, foi, aos poucos, perdendo algo de seu conteúdo quase supersticioso".

Atualmente — anota NELSON HUNGRIA — "é ponto cada vez mais pacífico que o homem tem o poder ou direito de dispor do próprio futuro cadáver, desde que o faça para um fim lícito ou não imoral, como, por exemplo, o fim didático ou científico, ou da preservação da saúde ou da vida de outrem". (DA TUTELA PENAL DO CORAÇÃO, Editora Aurora, 1968, pág. 24)

Por sua vez J.M. Carvalho Santos, antes de referir às três modalidades de crime, previstas no art. 211, do Código Penal, e que se configura através do dolo genérico, diz: "Acrece que os cadáveres dos pobres, que falecem nos hospitais, são remetidos para a Faculdade de Medicina, a fim de serem dissecados para estudos. Ninguém enxerga nisso ato imoral, pelo fim alevantado que o justifica. E se na Faculdade de Medicina o cadáver é dissecado, retiradas dele algumas peças anatômicas, também ninguém afirma que haja nisso imoralidade, tolerando-se mesmo que até algumas peças sejam cedidas a estudantes ou a outros institutos de aprendizagem..." Logo, é a conclusão racional e

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 147-154, 1972

lógica, não há no fato do cadáver ser destinado a estudos anatómicos, ou de qualquer outra natureza, imoralidade alguma. É uma praxe consagrada e adotada em todos os centros civilizados e de mais requintada cultura". (REPERTÓRIO ENCICLOPÉDICO DO DIREITO BRASILEIRO, vol. VI, pág. 239 e seguintes). Voltando-se ao trabalho do agente do ministério público fluminense, "in" JUSTITIA, atrás vindo à colação, cumpre referir as conclusões, em que se salienta: "A extirpação e utilização de tecidos, órgãos ou partes de cadáver, desde que legitimamente autorizada por quem de direito (doador em vida, ou os responsáveis pelos despojos, post-mortem), a título gratuito (o corpo humano não é objeto de comercialização). Para finalidade terapêutica ou contribuição à ciência, não adversa a moral nem qualquer regra de direito". (grifei)

A INVESTIGAÇÃO ATUALIZADA

Sem dúvida, de todas as manifestações dos doutrinadores, a de Bento de Faria, entendendo que não importa em destruição do cadáver a anatomia autorizada, cresce de importância em face da problemática dos autos. Inquestionavelmente, se de um lado se trata de uma escola de medicina oficial, que reclama material das necrópsias — hipófises — de outros órgãos, igualmente oficiais, para fins de investigação científica, parece legítima tal prática, bastando considerar, para tanto, as disposições do Regimento Geral e do Estatuto da Universidade Federal de que faz parte, aprovados pelo Conselho Federal de Educação, conforme Pareceres n.ºs 529/70 e 760/70, aquele, e esse, em 12 de março de 1970. Com efeito, o primeiro, Regimento Geral, prescrevendo que "a investigação como intrínseca à tarefa docente, constituir-se-á em recurso para manter a atualidade dos conteúdos de ensino e o cultivo generalizado da atitude científica, como condição para o aproveitamento do talento e originalidade tanto de professores como de alunos, e meio de realizar as tarefas que cabem à Universidade na objetivação do desenvolvimento nacional" (art. 161), combinado com o n.º II, parágrafo único, do art. 3.º, do supracitado Estatuto, impende concluir que não conflita com a lei tal procedimento ainda porque cancelado pela autoridade. E isso é precisamente o que ocorre, nos estritos termos das regras estatutárias referidas, quando determinam que "a missão da Universidade se cumprirá mediante o desenvolvimento simultâneo e indissociado das atividades de ensino e pesquisa", em diferentes áreas, dentre as quais se sobressai, como fundamental, a das ciências biológicas.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 147-154, 1972

A DISPONIBILIDADE DO CADAVER

É notório que a edição de preceitos legais não se dá simultaneamente com a eclosão dos fatos sociais, já que demandam estudos visando a sua normatividade jurídica. Assim como sucede com a ordem social, a evolução científica é uma realidade indiscutível, exigindo do jurista e do legislador uma tomada de posição, a fim de que o direito não fique à margem dessa mesma evolução conjuntural. Daí ser lícito ao homem, de tempos para cá — por exemplo — dar determinados fins a seu futuro cadáver. É o que já permitia a Lei Federal n.º 4.280, de 6 de novembro de 1963, no que tange "a extirpação de partes do cadáver, para fins de transplante, desde que o de cujus tenha deixado autorização escrita ou que não haja oposição por parte do cônjuge, ou dos parentes até segundo grau, ou de corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos". (art. 1.º). Esse diploma legal, contudo, foi totalmente revogado pela Lei n.º 5.479, de 10 de agosto de 1968 (D.O.U. de 14/8/68), que trata da retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do cadáver para fins terapêuticos. A teor dos arts. 1.º e 2.º da vigente lei, é autorizada a disposição gratuita de uma ou várias partes do corpo post-mortem, devendo a retirada ser precedida da prova incontestável da morte. As condições para o aproveitamento em finalidade terapêutica estão referidas nos quatro itens do art. 3.º, da lei em tela, exigindo-se, sempre, a satisfação de uma delas. Incluem-se, aqui, a manifestação expressa da vontade do disponente; a manifestação da vontade, quando se está diante de disponentes relativamente incapazes e de analfabetos, a através de instrumento público; a autorização escrita do cônjuge, e, sucessivamente, dos descendentes, ascendentes, colaterais, corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos, e, finalmente, se inexistirem responsáveis pelo cadáver, por via de autorização do diretor da instituição onde ocorrer o óbito. Depreende-se que, embora não implique em revogação da norma penal do art. 211, eis que defeso continua o ato de "destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele", a Lei n.º 5.479/68 subsiste ao lado da legislação codificada, para os fins a que se endereça, isto é, àqueles que respeitam à terapêutica.

CONCLUSÕES

De todo o exposto, salvo melhor juízo, entendemos:

1) — O art. 211, do vigente Código Penal Brasileiro, jamais poderia compreender-se na consulta, porque se está diante da hi-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 147-154, 1972

pótese de prática anatômica autorizada e porque não se configura a ação típica do delito de destruir.

2) — A disponibilidade do corpo, para fins de estudo, pode ocorrer diante da manifestação de vontade do extinto, quando em vida; pela autorização dos responsáveis pelos despojos (parentes), e, em se tratando de indigentes, ou de cadáver em abandono, pela decisão da autoridade pública.

3) — A dissecação de cadáveres em institutos anatômicos, preservada a sua finalidade em prol do progresso científico e do bem da humanidade, não revestindo atos de vilipêndio, profanação ou violação, não tipifica a figura delituosa a que se refere a lei penal, assim como não compromete os princípios morais, a deontologia médica, o respeito aos mortos e o sentimento religioso.

É o parecer.

Porto Alegre, 31 de dezembro de 1971.

José Joaquim Monteiro
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1955/CGE

PRESCRIÇÃO — DECADÊNCIA — LEI N.º 4317 — DIREITO FORMATIVO GERADOR.

Distinção entre prescrição e decadência; sendo o direito formativo gerador desprovido de pretensão, não está submetido à prescrição, mas sujeito ao desaparecimento pelo transcurso de prazo de natureza preclusiva.

Distinção entre decadência, instituto de Direito Civil, e decadência, instituição de Direito Administrativo.

Pode o Estado, sem ofensa ao art. 8.º, XVII, b, da Constituição Federal de 1967, ao regular suas relações com funcionários, editar norma fixando prazos decadenciais ou preclusivos.

1. L.E.L. professor catedrático do ensino médio, requereu, em 14 de setembro de 1962, seu reenquadramento no Qua-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 154-157, 1972

dro Único dos Funcionários Técnico-Científicos do Estado como Consultor Jurídico, nos termos do art. 4.º da Lei 4.317, de 22 de junho de 1962.

Teve sua postulação deferida, consoante Boletim n.º 598-62 da SENA, mas, antes que fosse efetivado o reenquadramento requerido, dele expressamente desistiu, em 18/3/1965, sendo o processo respectivo (N.º 24.569 da SENA, anexo) arquivado.

2. Em 16/11/1970 voltou a requerer o reenquadramento como Consultor Jurídico do Estado, sendo o pedido indeferido pelo Sr. Secretário da Administração sob o fundamento de estar prescrita a pretensão.

Recorre de tal despacho o interessado, invocando em seu prol a existência de Exposição de Motivos da Secretaria da Administração (Proc. n.º 34.891-67 da SENA), aprovada pelo Sr. Governador do Estado (Diário Oficial de 10/7/69), na qual se afirma que os prazos, especialmente o consignado pela Lei 4.317, são simplesmente ordenatórios e que o contrário conduziria a vir o Estado dispor sobre prescrição, matéria de Direito Civil, sobre a qual competiria privativamente à União legislar.

A vista dessa fundamentação o Sr. Secretário da Administração submete a espécie à consideração desta Casa, anexando cópias de solução de consulta n.º 73-70 da Assessoria Técnico-Administrativa daquela Secretaria de Estado e parecer da Chefia da Assessoria Jurídica e Legislativa da Casa Civil do Governo do Estado, ambos exarados no Proc. 30.576/69 da mesma Secretaria.

É o relatório.

3. O recurso do interessado repousa na dupla confusão, entre prescrição e decadência, e entre decadência no Direito Civil e decadência no Direito Administrativo, para cujo desfazimento impõe-se determinar a natureza do prazo estabelecido pelo Estado na Lei 4.317 (art. 2.º) e aferir-se a legitimidade, ou mais precisamente, a constitucionalidade de tal norma.

4. O problema já foi examinado em termos imelhoráveis pelo extinto Conselho do Serviço Público, através do Parecer n.º 6.875/66, de autoria do eminente Conselheiro Almiro do Couto e Silva, que hoje ilustra o Gabinete de Assessoramento Jurídico desta Consultoria-Geral.

Demonstrou-se ali que a citada Lei 4.317 constituiu direito formativo gerador para os funcionários que estivessem na posição nela prescrita, mas que esse poder de formar direito ao enquadramento estava subordinado à postulação dos ditos funcio-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 154-157, 1972

nários, direito esse, porém, desprovido de pretensão, e, assim, não submetido à prescrição, podendo apenas desaparecer pelo transcurso de prazo de natureza preclusiva.

Não há, pois, dizer-se que o art. 2.º da referida Lei 4.317 estabeleceu a prescrição do direito de requerer reenquadramento, se não requerido no prazo de noventa dias, mas sim que previu tal dispositivo legal a preclusão ou decadência de tal direito, se não exercido no prazo fixado.

5. Resta examinar se podia o Estado editar norma referente à decadência de direito formativo gerador por ele instituído em favor de funcionários que reunissem determinados pressupostos.

Exsurge então a necessidade de distinguir decadência, instituto de Direito Civil, e decadência ou preclusão, instituição de Direito Administrativo.

A esse respeito cumpre invocar o discrimine feito pela Egrégia Primeira Câmara Cível Especial do Tribunal de Justiça do Estado em acórdão da lavra do ínclito Dr. Antonio V. Amaral Braga, "in ipsius verbis":

"Irrelevante é a circunstância de ter sido o instituto da decadência prescrito na lei civil, pois somente isso não lhe dá a característica de princípio exclusivamente civil. Ontologicamente, a decadência não tem uma categoria especial, podendo assumir no mundo jurídico feição civil e feição administrativa, conforme o ramo do Direito em que é cogitada. Se referida no trato dos negócios individuais, é, por sem dúvida, instituto de Direito Civil, se, ao contrário, é arbitrada nas relações do Estado com seus servidores, inequívoca se torna sua configuração administrativa".

(Apud Ap. Cível n.º 2724, de 1968)

Dessarte, em se tratando de decadência ou preclusão administrativa, pode o Estado prevê-la nas regras que edite com o fito de regular as relações que estabelece com seus funcionários, estabelecendo, "verbi gratia", prazos peremptórios ou terminativos para que o interessado emita declaração de vontade, sob pena de desaparecimento do direito a formar direito.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 154-157, 1972

Resulta evidente, pois, que, em assim agindo, não legislou o Estado sobre Direito Civil, área normativa reservada à União, a teor do disposto no art. 8.º, XVII, b, da Constituição Federal de 1967, então vigente.

6. "In casu", havendo o peticionário retratado sua manifestação de vontade, na forma supra-referida, ela é tida como juridicamente inexistente, decaindo o interessado do direito de emití-lo, fora do prazo estabelecido pela Lei 4.317, cuja fixação pelo Estado era legítima, como acima se demonstrou.

Isso posto, opinando contrariamente ao pretendido pelo recorrente, permitimo-nos sugerir seja a matéria submetida à alta apreciação do Sr. Governador do Estado, a fim de que seja fixada orientação sobre a matéria, tendo em vista o despacho publicado no Diário Oficial de 10/7/69.

É o parecer.

Porto Alegre, 30 de junho de 1971.

Elmo Pilla Ribeiro
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1981/CGE

DIARIAS ESPECIAIS — DESIGNAÇÃO
DE SERVIDOR POLICIAL PARA FRE-
QUENTAR CURSO FORA DO ESTADO.

O quantum das diárias especiais atribuídas a servidor designado para frequentar curso fora do Estado não constitui direito deste, mas é objeto de arbitramento do chefe do Poder Executivo, que na sua fixação só tem o limite posto pelo art. 7.º do Decreto n.º 17.475/65.

1. O delegado G.C.A., professor da Escola de Polícia, foi autorizado a se afastar do Estado por um ano e quatro meses, sem prejuízo dos respectivos vencimentos, a fim de frequentar o Curso de Aperfeiçoamento da Fundação Getúlio Vargas, no Rio de

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 157-159, 1972

Janeiro, nos termos do art. 11 do Decreto n.º 18.470, de 29/2/1967, consoante ato do Sr. Governador do Estado registrado e publicado no Boletim n.º 167, de 16/2/1970, da Secretaria da Administração.

Ao que se infere, foram-lhe pagos Cr\$ 10.376,25 a título de diárias e ajuda de custo.

2. Em 5 de agosto de 1970 o interessado requereu o pagamento da diferença entre as diárias que lhe foram pagas e as que lhe são devidas (sic), em razão de diploma legal que fixara novos níveis de diárias, bem como sejam feitos novos cálculos, eis que entendia fazer jus a **quantum** superior ao que lhe foi pago.

Em razão dessa postulação foi concedida uma suplementação de Cr\$ 5.000,00 ao requerente.

3. Em 1.º de julho de 1971 o interessado postula o ressarcimento das despesas de transporte do Rio de Janeiro para esta capital, bem como a diferença das vantagens já concedidas, nos termos da Lei n.º 6.194, de 15/1/1971, e do decreto n.º 20.901, de 15/1/1971 sem especificar os dispositivos legais que amparariam sua pretensão.

Dito requerimento mereceu detalhada informação da Assessoria Técnico-Administrativa da Direção Geral de Administração da Secretaria da Segurança Pública, a qual conclui no sentido de que caberiam ao interessado vantagens que ascenderiam a Cr\$ 58.003,73 — que, descontados de Cr\$ 15.376,25 já recebidos, perfariam Cr\$ 42.019,98 — aos quais faria jus o postulante, além da importância reclamada a título de transporte.

É o relatório.

4. Impende inicialmente salientar que o interessado não foi **designado** para freqüentar o curso que realizou, mas **autorizado a afastar-se do Estado** com a dita finalidade, nos termos do art. 11 do Decreto n.º 18.470, de 29/2/67, que prevê a primeira hipótese e não a última.

Trata-se, pois, de ato administrativo híbrido, posteriormente entendido, entretanto, como designação, tanto que foram pagas ao postulante ajuda de custo e diárias especiais.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 157-159, 1972

5. Ao depois, verifica-se que não houve proposta inicial do Sr. Secretário da Segurança à época, para a fixação das diárias especiais a serem atribuídas ao referido servidor, como previa o art. 7.º do Decreto n.º 17.475, de 3 de setembro de 1965.

Apenas, em 15/9/70, o atual titular da citada Pasta propõe seja concedida uma suplementação de Cr\$ 5.000,00 nas vantagens já deferidas ao dito funcionário (Proc. n.º 2186/CGE, fls. 25)

6. A despeito dessas anomalias, constata-se, quanto ao mérito, que a concessão de diárias especiais **in casu** não pode ser colocada em termos de **direito** do servidor, mesmo admitindo-se haver ele sido designado (e não simplesmente autorizado) para freqüentar curso fora do Estado.

Isso porque o **quantum** das aludidas diárias é **arbitrado** pelo chefe do Poder Executivo, o qual tem apenas como limite para sua fixação o dobro do vencimento, remuneração ou salário no mês, quando o servidor for designado para estudo ou estágio fora do Estado, porém dentro do território nacional, e o triplo quando fora deste (Decreto n.º 17.475/65, art. 7.º).

7. Isso posto, não tendo o requerente **direito stricto sensu** ao que pleiteia, seu pedido deve ser tomado como pedido de revisão do ato do Sr. Governador do Estado que lhe arbitrou as diárias especiais, tendo em vista a finalidade supra-referida.

Tratando-se, porém, de ato que se situa na esfera decisória do chefe do Poder Executivo, cabe a este exclusivamente decidir a respeito, com o limite posto pelo art. 7.º do Decreto n.º 17.475 a que acima se aludiu.

8. Situação diversa é a do pleiteado ressarcimento da quantia de Cr\$ 465,00, desembolsada pelo requerente para seu transporte de retorno a esta Capital. A ele tem o postulante **direito**, nos termos do art. 93 da Lei n.º 6.194, de 15/1/1971.

É o parecer.

Porto Alegre, 31 de dezembro de 1971.

Elmo Pilla Ribeiro
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 157-159, 1972

PARECER N.º 2022/CGE

FÉRIAS — O sábado deve ser considerado dia útil para efeito de férias de servidores, sujeitos à legislação trabalhista, que prestem serviço em regime de compensação (art. 59, § 2.º, da Cons. das Leis do Trabalho).

O Senhor Secretário da Fazenda solicita parecer desta Consultoria Geral esclarecendo se deve considerar o sábado como dia útil, para efeito de férias de servidores regidos pelo sistema da Consolidação das Leis do Trabalho, sujeitos a horário de trabalho de quarenta e quatro (44) horas semanais, distribuídos em cinco (5) dias.

2. A legislação trabalhista assegura ao empregado assíduo o direito a vinte (20) dias úteis de férias por ano de trabalho. Os domingos e feriados, evidentemente, são dias não úteis e, por exclusão, sempre foram considerados úteis os demais dias da semana, ainda que em alguns destes muitas vezes não houvesse trabalho.

O Decreto-lei n.º 1.031, de 21 de outubro de 1969, no entanto, acrescentou um parágrafo ao artigo 132, da Consolidação das Leis do Trabalho, com a seguinte redação:

“§ 2.º — O sábado não será considerado dia útil para efeito de férias dos empregados que trabalhem em regime de cinco dias por semana”.

Com a inclusão desse parágrafo no artigo 132, surgiu a dúvida de saber quais seriam as categorias de empregados que teriam direito a ter excluídos os sábados do período de gozo de suas férias.

Algumas categorias de empregados efetivamente têm regime de trabalho de cinco dias semanais, tais como os bancários, que cumprem jornada reduzida de seis horas de segunda a sexta-feira. A esses inegavelmente o sábado terá de ser considerado dia não útil, para efeito de férias.

Outros empregados, no entanto, sujeitos a regime de seis dias semanais, por força de acordo individual ou contrato coletivo, conforme é facultado pelo § 2.º, do art. 59, da C. L. T., trabalham mais horas nos cinco primeiros dias da semana (de segunda a sexta-feira), ficando dispensados de comparecer ao serviço nos

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 160-163, 1972

sábados. A esses empregados, que trabalhem em regime de compensação, entendo que o sábado deve ser considerado dia útil, pois não estão sujeitos a cinco dias semanais de serviço.

O § 2.º, do art. 132, da C. L. T., dispõe que o sábado não será considerado dia útil para efeito de férias de empregados que trabalham em regime de cinco dias por semana. Os empregados que trabalham em regime de compensação, no entanto, não estão sujeitos a cinco dias de serviço por semana. Em verdade estão sujeitos a regime de seis dias semanais, que são distribuídos em cinco, por força de contrato individual ou coletivo.

4. A interpretação no sentido de que o sábado deve ser considerado dia útil para empregado que trabalhe em regime de compensação, levaria à conclusão de que o parágrafo 2.º, do artigo 132, da C. L. T., seria **inconstitucional**, por contrariar frontalmente o **princípio da igualdade de todos perante a lei**, assegurado pela Constituição Federal.

Semelhante interpretação daria um tratamento desigual a empregados que prestam serviço igual e que cumprem uma jornada semanal de igual duração. Seria, por isso, contrária ao princípio de isonomia, consagrado pelo art. 153, § 1.º, da Constituição Federal, conforme redação da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969.

É comum constatar-se que, em uma mesma seção de uma empresa, dois empregados que prestam serviço exatamente igual e estejam sujeitos a uma jornada semanal de igual duração, trabalhem em horários diferentes: um trabalha seis dias na semana, o outro, em razão de acordo individual, cumpre o mesmo número de horas semanais em apenas cinco dias. Não se pode admitir que o segundo desses empregados, que já é beneficiado por trabalhar menos um dia na semana, venha a ter direito a férias de maior duração que as do primeiro. Qualquer interpretação da lei nesse sentido levaria à conclusão de que dois empregados que prestam trabalho igual, em uma jornada semanal de igual duração, venham a ter vantagens desiguais. Por isso, o que se deve verificar em cada caso é o **regime de trabalho** a que está sujeito o empregado. Se está sujeito a regime de seis dias semanais, que cumpre em cinco dias por força de compensação, não terá direito à exclusão dos sábados do período de gozo de suas férias.

Na aplicação do parágrafo 2.º, do art. 132, da C. L. T., interessa verificar se o empregado está sujeito a regime de trabalho de cinco ou de seis dias na semana. E nessa última hipótese o sábado sempre será considerado dia útil, pouco importando que o empregado cumpra em seis ou em cinco dias a jornada semanal.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 160-163, 1972

5. Diante das dúvidas surgidas na aplicação do parágrafo 2.º, do artigo 132, da C. L. T., a Portaria n.º 3.751, de 30 de dezembro de 1969, do Ministério do Trabalho e Previdência Social, fixou o entendimento de que, quando as horas de serviço correspondentes aos sábados forem compensadas pelo acréscimo nos demais dias da semana, o sábado será considerado dia útil. Dizem os artigos 1.º e 2.º dessa Portaria:

“Art. 1.º — O sábado só não será computado como dia útil para efeito de férias, quando o empregado efetivamente trabalhar em regime de cinco dias por semana, sem compensação com a jornada de sábado”.

“Art. 2.º — Nos demais casos, quando haja trabalho aos sábados ou as horas de serviço a ele correspondentes sejam compensados em acréscimo nos demais dias da semana, o sábado será, para efeito de férias, considerado dia útil”.

A Portaria n.º 3.751, não regulamentou o parágrafo 2.º, do artigo 132, da C. L. T., restringindo o seu campo de incidência, como alguns intérpretes têm pretendido. Apenas interpretou o mesmo dispositivo legal, baseado no princípio de isonomia, no sentido de que o sábado deve ser considerado dia útil para empregados que trabalhem em regime de seis dias semanais, tenham ou não acordado cumprir esses seis dias em sistema de compensação.

6. Muito embora não tenha sido objeto da consulta, cabe esclarecer que o Estado não pode exigir que os empregados trabalhem em regime de compensação. O acréscimo de horas de serviço de segunda a sexta-feira, para redução do trabalho aos sábados, deve ser objeto de acordo bilateral. É, por isso, conveniente que se faça um instrumento escrito, ajustando o novo horário de trabalho, devendo ser mantidos no sistema anterior os servidores que não concordarem com a compensação e se recusarem a assinar o acordo.

7. Em conclusão, entendo que o sábado deve ser considerado dia útil para os empregados, sujeitos a legislação trabalhista, que trabalhem em regime de compensação, ou seja, para empregados que têm um acréscimo na jornada diária de segunda a sexta-feira para compensar com a redução ou exclusão do trabalho aos sábados.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 160-163, 1972

Este, salvo melhor juízo, meu parecer.

Porto Alegre, 11 de fevereiro de 1972.

Jorge Alberto Diehl Pires
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1970/CGE

SERVIDOR AUTÁRQUICO INATIVO — CRITÉRIO DE REVISÃO DOS PROVENTOS — Servidor aposentado por cargo em comissão — Inespecificidade dessa circunstância — Interpretação da Lei n.º 1.690/51 — Disposições revogatórias do art. 5.º da Lei n.º 5.892/69 — Confrontação analítica entre os artigos 177, § 1.º, e 101, § 3.º, da Constituição Federal de 1967.

Vem ao exame desta Consultoria-Geral do Estado questão encaminhada pela Cia. Estadual de Energia Elétrica, referente ao exame das normas legais que regem o cálculo e a revisão dos proventos de inatividade, com vistas à solução de pedido formulado pelo Eng.º N. M. F., aposentado por aquela entidade paraestatal.

A reconstituição do histórico funcional do peticionário torna-se indispensável para o deslinde do problema.

Tendo prestado serviços, na qualidade de engenheiro, ao que se infere dos autos, às Prefeituras de Bento Gonçalves, Passo Fundo, Carazinho e São Leopoldo, encontrava-se em exercício nesta última quando, pela Portaria n.º 37, de 1.º/6/1934, foi nomeado para o cargo de Diretor dos Serviços de Eletricidade de São Leopoldo.

Posteriormente, por ato municipal de 31/12/1942, foi colocado à disposição da Secretaria de Obras Públicas do Estado, tendo sido designado, a partir de 1.º/1/1943, para a função de Engenheiro-Chefe da Comissão Estadual de Energia Elétrica, posto em que permaneceu até 20/2/1952, data em que a referida Comissão foi transformada em autarquia pela Lei n.º 1744/52.

Em 4/3/1952 foi nomeado para o cargo em comissão de Diretor-Geral da nova autarquia, aí permanecendo até 22/10/1957, ocasião em que se aposentou.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 163-174, 1972

O postulante contribuía para o ex-IAPFESP (hoje incorporado ao Instituto Nacional de Previdência Social), tendo-se aposentado pela entidade previdenciária em 27/7/1960.

O ato de aposentadoria, no âmbito estadual, fundamentou-se nos artigos 168, incisos I e IV, 170, 177, inciso VI, 178 e 182 da Lei n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, combinados com o art. 1.º, item II, alínea "e", da Lei n.º 2.455, de 6/11/1954, e de conformidade com o art. 11, § único, da Lei n.º 1.744, de 20/2/1952.

Com apoio nessa legislação embasadora da aposentadoria, e em outros diplomas legais complementares, que se entendem aplicáveis à situação, é solicitada a manutenção dos critérios inicialmente destinados à revisão dos proventos.

Do embasamento legal, insito no ato de aposentação, há dois dispositivos legais que merecem destaque: os artigos 182, e 177, item VI, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado.

O primeiro manda aplicar as disposições estatutárias relativas à aposentadoria ao funcionário detentor de cargo em comissão que contar com mais de cinco (5) anos de exercício ininterrupto desse cargo.

O segundo ordena que o Estado arcará com o ônus da aposentadoria de funcionário vinculado a Instituto de Previdência Social, na forma prevista pelo Estatuto, quando o servidor não tiver feito jus, ainda, ao benefício da entidade previdenciária.

Deve, contudo, o funcionário continuar contribuindo para o Instituto de Previdência, obrigatoriamente, até que lhe seja conferida a inatividade remunerada, ocasião em que restará ao Estado o encargo de pagar a diferença, se houver, entre a aposentadoria do Instituto e o equivalente atualizado do cargo que exercia na atividade.

Diante dessas normas, o Estado assumiu os proventos de aposentadoria do postulante, desde 1957, quando este preencheu os requisitos estatutários para obtenção da vantagem.

Tendo sido aposentado, pelo órgão previdenciário, em 1960, caberia ao Estado pagar-lhe a diferença entre o valor do benefício da aposentadoria previdenciária e a remuneração outorgada ao cargo que exerceu quando no serviço ativo.

Entretanto, por interpretação invocada pelos interessados, acolhida pela administração, e mais tarde pelo egrégio Poder Judiciário, o funcionário cuja situação vem a exame recebeu igual tratamento ao dispensado para outros servidores inativos da CEEE. Entendeu-se que a eles se aplicava o art. 1.º da Lei n.º 1.690, de 27/12/1951.

Consoante àquela norma, a diferença de proventos paga pelo Estado aos servidores considerados não poderia sofrer qualquer redução, quando ocorresse a majoração dos proventos pagos pelos órgãos previdenciários.

Com o fito de obedecer a essa regra legal, a CEEE passou a agir para com todos os servidores que estivessem nessas condições, da seguinte forma: por ocasião da aposentadoria do servidor no Instituto de Previdência, a Companhia calculava a diferença entre os proventos do Instituto e o correspondente aos vencimentos da atividade, cobrindo essa defasagem entre ambos os valores; posteriormente, para cada reajustamento dos ativos, a entidade aplicava a mesma porcentagem, a mesma proporção, à diferença dos proventos de inatividade que estavam submetidos à sua responsabilidade, sem considerar as variações que sobrevinham nos proventos pagos pelo Instituto de Previdência.

Ora, como as vantagens retribuídas pelo Instituto de Previdência não permaneceram fixas, mas tiveram aumentos, periódicos, não levados em conta pela Entidade Estadual, ocorreu que os servidores inativados nas circunstâncias explicitadas passaram a ganhar mais, na inatividade, do que ganhavam na atividade.

Com a emergência da Carta Magna Federal de 1967, que determinava no seu art. 101, § 3.º, ratificado pelo art. 102, § 2.º, da Emenda Constitucional n.º 1, de 17/10/1969, conferidora de nova redação à Constituição da República, que em nenhum caso os proventos de inatividade poderão exceder à remuneração percebida na atividade, veio a se modificar a situação.

Escudada nessa determinação constitucional, a CEEE baixou a Resolução n.º 450, que implicava em utilizar novo critério para as revisões de proventos, fazendo que a mesma na órbita estadual, somada aos benefícios previdenciários, não ultrapassasse o que deveria receber o servidor se estivesse em atividade.

Contra o ato decorrente dessa medida, recorre o postulante.

Da mesma forma, outros servidores inativos, igualmente atingidos, exercitaram o remédio jurídico do mandado de segurança, por entenderem ferido seu direito líquido e certo.

Apensas aos autos encontram-se diversas peças judiciais, ilustrando o que ocorreu com a tramitação da matéria na esfera da Justiça Estadual.

Alegaram os impetrantes, além da aplicação da Lei n.º 1.690, o fato de se encontrarem em situação de dupla aposentadoria (uma pelos cofres estaduais, em razão da contribuição efetuada para o fundo da Lei Peracchi — Lei n.º 3.096/56, e outra pelos cofres previdenciários, em razão da contribuição prestada ao Ins-

título), nos termos aceitos pelo Supremo Tribunal Federal, considerando-se, ainda, protegidos pelo art. 177, § 1.º, da Constituição Federal de 1967.

Esta última disposição, da mais alta hierarquia legal, garantiu o direito da aposentação, à luz da legislação vigente à data da promulgação constitucional, para todos aqueles que preenchessem os requisitos estipulados em lei, no período de um ano, tomado a partir daí como período de "vacatio legis".

Na argumentação dos impetrantes, se a Constituição garantiu a aplicação das leis vigentes para os que preenchessem suas exigências até um ano após a promulgação da Carta Magna, com maior razão atingiria os já inativados sob aqueles diplomas legais.

Independentemente das manifestações judiciais, trata-se "in casu" de um recurso administrativo, pelo que há de merecer parecer desta Consultoria-Geral.

Até aqui, o relatório.

A enumeração dos fatos e das normas legais pertinentes, no relatório, não elide a necessidade de retomar uns e outras, a fim de realizar a tarefa interpretativa.

O funcionário, cuja situação ora se considera, foi aposentado a pedido, por contar com o tempo de serviço estipulado pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, ao qual estava submetido.

Indispensável, pois, lhe tivesse sido invocado no ato de inativação o art. 182 da Lei 1.751/52, assim disposto:

"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".

O mesmo se poderá dizer, também, da citação do art. 177, VI, do mesmo diploma legal, por abranger, plenamente, a posição do aposentado, sendo, além de cabível, indispensável sua inclusão no ato administrativo mencionado, conforme se pode inferir dos seus termos:

"Art. 177 —

VI — quando o funcionário, vinculado à Instituição de Previdência Social não tiver nesta feito jus ao benefício, o Estado arcará com o ônus da aposentadoria, na forma garantida por este Estatuto, continuando o funcionário como segurado obrigatório

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 163-174, 1972

da Instituição Previdenciária, até que por ela lhe seja assegurado o direito à inatividade remunerada, caso em que caberá ao Estado pagar somente a diferença, se houver, nos termos da lei vigente".

Ocupando o servidor, que passava à condição de aposentado, a qualidade de contribuinte do IAPFESP, claro se torna que ficava abrangido pela norma transcrita.

A preocupação do legislador estatutário, neste ponto, foi salutar e equânime, ou seja, a de não permitir que o funcionário que fora regido pelo Estatuto, porém estava filiado à Previdência Social, viesse a receber por esta menos do que receberia se recolhesse seus proventos dos cofres estaduais.

Neste sentido, cabe aqui comentar uma particularidade. O art. 186, § único, do Estatuto garantia aos inativos o direito de verem revisados os seus proventos, sempre que houvesse aumento dos vencimentos dos ativos, na proporção de 70% da majoração destes.

Posteriormente, a Lei n.º 3.096, de 1956, criou um fundo especial, formado pela dedução de 2% da remuneração de ativos e inativos, com a finalidade de cobrir os 30% do aumento dos ativos, que os inativos deixaram de perceber. Com esta lei, o § único do art. 186 do Estatuto foi derogado, e os inativos passaram a ter seus proventos revistos em igual proporção ao aumento dos ativos, i. é, passaram a receber 100% do aumento dos ativos.

Esclarecido este aspecto, podemos progredir na análise da questão, considerando que o servidor em pauta estava nas mesmas condições dos demais servidores autárquicos inativados pelos Institutos de Previdência, e amparados, complementarmente, pela regra do art. 177, item VI, da Lei n.º 1.751/52.

Devemos, agora, examinar a forma e circunstâncias em que foi aplicada às categorias funcionais referidas a Lei n.º 1.690, de 27/12/1951, que diz no seu art. 1.º:

"Art. 1.º — A diferença de proventos paga pelo Estado e a que fazem jus os servidores públicos, não sofrerá qualquer redução quando os proventos pagos pelos Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pensões ou quaisquer outros órgãos de previdência social venham a ser majorados".

Ante esse mandamento legal, manipulado pelos interessados e acolhido até mesmo em alguns pronunciamentos judiciais posteriores, as autarquias passaram a proceder às revisões de pro-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 163-174, 1972

ventos, daquele pessoal, considerando o princípio da Lei 1.690/51 como sendo de irredutibilidade total da diferença de proventos paga pelo Estado.

"Data venia", laborou-se aí em sensível equívoco, alimentado por um erro de interpretação do texto legal.

O que a lei n.º 1.690/51 proíbe é que se reduza a diferença de proventos paga pelo Estado, quando são majorados os proventos do Instituto. Não impede, porém, que o Estado, quando concede aumento aos ativos majore a diferença dos inativos até o ponto em que, somada com o benefício previdenciário, atinja o nível que perceberia, correspondente ao padrão do cargo na atividade.

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

Após isso, o Instituto eleva o benefício para Cr\$ 90,00 (noventa cruzeiros). A diferença passa a ser de Cr\$ 10,00 (dez cruzeiros), em relação aos vencimentos do cargo na atividade. Pela lei n.º 1.690/51, o Estado não pode reduzir a diferença de Cr\$ 20,00 que vinha pagando, para compensar a diferença real, que se reduziu à metade.

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

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

Não foi esse o procedimento adotado pela administração, sob pressão dos beneficiados e da própria Justiça, mais tarde. O que ocorreu é que as diferenças de proventos da responsabilidade do Estado não foram nunca reduzidas, e nem mesmo adaptadas aos aumentos estaduais.

A adaptação deveria ter sido feita, pois não feria direito líquido e certo dos servidores, uma vez que não contrariava a Lei n.º 1.690/51, e representava o cumprimento do art. 177, VI, do Estatuto que impunha o princípio geral: os inativos tinham direito a ganhar o mesmo que ganhariam se estivessem em atividade.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 163-174, 1972

A Resolução n.º 450, da CEEE, calcada na Constituição Federal de 1967, veio apenas corrigir um procedimento equivocado que se estendera no tempo.

Ao recorrer, judicialmente, dos atos de revisão feitos sob a égide daquela Portaria, os impetrantes invocaram, paralelamente à Lei n.º 1.690/51, a argumentação de que eram detentores de dupla aposentadoria, uma paga pelo Estado e outra pelo Instituto de Previdência, possibilidade aceita pelo Supremo Tribunal Federal, em manifestação daquele Pretório Excelso

Transparece, de maneira cristalina, que tal não é a situação dos servidores autárquicos, que ora se discute. Na hipótese presente temos, somente, uma aposentadoria, paga pelos cofres da Previdência Social. O Estado, apenas, complementa o valor da mesma, fazendo com que ela se iguale aos valores correspondentes da atividade.

Ininvocável, portanto, a dupla situação, pois tem-se bem claro que só há uma situação de inativo, atendida por dois órgãos diferentes, que se complementam no resguardo da unitariedade dos proventos, em relação aos vencimentos.

Acrescente-se que, posteriormente, em data de 23/12/1969, foi promulgada a Lei n.º 5.892, que estabeleceu no seu art. 5.º:

"Art. 5.º — O disposto na presente lei (aumento de vencimentos) aplica-se aos pensionistas do Tesouro do Estado, aos servidores estaduais à disposição da Rede Ferroviária Federal S/A. na conformidade da legislação que lhes é própria e, para efeito de cálculo de diferenças de proventos, aos servidores públicos estaduais, com regime previdenciário próprio, observados sempre os benefícios que vêm sendo efetivamente pagos pelo INPS" (grifos nossos).

Essa lei veio consolidar o sistema incluído no Estatuto e representou o início de uma mudança na apreciação judicial dos reclamos de servidores inativos atingidos pelo novo critério de revisão dos proventos, que, aliás, chega atrasado, em face dos mandamentos legais vigentes desde a Lei n.º 1.751/52.

Nesse sentido, a manifestação do Des. Bonorino Buttelli, relator do Acórdão de 16/12/1970, que resolve o Agravo de Petição n.º 13.097, de onde extraímos os excertos seguintes:

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 163-174, 1972

“Da Lei Peracchi não emana aposentadoria nenhuma. Para se falar em dupla aposentadoria era necessário que se demonstrasse que a aposentadoria dos portuários emana da Lei Orgânica da Previdência Social e emana do Estatuto. Aí seriam duas aposentadorias. Mas a aposentadoria é uma só, porque eles estão vinculados ao INPS e, portanto, é pelo tempo de contribuição que se aposentam”.

Descartada a tese da dupla aposentadoria, passa o magistrado a examinar a aplicabilidade da Lei 5.892/69, comentando-a da seguinte forma:

“Ninguém alega a inconstitucionalidade do art. 5.º da Lei n.º 5.892. Nem há possibilidade de argüir de inconstitucional o apontado dispositivo, para atender a pretensão dos impetrantes. E só se pode deixar de aplicar uma lei se ela for inconstitucional, se se decretar sua inconstitucionalidade. Então, como é que se pode deixar de aplicar esse dispositivo do art. 5.º da Lei 5.892, sem decretar sua inconstitucionalidade? Não vejo, não encontro inconstitucionalidade. Feriu o direito adquirido? Não ressaltou o direito adquirido? Mas em matéria de vencimentos, em matéria de proventos, o Supremo tem reiteradamente proclamado isso: Não há princípio de direito adquirido para alguém continuar percebendo determinada vantagem em virtude de edição de uma nova lei a respeito. Não tem a proteção do direito adquirido. O direito está sempre vinculado às disposições estatutárias e aos efeitos da norma que regula proventos e vencimentos”.

É fundamental essa colocação feita pelo relator do julgado para o exame de outra fundamentação invocada pelos impetrantes, em favor do que consideram seu direito líquido e certo.

Antes, porém, vejamos como o Acórdão em referência apresenta a questão da incidência do art. 5.º da Lei 5.892, relativamente à situação dos servidores autárquicos impetrantes que, embora sejam do DEPRC, em tudo e por tudo se assemelham aos da CEEE:

“Restaria a não-incidência do art. 5.º. Mas por que não incide? Não incide porque existe a Lei 1.690? Mas é lei posterior à n.º 1.690, vale dizer, derogatória desta, se

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 163-174, 1972

incompatíveis. Tenho até minhas dúvidas sobre se a Lei n.º 1.690 realmente ficou respeitada pelo Estatuto. Mas é matéria já discutida; e esse ponto já se proclamou que o Estatuto consagrou e não revogou a 1.690.

“Mas, esse dispositivo do art. 5.º da Lei n.º 5.892, não mudou o critério? Mudou. Podia mudar? Podia. E estabeleceu, exatamente, em conformidade com toda a legislação que vem disciplinando a situação de aposentadoria dos servidores da autarquia”.

Examinada a “quaestio”, nesses termos, resta solucionar o problema da existência ou não de conflito entre as normas constitucionais invocadas contraditoriamente, pelos impetrantes e pelo postulante, de um lado, e a Companhia Estadual, de outro.

Os servidores, trazem à baila o art. 177, § 1.º, da Constituição Federal de 1967, assim expresso:

“Art. 177 —

§ 1.º — O servidor que já tiver satisfeito, ou vier a satisfazer, dentro de um ano, as condições necessárias para a aposentadoria, nos termos da legislação vigente na data desta Constituição, aposentar-se-á com os direitos e vantagens previstas nessa legislação”.

Por sua volta, a Companhia energética do Estado invoca a determinação do art. 101, § 3.º, da mesma Carta Magna, ratificado pelo art. 102, § 2.º, da Emenda n.º 1, que deu nova redação àquela Constituição, e dispôs:

“Art. 101 —

“§ 3.º — Ressalvado o disposto no parágrafo anterior, em caso nenhum os proventos da inatividade poderão exceder a remuneração percebida na atividade”.

As ponderações dos inativos centram-se em torno da assertiva de que o mandamento do art. 177, § 1.º, da Carta Magna de 1967, os resguarda da imposição contida no art. 101, § 3.º, do mesmo diploma.

A inteligência que apresentam do art. 177, § 1.º, é ampla, extensiva, abrangente. O conteúdo da norma constitucional garantiria a aplicação de toda a legislação vigente à data da apo-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 163-174, 1972

sentadoria, desde que a mesma se desse até 15 de março de 1968, guardado o prazo de sobrevida de um ano, a contar da entrada em vigor do novo Estatuto Republicano.

Dentro dessa compreensão, os servidores autárquicos inativados pela Lei Orgânica da Previdência Social, com direito a perceberem diferença favorável de proventos, por conta do Estado, continuariam beneficiados pela vantagem prevista na Lei n.º 1.690/51, a qual, mesmo aplicada corretamente, criaria circunstâncias em que perceberiam como aposentados mais do que receberiam em atividade.

Em contrapartida, apresenta-se a argumentação da CEEE, considerando impositiva a norma do art. 101, § 3.º, já citada.

Assentam-se as razões da Companhia Estadual na independência e não-tangencialidade das duas normas. Ambas, tanto o art. 177, § 1.º, como o art. 101, § 3.º, aplicar-se-iam separadamente, sem que um interferisse na abrangência do outro.

A distinção básica feita é a de que um dispositivo atinge as condições de aposentação, enquanto o outro abrangeria a fixação de limites máximos para a revisão de proventos.

Destarte, não haveria interferência dos dispositivos constitucionais, dada a contemplação de objetivos diversos.

Ao nosso ver, a segunda interpretação é mais procedente, e constitui, inclusive, a posição assumida pela Consultoria-Geral do Estado.

Nessa direção, o Consultor Jurídico José Maria Rosa Tesheiner arrazoa na interposição de Recursos Extraordinários:

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

“A norma do art. 177, § 1.º, é norma de direito intertemporal para a aposentadoria. Não é norma de direito intertemporal para a revisão dos proventos da aposentadoria”.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 163-174, 1972

“Portanto, mesmo os que se aposentaram amparados pelo art. 177, § 1.º, da Constituição de 1967, estão sujeitos, na revisão dos proventos da aposentadoria, à norma que proíbe que essa revisão obedeça a percentual superior ao estabelecido para o aumento dos ativos”. (grifos nossos).

Eis que não há como confundir normas que regem a aposentadoria com normas que regem a revisão de proventos, nem há justificativa legal para subordinar estas àquelas.

A extensão, por um ano, das condições para aposentação vigorantes em 24/1/1967 não fere nem altera a legislação aplicável ao cálculo dos proventos, que vigia antes e após aquela data.

Tenha-se em conta, ainda, que o mandamento impedindo que os inativos percebam mais do que ganhariam em atividade é norma auto-aplicável, configurando proibição terminante, obedível desde sua edição.

Essa tese, de certa forma, foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n.º 66.443, cujo julgado é constante da Rev. de Direito Administrativo n.º 98, pág. 133.

A natureza específica, excepcional e provisória do art. 177, § 1.º, não pode obstaculizar a aplicação do texto constitucional restante, nem foi essa a sua finalidade.

Cabe, pois, a distinção do que é distinguível, fazendo incidir um e outro artigo sobre as situações distintas que visam regulamentar.

Assim sendo, quando os servidores autárquicos inativos mencionam o art. 177, § 1.º, estão invocando, indiretamente, o princípio do direito adquirido, considerando consolidada e imutável a legislação que os atingiu a princípio.

Não obstante, como já se demonstrou, cabalmente, não procede, nem existe qualquer configuração de direito adquirido em matéria de natureza estatutária.

Ante o exposto, podemos concluir:

1) A situação do requerente é de todo semelhante à dos servidores autárquicos inativos, abrangidos pelo art. 177, VI, da Lei n.º 1.751/52.

2) Não há como falar em dupla aposentadoria. A aposentadoria é uma, corre às expensas dos cofres previdenciários, entrando o Estado em caráter complementar.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 163-174, 1972

3) A aplicação da Lei 1.690/51 foi incorreta, devido a erro de interpretação, e veio a lesar o Estado, criando, ainda, situações em que os inativos passaram a ganhar mais do que lhes caberia se estivessem ativos.

4) A Lei n.º 1.690 foi revogada pela disposição expressa, de idêntico conteúdo, todavia em sentido diferente, do art. 5.º da Lei n.º 5.892/69.

5) O art. 177, § 1.º, da Constituição Federal de 1967, dirige-se aos aposentados, e não atinge os aposentados no que concerne a critérios para revisão de proventos.

6) O art. 101, § 3.º, da mesma Constituição, abrange o pensionário, e seus pares, impondo, inilidivelmente, um teto para a fixação dos proventos de inatividade, que não poderão superar o que se receberia se persistisse o exercício ativo do cargo ou função.

7) Ao requerente cabe, desde logo, idêntico tratamento, merecendo perceber dos cofres públicos, somado o do Estado ao da Previdência, quando necessário, a mesma importância que lhe tocaria se estivesse em atividade, computada consoante as normas legais pertinentes.

É o parecer.

Porto Alegre, 31 de dezembro de 1971.

José Hugo V. Castro Ramos
Consultor Jurídico

P A R E C E R N.º 1982/CGE

CESSÃO DE USO DE BENS PÚBLICOS

— Contrato celebrado entre a Secretaria de Educação e uma emissora de radiodifusão — Uso conjunto da torre da TV Educativa — Necessidade de prévio estudo técnico de viabilidade, de prévia autorização do Ministério das Comunicações e prévia licitação.

Ofício chancelado pelo Senhor Secretário de Educação e Cultura ausculta esta Consultoria-Geral acerca das variáveis jurídicas, decorrentes do contrato assinado entre o Estado e uma empresa privada de radiodifusão.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 174-183, 1972

Os contatos iniciais do negócio foram realizados em 1970, tendo sido efetivado um contrato em 12/3/1971.

Posteriormente, a nova administração, empossada no corrente ano, passou a termo um novo instrumento contratual, publicado no Diário Oficial do Estado, em 14/9/1971.

A obrigação, firmada pelo Secretário de Educação e Cultura e pelos Diretores da Rádio e Televisão Gaúcha S/A., tem por objeto os seguintes elementos:

1) A Televisão Educativa, canal 7, da Secretaria de Educação e Cultura, cede o uso de uma parte de sua torre de transmissão para que a Televisão Gaúcha, canal 12, instale um sistema irradiante.

2) A Televisão Educativa, também através do seu órgão titular, cede uma parte do terreno desapropriado para dar lugar às suas instalações, para que a Televisão Gaúcha construa um prédio destinado à colocação dos seus transmissores.

3) O prédio construído às expensas da Rádio e Televisão Gaúcha, para instalação dos respectivos transmissores, passará à propriedade do Estado, sem qualquer contraprestação.

4) A TV Gaúcha cederá técnicos e instalações próprias, em circuito fechado, para treinamento do pessoal da Televisão Educativa, durante 15 horas semanais, até que esta última emissora esteja em condições de funcionar.

5) A Rádio e Televisão Gaúcha S/A. promoverá a divulgação da TV Educativa, na imprensa escrita, no valor correspondente ao espaço diário de 40 centímetros de coluna simples de jornal.

6) A conservação, manutenção e assistência técnica da torre de transmissão da TV Educativa será da responsabilidade da TV Gaúcha, sob supervisão da Secretaria de Educação.

7) O sistema irradiante da TV Gaúcha não poderá prejudicar, tecnicamente, a TV Educativa.

8) Os estudos que comprovem a viabilidade técnica do projeto, bem como o eventual aumento de custo para abrigar os dois sistemas irradiantes, ficam a cargo da Rádio e Televisão Gaúcha S/A.

9) A Secretaria de Educação reserva-se o direito de firmar com outras emissoras contratos que entender convenientes, desde que não tragam prejuízos operacionais para a TV Gaúcha (cláusula oitava).

10) O termo do contrato é o dia 31/12/1976.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 174-183, 1972

Em razão da cláusula oitava, que permite à Secretaria da Educação assinar contratos com outras emissoras, a Rádio e Televisão Piratini S/A. externou interesse na utilização conjunta da torre de transmissão da TV Educativa, mediante a mesma contraprestação já assumida pela Rádio e Televisão Gaúcha S/A.

Informa, contudo, o Senhor Secretário de Educação que, "como a projeção da torre capaz de abrigar dois sistemas irradiantes já está em fase adiantada de plena execução, a introdução agora de mais uma antena causaria atraso e prejuízo aos atuais correntes".

Acrescenta, ainda, que, através de informações do Grupo-Tarefa da TV Educativa, da SEC, "já existiram reuniões e contatos com membros das emissoras de TV locais, ainda no período do Governo anterior, sem que houvesse manifestação oficial de interesse de qualquer Órgão de TV deste Estado".

Os dados que acompanhavam o ofício do consultante eram insuficientes para uma elucidação satisfatória do caso.

Tornou-se necessário recorrer ao exame do processo n.º 23.825/70, da SEC, que se encontra em apenso, e que tinha sido enviado ao Tribunal de Contas do Estado para registro do contrato, a fim de localizar as peças contendo maiores esclarecimentos.

Naquele expediente deparamos, realmente, com novas indicações que permitem um melhor entendimento da situação trazida a exame.

A fls. 16-A do processo anexo, consta uma informação técnica do Engenheiro Eletrônico, Capitão Yapir Marotta, onde adverte as seguintes questões:

a) O Ministério das Comunicações aprovou e autorizou a SEC a usar um sistema irradiante, no Morro da Polícia, cota 268, Porto Alegre.

b) Qualquer alteração no sistema irradiante deverá ser submetida à apreciação prévia do citado Ministério, sujeita a novo estudo e parecer técnico, nova aprovação e autorização.

c) Deverá ser elaborado um estudo técnico em que se demonstre a viabilidade da instalação conjunta de duas ou mais antenas, numa única torre, sem que surjam interferências objeccionais em qualquer das emissoras.

Mais adiante, fls. 17, 18 e 19, consta um parecer técnico dos Engenheiros Homero Simon, pela TV Guaíba, Edison Guimarães, pela TV Gaúcha, e Capitão Yapir Marotta, pela SEC, em reunião promovida junto à Secretaria de Obras Públicas, onde concluem:

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 174-183, 1972

I — "Não se poderá prever interferências objeccionais para a instalação de mais uma antena numa mesma torre sem um estudo e projeto detalhado. Para a realização deste trabalho deverá ser contratada uma firma capacitada com instrumental altamente especializado, como: RHODE SCHWARZ, RCA, ou MARCONT".

II — "... os técnicos entenderam que seria de alta conveniência do público usuário dos serviços de TV na área de Porto Alegre e Municípios adjacentes a UNIFICAÇÃO TOPOGRÁFICA DO CENTRO DE IRRADIAÇÃO dos mencionados serviços, isto é, a instalação de todos os canais num mesmo local.

Tal medida, se adotada, beneficiaria a todas instalações de antenas receptoras que seriam orientadas para um só ponto, reduzindo ao mínimo o fenômeno das reflexões, melhorando com isto a qualidade da imagem.

Estas providências já vêm sendo adotadas em outros centros do País, como por exemplo, no Estado da Guanabara".

Encaminhado o documento ao Tribunal de Contas do Estado, aquele órgão solicitou complementar a instrução, referentemente aos seguintes tópicos:

"a) Juntar documento comprovante da aprovação ou autorização do Ministério das Comunicações, conforme determina a "Cláusula Décima do instrumento em questão.

b) Esclarecer se houve dispensa da concorrência ou se houve concorrência entre os canais de TV que operam no Estado".

A Cláusula Décima, "a que se reporta a egrégia corte de Contas do Estado, diz que "as partes só ficarão obrigadas após aprovação deste pelo Tribunal de Contas e da autorização do Ministério das Comunicações para o funcionamento da TV Gaúcha, nestas condições".

Até aqui, o relatório.

Trata-se, "in casu", de examinar os aspectos, juridicamente relevantes, vinculados à disposição e ao uso de bem público.

O próprio Código Civil, no seu art. 66, dispôs:

"Os bens públicos são:

I — Os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 174-183, 1972

II — Os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal.

III — 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”.

Parece fora de dúvida que, no caso da torre de transmissão da TV Educativa, estamos ante um bem público de uso especial, uma vez que destinado ao cumprimento de determinada atividade, conformadora de serviço público.

A concessão do canal 7 à TV Educativa, da Secretaria de Educação, concretizou-se através do Decreto n.º 62.882, de 21/6/1968, assim vazado:

“Art. 1.º — Fica outorgada concessão ao Governo do Estado do Rio Grande do Sul, através da sua Secretaria de Educação e Cultura, nos termos do art. 14 do Decreto-Lei n.º 236, de 28/2/1967, e art. 28 do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, para estabelecer, na cidade de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul, sem direito de exclusividade, uma estação de radiodifusão de sons e imagens (Televisão) para fins educativos, utilizando o Canal 7.

Parágrafo único — O contrato decorrente desta concessão obedecerá às cláusulas que com este baixam rubricadas pelo Secretário-Geral do Ministério das Comunicações e Presidente do CONTEL.

Cláusula a que se refere o Decreto n.º 62.882 de 21/6/1968:

III — a concessionária é obrigada a:

r) não firmar qualquer convênio, acordo ou ajuste, relativo à utilização das frequências consignadas e exploração do serviço, com outras empresas ou pessoas, sem prévia autorização do Ministério das Comunicações”.

Eis aqui, no item III, alínea “r”, da cláusula inclusa no decreto concessório, uma limitação inicial que se há de ter em conta.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 174-183, 1972

Por sua vez, o Decreto n.º 52.795, de 31/10/1963, que aprova o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, determina no seu art. 34:

“A contar da data do registro do contrato de concessão pelo Tribunal de Contas, ou da publicação da portaria de permissão, a concessionária ou permissionária deverá submeter à aprovação do CONTEL, no prazo de 6 (seis) meses, os locais escolhidos para a montagem da estação, bem como as plantas, orçamento e todas as demais especificações técnicas dos equipamentos.

§ 3.º — Nenhuma alteração poderá ser feita nos planos aprovados, sem prévia autorização do CONTEL”.

Essa norma é complementada pelo mandamento constante do art. 46, do mesmo diploma:

“As estações deverão executar os serviços de radiodifusão com os equipamentos e nas instalações aprovados e de acordo com o respectivo certificado de licença.

§ 1.º — Nenhuma alteração poderá ser feita na estação, sem prévia autorização do CONTEL.

§ 2.º — Verificada a inobservância do disposto neste artigo, será suspensa a execução do serviço, pelo prazo necessário à correção da irregularidade ou aprovação da modificação introduzida”.

A infringência desses dispositivos constitui infração expressa, estipulada, claramente, no art. 122 do Decreto em referência:

“Para os efeitos deste Regulamento são consideradas infrações na execução dos serviços de radiodifusão os seguintes atos praticados pelas concessionárias ou permissionárias:

33. modificar, substituir os equipamentos ou as instalações aprovadas pelo CONTEL, sem prévia autorização do mesmo”.

A fiscalização desempenhada pelo órgão conessor das autorizações de funcionamento às estações de radiodifusão de sons ou de sons e imagens (televisão) têm em mira, naturalmente, o

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 174-183, 1972

resguardo da observância das normas técnicas cabíveis, e do controle necessário ao bom desempenho de um serviço tão estratégico e significativo, em termos sócio-culturais.

Maior a necessidade de obediência desse regramento normativo, quando se trata de um serviço público, a ser desenvolvido pela televisão educacional do Estado.

Essa primeira condição, para que se validasse o contrato em exame, deve ser seguida de uma segunda ordem de considerações.

A torre de transmissão da TV Educativa constitui um bem público destinado à prestação de um serviço público.

A plena exequibilidade de sua destinação, ou seja, a total garantia de que o funcionamento ótimo da emissora educativa não será afetada, constitui fator de prioridade absoluta.

Os autos do expediente deixam entrever que se procedeu de forma, estranhamente, inversa: primeiro lavrou-se o contrato de cessão de uso da torre, determinando-se que após isso façam-se os estudos de viabilidade técnica.

A instrução dos elementos técnicos do processo é esclarecedora. Os destacados engenheiros que nele se pronunciaram, deixaram bem saliente que há riscos de interferência, agravados pela presença da estação repetidora da EMBRATEL, nas imediações do local da torre, acarretando possível interferência, como resultado dos batimentos (heterodinos).

Não consta do expediente, por outro lado, o estudo especializado que se enfatizou, e que se há de considerar como a conclusão da viabilidade técnica do acordo pretendido.

Como contratar, "a priori", um objeto que, tecnicamente, demanda análise mais profunda, e que, do ponto-de-vista jurídico, pode afetar a boa realização de um serviço público, realizado em próprio estadual?

A salvaguarda da realização administrativa do serviço público merece toda precedência. Somente após a viabilização técnica e aprovação e autorização do órgão federal competente (Conselho Nacional de Telecomunicações, do Ministério das Comunicações) é que se pode prosseguir no exame da matéria.

Admitindo-se que se realize o indispensável estudo técnico, e que sejam positivas as conclusões no sentido da inclusão de diversas antenas na torre de transmissão da TV Educativa, sem prejuízo das transmissões desta, e tendo em vista as vantagens sociais decorrentes do fato, resta ver as recomendações jurídicas à celebração do contrato administrativo específico de cessão de uso.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 174-183, 1972

De fato, sendo total ou parcialmente disponíveis, podem os bens públicos ser cedidos a particulares, pessoas físicas ou jurídicas, procedimento que erroneamente tem sido denominado de locação.

Trata-se, em realidade, de um contrato administrativo típico, regido pelas normas do direito público, distinto, portanto, da locação, propriamente dita, na qual o Estado se submete às regras do direito privado.

Neste terreno, a União regeu essa situação através do Decreto-Lei n.º 9.760, de 5/9/1946, que assim determinou:

Art. 125 — Por ato do Governo e a seu critério, poderão ser cedidos, gratuitamente ou em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos neste Decreto-Lei, imóveis da União aos Estados, aos Municípios, a entidades educacionais, culturais ou de finalidades sociais e, em se tratando de aproveitamento econômico de interesse nacional que mereça tal favor, a pessoa física ou jurídica.

Art. 126 — Nos casos previstos no art. anterior, a cessão será mediante termo ou contrato, de que expressamente constarão as condições estabelecidas, e tornar-se-á nula, independente de ato especial, se ao imóvel, no todo ou em parte, for dada aplicação diversa da que lhe tenha sido destinada".

O Estado poderá proceder de maneira semelhante, cedendo bens públicos, dos quais não se utiliza completamente, ou que possam ser usufruídos em comum com terceiros, desde que razões de interesse público aconselhem essa decisão, e respeitados os princípios gerais que orientam a elaboração dos contratos administrativos.

Normalmente, não se depara na legislação a exigência de prévia licitação para a cessão de uso. Esta fica ao arbítrio do Estado que estipulará as melhores condições, dentro da sua responsabilidade de salvaguarda dos bens públicos, e do melhor aproveitamento dos mesmos.

No caso em foco, contudo, apresenta-se uma particularidade — o Estado cede o uso da torre de transmissão da TV Educativa, mediante as seguintes contraprestações:

- a) Prédio dos transmissores da emissora comercial contratante;
- b) serviço de treinamento do pessoal da TV Educativa;

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 174-183, 1972

- c) serviço de divulgação da mesma emissora;
- d) serviço de manutenção e assistência técnica da torre.

Em assim sendo, entendemos que a contraprestação, sob a forma de uma contratação de obra e três modalidades de serviços incide nas determinações do Decreto-Lei n.º 200, de 25/2/1967, assim estabelecidas:

“Art. 125 — As licitações para compras, obras e serviços passam a reger-se, na administração direta e nas autarquias, pelas normas consubstanciadas neste título e disposições complementares aprovadas em decreto.

Art. 126 — As compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação

Art. 127 — São modalidades de licitação:

- I — a concorrência;
- II — a tomada de preços;
- III — o convite;”. (grifos nossos)

As normas desse título especial do Decreto-Lei n.º 200, referentes a licitações, tornaram-se obrigatórias para o Estado, através do mandamento da Lei n.º 5.456, de 20/6/1968.

Embora se trate de contrapartida a um contrato administrativo de cessão, não resta dúvida de que se está prestando ao Estado a realização de obra e o desenvolvimento de serviços, incluídos na obrigatoriedade legal da licitação

O ponto-de-vista doutrinário vem reforçar o pronunciamento legal, salientando a recomendabilidade do emprego da licitação em casos como o presente, ao assinalar:

“No intuito de proporcionar à Administração os contratos mais vantajosos, generalizou-se o sistema da prévia licitação ou a concorrência pública.

... Trata-se de um processo que a um só tempo restringe o arbítrio do Poder na seleção dos seus fornecedores, enseja a todos os interessados igualdade de condições na apresentação do negócio e impõe a escolha do que apresentar a melhor proposta, salvo se o proponente não reunir as condições de idoneidade técnica, financeira e moral indispensáveis para assegurar a exata execução da obra ou do contrato.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 174-183, 1972

... A meta final da concorrência e das cautelas que a cercam e condicionam é a moralidade e a eficiência da atividade administrativa, traduzidas na aceitação da melhor proposta ...”
 (“Concorrência Pública” — J. Nascimento Franco e Niske Gondo)

Estamos, pois, em condições de concluir:

1) O contrato de cessão de uso pretendido deve ser objeto de estudo prévio de viabilidade técnica, e de prévia aprovação do Ministério das Comunicações, no tocante às alterações a serem processadas.

2) É necessária e recomendável a realização de concorrência pública, em cumprimento aos ordenamentos legais que estipulam a licitação para a execução de obra ou prestação de serviço ao Poder Público.

Este é, s.m.j., o parecer.

Porto Alegre, 31 de dezembro de 1971.

José Hugo V. Castro Ramos
 Consultor Jurídico

DESPACHO DO CONSULTOR GERAL DO ESTADO

1. Na hipótese, o contrato só obrigaria as partes depois de satisfeitas as seguintes condições:

- a) obtenção de autorização do Ministério das Comunicações;
- b) comprovação de que a instalação dos dois (2) sistemas irradiantes não prejudicará o regular funcionamento da TV-Educativa; e
- c) aprovação e registro pelo Tribunal de Contas do Estado do correspondente ato.

2. Assim, o contrato em aprêço é negócio jurídico condicionado. Logo, mesmo preenchidas as condições marcadas, num primeiro momento, tem-se que a descrita no item b supra poderia surgir a qualquer momento, durante a execução das obrigações contratadas e importaria em condição resolutiva.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 174-183, 1972.

3. A matéria, por outro lado, reclamava licitação ou expressa dispensa governamental, invocável na forma do art. 126, § 2.º, do Decreto-Lei n.º 200, de 25/2/1967, do que inexistente prova nos autos, tanto de sua realização quanto de sua dispensa ut art. 125 e segtes. do citado Decreto-Lei n.º 200, de 25/2/1967).

4. Em tais condições e com a ressalva de que entendo não ter havido inversão no instrumentar o negócio, porque assinado sob condição, acolho as conclusões do Parecer de fls., sob n.º 1982, da lavra do Consultor Jurídico JOSÉ HUGO V. CASTRO RAMOS, que, por coincidentes com o meu entendimento sobre a matéria, adoto como pronunciamento da Consultoria-Geral.

5. Restitua-se o expediente, com as homenagens da Consultoria-Geral, à autoridade consulente, Sua Excelência, o Senhor Secretário da Educação e Cultura.

Em 31.12.1971.

Orlando Giraldi Vanin
Consultor-Geral do Estado

PARECER N.º 1971/CGE

BEM PÚBLICO. — DIREITO DE PREFERÊNCIA PARA A SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. RENÚNCIA OU CESSÃO. — AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA.

A renúncia, ou a cessão a outro acionista ou a terceiro, por parte do Estado do Rio Grande do Sul, de seu direito de preferência para a aquisição de novas ações, emitidas por força de aumento de capital das sociedades anônimas de que o Estado for acionista, dependem de autorização legislativa, ainda que o beneficiário da renúncia ou da cessão seja pessoa jurídica de direito público.

1. Por ofício dirigido ao Exmo. Sr. Governador do Estado, datado de 16 de julho de 1971, com referência ADM/GI/ar —

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 184-189, 1972

1878/71, informa a I. C. B. S. A. que, “estando (...) ultimadas as negociações para a contratação com o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico de novo financiamento ao projeto desta empresa, no valor de até Cr\$ 70.000.000,00”, e “devendo a referida operação (...) efetuar-se mediante a subscrição de novas ações de capital desta Companhia por parte daquele organismo financeiro”, pela qual “(...) a participação acionária do Banco, presentemente em 12%, ascenderá a 40% aproximadamente, sobre o capital subscrito total”, faz-se, para tanto, “(...) necessária a concordância dos acionistas detentores da maioria do capital, com a consequente renúncia ao exercício do direito de preferência para a subscrição das mencionadas ações”. Ora, “incluindo-se o Estado do Rio Grande do Sul entre os sócios majoritários” do Estado do Rio Grande do Sul em sua comunicação, “(...) sua manifestação expressa a respeito torna-se imprescindível e é condição básica exigida pelo Banco”, pelo que vem a mesma, formalmente, solicitar do Estado do Rio Grande do Sul a renúncia ao exercício do direito de preferência na subscrição de ações pelo referido organismo financeiro, com o único fito de possibilitar a operação pretendida. Acompanham o ofício examinado cópias e respectivas traduções da versão final dos instrumentos relativos ao financiamento que a International Finance Corporation (World Bank) deverá conceder à Companhia ora requerente, e no qual financiamento se inclui a operação aqui em exame, bem como o ofício dessa mesma Companhia, datado de 13 de julho de 1971, com referência ADM/GI/cc-1869/71, o qual encaminhava os instrumentos em referência ao Exmo. Sr. Secretário do Planejamento, ao mesmo tempo que fazia outras solicitações quanto à mesma matéria.

2. O Exmo. Sr. Contador-Geral do Estado, havendo recebido o presente processo, encaminhou-o à Divisão de Estudos e Orientação do órgão que chefia, onde lhe foi apensa a informação de folhas 88. A informação em referência, depois de bem dividir a matéria sobre a qual versa o presente processo, verbis:

“a) renúncia do Estado ao exercício do direito de preferência na subscrição de novas ações, no aumento de capital que aquela entidade fará, a fim de possibilitar a tomada das mesmas somente pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico — BNDE, fazendo com que este organismo financeiro eleve sua participação acionária de 12% para 40%, aproximadamente, do capital total subscrito;

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 184-189, 1972

b) intervenção do Estado no contrato de financiamento a ser celebrado entre a Indústria de Celulose Borregaard S. A. e a Internacional Finance Corporation;

c) autorização para o Estado participar em futuros aumentos de capital;"

— esclarece ainda que os itens b e c, acima transcritos, constituem objeto do Projeto de Lei n.º 50/71, substituído pelo de n.º 66/71, já aprovado pela Assembléia Legislativa e submetido à sanção do Exmo. Sr. Governador do Estado. Quanto ao item a, entende o funcionário informante que a renúncia ao direito de preferência depende de autorização legislativa. O Exmo. Sr. Contador-Geral do Estado, por sua vez, enviou o presente processo "à consideração do Excelentíssimo Senhor Secretário da Fazenda, com o esclarecimento de que em se tratando de renúncia ao direito de subscrição de ações em favor de uma entidade de direito público — Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico — conviria fosse examinado com maior profundidade o aspecto jurídico da necessidade ou não de autorização legislativa para a mencionada renúncia".

3. Com solicitação nesse sentido do Exmo. Senhor Secretário da Fazenda, vieram os autos a esta Consultoria-Geral, distribuídos ao Gabinete de Assessoramento Jurídico.

É o relatório.

4. Não padece dúvida que as ações de sociedade anônima, na sua qualidade, por definição, de partes de igual valor do capital das mesmas sociedades, em relação às quais o próprio Decreto-Lei n.º 2627, de 26 de setembro de 1940, fala serem objeto de propriedade (art. 25) e ser o seu titular dono (art. 26), integram a classe dos bens públicos dominicais, a teor do artigo 66, III, do Código Civil, também chamada de classe dos "bens do patrimônio fiscal" (cf. RUY CIRNE LIMA, in *Princípios de Direito Administrativo*, § 9, 1, pág. 74).

Como tal, ainda que disponíveis, ficam também as ações de sociedades anônimas, quando de propriedade de um ente público, sujeitas à limitação do artigo 67 do Código Civil, isto é, sujeitas à necessidade de prévia autorização legislativa para a sua alienação.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 184-189, 1972

5. Ocorre, no entanto, que ao lado de ser expressão de parte do capital social, isto é, título de valor, é também a ação de sociedade anônima "fonte dos direitos" do acionista (cf. PONTES DE MIRANDA), in *Tratado de Direito Privado*, Tomo L, § 5285, 1, pág. 53). Entre esses direitos, os quais podem ser de natureza individual ou social, inclui-se esse de opção dos acionistas à subscrição de ações (como o nomeia PONTES DE MIRANDA — op. cit, Tomo L, § 5.329, 5, pág. 351 — argumentando, com razão, ser errônea a expressão "direito de preferência", adotada pela própria Lei das Sociedades Anônimas), na hipótese de aumento do capital social. Ora, assim como não pode padecer dúvida a pertinência das ações de sociedades anônimas, quando de propriedade de ente público, à classe dos bens do patrimônio fiscal, não se poderá negar essa situação aos direitos emergentes dessas mesmas ações, ainda quando esses direitos tenham natureza meramente acessória. Incluem-se, esses também, no patrimônio público, e ficam igualmente sujeitos, na hipótese de sua alienação, a qualquer título, à incidência do artigo 67 do Código Civil.

6. Tal situação se reforça mais ainda, na hipótese sub examine, pela própria natureza do direito de preferência trazido pelo artigo 111 da Lei das Sociedades Anônimas, pois que, como expediente de proteção aos acionistas, tem esse mesmo direito de opção uma face diretamente patrimonial, qual seja essa referente à distribuição das reservas da sociedade.

Elucidativa é, nesse ponto, a clara lição de TULLIO ASCARELLI: "Com efeito, as reservas encontram afinal a sua origem nos lucros da sociedade nos exercícios anteriores, constituindo, por isso, um patrimônio da sociedade que pertence a todos os acionistas na proporção das ações que cada um possui. É claro, portanto, que os acionistas devem ter direito de preferência na subscrição das novas ações para impedir serem, as reservas, indiretamente, atribuídas a terceiros ou tão-somente a um grupo de acionistas, ou ser a influência de um acionista na sociedade diminuída como consequência de sua exclusão da nova subscrição". (in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, pág. 498/499)

7. Assim sendo, a renúncia ao direito de preferência, por parte do Estado do Rio Grande do Sul, na subscrição de ações do aumento de capital a ser efetuado na Companhia aqui reque-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 184-189, 1972

rente, envolve claramente alienação de bem público. Trata-se, na renúncia em tela, de um ato de disposição do patrimônio fiscal, pois, como vimos, pela sua própria natureza, e inclusive por suas conseqüências diretamente patrimoniais, tem o direito de preferência um valor, inclusive negociável, a teor do § 3.º do artigo 111 da Lei das Sociedades Anônimas (cf. TRAJANO MIRANDA VALVERDE, in Sociedades por Ações, vol. II, 579, pág. 257), do qual fica despojado o patrimônio do renunciante. E poderíamos, assim, continuar com as palavras de LEITÃO DE ABREU: "A renúncia é declaração unilateral de vontade que reclama no seu autor o poder de dispor. Da mesma sorte que, quanto aos sujeitos de direito privado, não é válida a renúncia, se o seu poder de disposição se achar ou excluído por incapacidade ou limitado em virtude de restrições a que a ordem jurídica o subordina, assim também a administração pública não pode exercer a renúncia, pois que o seu poder de dispor dos bens públicos, entre os quais se arrolam os patrimoniais, só se configura nos casos e pela forma que a lei estabelecer." (in Da Prescrição em Direito Administrativo, pág. 29). Outro não é, ademais, o ensinamento de HELLY LOPES MEIRELLES: "Em se tratando de renúncia por parte da Administração, depende sempre de lei autorizada, porque importa no despojamento de direitos que extravasam dos poderes comuns do administrador público". (in Direito Administrativo Brasileiro, pág. 198)

8. Refira-se, ainda, como última questão, que a necessidade de autorização legislativa para a alienação de bem público, a teor do artigo 67 do Código Civil, não fica dispensada mesmo quando o bem se aliena em favor de uma entidade de direito público, como o é o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico. A inalienabilidade dos bens públicos decorre de sua afetação aos fins da atividade administrativa, e independe absolutamente da natureza do ente jurídico em favor do qual se faria uma eventual alienação. As atividades administrativas são múltiplas e diferenciadas, inclusive quanto aos seus fins (como, por exemplo, entre a União, os Estados e os Municípios), ainda que possam ocorrer convergência e até coincidências de objetivos. Mais ainda, a diferenciação dos fins da atividade administrativa pode ser representada tão-só por uma maior especificação ou especialização de objetivos (como, por exemplo, entre a União e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico). Ora, é isso que acarreta a necessidade da prévia desvinculação do bem público quanto aos fins a que está ligado, mediante autorização legislativa para a sua alienação, com completo desconhecimento quanto ao destinatário

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 184-189, 1972

rio do bem, mesmo quando esse venha a vincular de novo o bem a alguma atividade administrativa, ao integrá-lo em seu patrimônio, em razão de sua natureza de pessoa jurídica de direito público.

9. Por fim, é imprescindível mencionar que a presente renúncia, por parte do Estado do Rio Grande do Sul, ao direito de preferência na subscrição de ações, a serem emitidas por força de aumento de capital da I. C. B. S. A., é já objeto do Projeto de Lei n.º 178/71, ora em tramitação na Assembléia Legislativa do Estado. É de ser observado, de outra parte, que se tenha tomado como renúncia, de forma atécnica, o que não passa de uma cessão em favor de outro acionista, na forma do § 3.º do artigo 111 da Lei das Sociedades Anônimas, também sujeita, de qualquer modo, à prévia autorização legislativa, pelos mesmos argumentos antes aduzidos. De fato, ou se fala em renúncia, de forma não adjetivada, ao direito de preferência em tela, significando que a disposição do direito se faz de forma vazia, e que a titularidade do mesmo poderá ser alcançada por qualquer interessado, acionista ou terceiro que a tanto se proponha, e na ordem de sua proposição, ou se fala em cessão, onde sempre vai determinado o beneficiário, acionista ou terceiro. A cessão sempre implica em renúncia, mas em renúncia adjetivada, e, por isso, a **renúncia em favor de alguém, acionista ou terceiro**, no caso o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico, é o mesmo que a cessão prevista no § 3.º do artigo 111 da Lei das Sociedades Anônimas. Ambas, no entanto, para concluir, a renúncia e a cessão, dependem de prévia autorização legislativa.

10. De todo o exposto, entendo que a renúncia, ou a cessão a outro acionista ou a terceiro, por parte do Estado do Rio Grande do Sul, de seu direito de preferência para a aquisição de novas ações, emitidas por força de aumento de capital das sociedades anônimas de que o Estado for acionista, dependem de autorização legislativa, ainda que o beneficiário da renúncia ou da cessão seja pessoa jurídica de direito público.

É o parecer.

Porto Alegre, 31 de dezembro de 1971.

Manoel André da Rocha
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 184-189, 1972

PARECER N.º 1985/CGE

EXTRANUMERÁRIOS MENSALISTAS. Seu regime jurídico.

A Lei n.º 4.528/63 e os Atos Complementares n.ºs 41 e 52. Aos extranumerários mensalistas regidos pelo Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado não se aplicam as normas contidas na Circular Geral n.º 57/69, do Tesouro do Estado.

Por solicitação do Senhor Secretário da Educação e Cultura veio ter a esta Consultoria-Geral o presente processo que trata da aplicação naquela Secretaria da Circular Geral n.º 57/69, da Direção Geral do Tesouro do Estado, que "expede instruções com referência ao pessoal admitido sob o regime da C.L.T. e dá outras providências", no que respeita aos servidores que percebem pela rubrica "Salários de Pessoal de Obras".

A consulta mereceu manifestação desta Consultoria através do Parecer n.º 1143/UAJ, da lavra do douto Consultor Jurídico DILMA MACEDO MACHADO.

Tramitando o processo, após, pela Secretaria da Fazenda, onde colheu informação da Assessoria em Assuntos de Administração Geral, foi ter ao Palácio do Governo, de onde, com informação da Subchefia da Casa Civil, retorna a esta Consultoria, para novo exame.

A Circular n.º 57/69, em causa, edita normas para aplicação ao pessoal admitido sob o regime da CLT, estabelecendo, expressamente, que

"São segurados do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) os servidores admitidos, ou contratados, com direitos e deveres regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inclusive o "Pessoal de Obras" estável, ou não, no Serviço Público, com desconto obrigatório, em favor daquela Instituição..."

Informa-se na consulta que na Secretaria da Educação e Cultura não existe "Pessoal de Obras", conquanto haja servidores percebendo seus salários pela rubrica de "Salário de Pessoal de Obras".

Tais servidores, que não foram admitidos pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, desempenham funções de natureza permanente, tais como Serventes, Contínuos, Porteiros,

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 190-196, 1972

Motoristas, Ascensoristas, Auxiliares de Administração, Mecânicos, etc., gozando, a sua maioria, de estabilidade no serviço público.

2. Como é corrente, o Estado, para atingir os seus fins, necessita dar execução a tarefas, permanentes umas, transitórias outras.

Na idéia de "função pública" se reúnem, como que num feixe, um conjunto dessas tarefas, de natureza permanente, que ao Estado incumbe. Toda função pública — refere RUY CIRNE LIMA — representa uma porção determinada de execução continuada e permanente da tarefa, incumbente ao Estado, para realização de seus fins (Princípios, 4.ª ed., p. 163).

A situação em que alguém se pode encontrar e em virtude da qual lhe incumbe determinada parcela da tarefa estatal, é o "cargo público". No nosso Direito Positivo, o seu conceito é puramente formal: cargo público é o criado por lei, em número certo, com denominação própria e pago pelos cofres públicos (Lei Estadual n.º 1.751, de 22/2/1952, art. 2.º, parágrafo único).

A divisão, porém, das funções públicas entre os cargos públicos se constitui em uma operação que sempre deixa resto, daí a possibilidade de haver função pública a que não corresponda cargo público.

Por outro lado, pode um cargo público ser esvaziado da função que lhe corresponde e, em tal hipótese, ter-se-á um cargo público sem função como ocorre na avulsão, onde, consoante ensinamento de RUY CIRNE LIMA, quando se trata de funcionário vitalício, "o cargo extinto há de considerar-se existente, embora esvaziado da função pública correspondente. O funcionário vitalício, extinto o cargo, não será colocado em disponibilidade. Não terá perdido o cargo; este se terá tornado avulso, na estrutura da Administração" (op. cit., pág. 174).

De regra, porém, a todo cargo corresponde uma função, servindo aquele como ponto de referência para a determinação desta, ou seja, para a determinação do conjunto dos deveres funcionais incumbente a quem quer que, no momento, esteja a ocupar o cargo. A recíproca, todavia, não é verdadeira, isto é, não se poderá afirmar que a toda função pública corresponde um cargo público.

E, sempre que estivermos em presença de um prestador de serviço público, não ocupante de cargo público, mas participante de uma relação de serviço com o Poder Público, estaremos nos defrontando com a figura do extranumerário.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 190-196, 1972

Esses prestadores de serviço público, exercentes de função pública, podem assumir, basicamente, duas formas: ou se trata de extranumerários mensalistas, cuja relação empregatícia, na órbita estadual, por determinação de lei se submete ao regime estatutário, ou, de outra forma, trata-se de extranumerários contratados, admitidos ao serviço do Estado através de ato bilateral, tendo a sua relação de emprego sujeita às normas do Direito do Trabalho.

Todavia, convém anotar-se, desde logo, que, muitas vezes o regime jurídico dessa última categoria de extranumerários poderá ser o estatutário, se a lei não o vedar expressamente e desde que isso fique estipulado no contrato.

Deve-se considerar, ainda, que, segundo é assente, ainda que se usando o **nomem juris** de contratado para servidores admitidos mediante ato unilateral da Administração, para o desempenho de tarefas que se enquadram no Serviço Permanente e para cuja execução existam cargos ou funções públicas, de contratado não se tratará, estando-se, em tal hipótese, face a extranumerário mensalista.

Na linha de entendimento consagrado pelo extinto Conselho do Serviço Público (Pareceres n.ºs 1949, 1638, 3330, 5189 e 6100, dentre muitos outros)

“a admissão pela forma de contrato há de dar-se somente para função estranha às pertinentes aos quadros de pessoal permanente, devendo ser reservada para o desempenho de tarefas especializadas, que, por sua natureza e temporariedade, justifiquem a contratação de elementos não vinculados ao serviço público pela forma ordinária consistente no provimento de cargo público. O instrumento próprio não poderá consistir em mero ato unilateral de admissão, se não revestido da bilateralidade em que se traduz o concurso de vontades que informa a figura de contrato” (apud Parecer n.º 19, de 23 de janeiro de 1967, da lavra do eminente JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, então Consultor Geral do Estado).

Em nosso Estado, desde longa data, se entendeu possível a admissão de extranumerários, quer mensalistas regidos pelo Estatuto, quer contratados *stricto sensu*, regidos pelo Direito do Trabalho, até a edição da Lei n.º 4.528, de 12 de julho de 1963. Tal diploma, que estabeleceu normas para a reestruturação do Serviço Civil do Estado, vedou peremptoriamente o provimento

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 190-196, 1972

de cargos em caráter interino e a admissão de pessoal contratado para o Serviço Permanente, exceção feita, unicamente, à contratação de professores (art. 4.º).

Nesse sentido é o magistério do já citado JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, no Parecer 15, de 21/10/1966, onde se lê:

“3. Desde o advento da Lei n.º 4.528, de 12/7/1963, que estabeleceu normas para a reestruturação do Serviço Civil do Estado, dando outras providências, a teor do seu art. 4.º, **vedou-se admitir pessoal, sob forma de contrato, para o atendimento de tarefas integrantes do serviço estadual permanente**, ressaltando-se, tão-só, as funções de magistério. Para estas, a contratação de pessoal, outrossim, unicamente pode ocorrer, se sucederem as hipóteses condignadas no art. 4.º, da Lei n.º 4.528, e nos arts. 19, 20 e seus parágrafos da Lei n.º 4.937, de 22/2/1965.

Em verdade, preceitua o art. 4.º do diploma legal em foco, **verbis**:

“Reservado o disposto no § 2.º deste artigo, é extinto, no Serviço Civil do Estado, o sistema de provimento de cargos em caráter interino, **bem como vedada a admissão de pessoal contratado para o Serviço Permanente**, sob pena de nulidade, de pleno direito, do ato e responsabilidade da autoridade que o praticou, ficando esta obrigada ao ressarcimento do valor da remuneração paga indevidamente”.

4. Respeitado o disposto no art. 222 da Constituição Federal, em face da Lei n.º 4.528 predita, **afora a hipótese de magistério**, somente será possível admitir pessoal, sob forma de contrato, para a execução de **Serviço de Obras, Serviço Transitório e Serviço Eventual**, cujos conceitos legais constam dos incisos II, III e IV, do art. 1.º, da carta legis aludida.

5. Dessa maneira, com a exceção em foco (magistério), a impossibilidade de contratar pessoal para a execução de “serviços permanentes”, no Estado, é geral, a **todos os setores da Administração, centralizada ou autárquica**. Respeitado, ainda, o art. 222 da Constituição Federal, a teor do art. 4.º combinado com o art. 1.º, §§ 2.º e 3.º, da Lei n.º 4.528/63, somente se faz viável, de conseguinte, a admissão, **por contrato**, de “pessoal

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 190-196, 1972

de obras" "para a construção de obras públicas", e de "pessoal temporário" "para a execução de serviços transitórios ou eventuais", em ambas as hipóteses, com os direitos e deveres definidos na legislação trabalhista e o regime previdenciário estabelecido "na legislação de previdência social concernente aos trabalhadores em geral".

Tal situação, no Estado, perdurou até o advento do Ato Complementar n.º 41, de 22 de janeiro de 1969, alterado pelo Ato Complementar n.º 52, de 1.º de maio do mesmo ano, os quais vieram reabrir a possibilidade da admissão ou contratação de extranumerários, nos justos limites fixados nessas cartas legais, como se anota no Parecer n.º 1895, de 5 de julho de 1971, da lavra do douto Consultor Jurídico ALMIRO DO COUTO E SILVA e onde se evidenciam as alterações trazidas pelos novos dispositivos constitucionais.

Refere tal Parecer, ao comentar o Ato Complementar n.º 52:

"... as principais inovações por ele introduzidas referem-se aos incisos III e IV do § 1.º do art. 1.º. No inciso III autorizou-se a contratação ou admissão de pessoal para serviços considerados essenciais nos setores da saúde, ensino e pesquisa, assim como do pessoal auxiliar estritamente necessários à execução desses serviços e, no inciso IV, a contratação ou admissão de pessoal para serviços de engenharia, obras e outros de natureza industrial, assim como para serviços braçais.

Pelo inciso III, para os serviços ali arrolados, tornou-se possível a contratação de servidor pela CLT ou a admissão de extranumerário, o que era vedado pelas normas jurídicas anteriores, já que esses serviços são de natureza permanente e, como tais, deveriam ser realizados por funcionários públicos.

Pelo inciso IV, autorizou-se, também, a contratação de servidor pela CLT ou a admissão de extranumerário para serviços de engenharia — igualmente área antes reservada a funcionário, a menos que se tratasse de serviço altamente especializado. Com relação aos serviços de obras e de natureza industrial, já se aplicava a CLT, assim como aos trabalhadores braçais em geral".

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 190-196, 1972

Feita esta rápida digressão em torno das figuras do extranumerário e do empregado regido pela CLT, podemos bem compreender a situação jurídica dos servidores da Secretaria da Educação e Cultura, objeto da consulta.

Como se diz na peça vestibular deste processo, tais servidores foram admitidos ao serviço do Estado para o desempenho de funções de natureza permanente, ou seja, para o exercício de atividades constituídas em porção determinada de execução continuada e permanente da tarefa incumbente ao Estado.

Sua admissão, que só pode ter sido verificada anteriormente à Lei n.º 4.528/63 e, portanto, ao tempo em que se entendia que o ingresso ao serviço do Estado pelo regime do Direito do Trabalho só se podia dar para o desempenho de funções estranhas às pertinentes aos quadros de pessoal permanente, deu-se sob a forma de extranumerários.

Considere-se, mais, que o ato de admissão dos mesmos não lhes outorgou os direitos da Consolidação das Leis do Trabalho, como se diz na consulta, sendo evidente, assim, que a tais servidores, extranumerários mensalistas, se reservou o regime estatutário, cujas normas lhes deverão ser aplicadas, de conformidade com o disposto no art. 271 da Lei n.º 1.751, de 22/2/1952, isto é, no que lhes couber.

Tratando-se de extranumerários mensalistas vinculados ao Estado pela forma estatutária, não se lhes poderão aplicar os preceitos contidos na Circular Geral n.º 57, da Diretoria Geral do Tesouro do Estado, certo que a natureza da dotação orçamentária que suporta o ônus da remuneração de tais servidores não é suficiente para transmutar a natureza estatutária da relação de trabalho que os mesmos mantêm com o Estado.

Assim, ainda que de ato bilateral se tratasse, dentro dos princípios acima expostos, ter-se-ia de entender que o vínculo desses prestadores de trabalho de natureza permanente é o estatutário, nos limites estabelecidos pelo direito positivo e pela jurisprudência administrativa.

De tal sorte, com fundamento no que se expõe aqui, adotamos as conclusões do douto Parecer n.º 1143/UAJ, da lavra do Consultor Jurídico Dilma Macedo Machado, com o reparo contido no pronunciamento da Subchefia da Casa Civil (fls. 44), além da ressalva de que, a partir do Ato Complementar n.º 41, de 1969, tornou-se possível, novamente, admitir extranumerários, tal como acima se diz.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 190-196, 1972

Este é o parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 31 de dezembro de 1971.

Ney Sá
Consultor Jurídico

PARECER N.º 2021/CGE

FIDELIDADE PARTIDÁRIA.

O vereador que se desliga do partido que o elegeu, está sujeito à perda do mandato, a qual só pode ser decretada pela Justiça Eleitoral, após procedimento tempestivo intentado pelo Partido do qual se afastou.

O Sr. Prefeito Municipal de São Leopoldo envia consulta a esta Casa, contida em ofício, de onde se destaca:

“Um cidadão foi eleito vereador pela legenda do MDB. No exercício de seu mandato, foi eleito Secretário da Câmara. A seguir, desliga-se de seu partido (MDB) e ingressa nas fileiras da ARENA.

Perguntamos, em face das disposições vigentes, se esse cidadão não é obrigado a renunciar ao cargo que ocupa na mesa, e se existem outras sanções por infidelidade partidária, que, no caso, parece estar caracterizada”.

É o relatório.

2. A consulta manifesta dúvidas do consulente em torno da eventual necessidade de afastamento do vereador do cargo que ocupa na mesa da Câmara, em virtude do desligamento do partido que o elegeu e acerca de outras sanções que porventura possam atingi-lo, em consequência da chamada infidelidade partidária.

Em verdade, cumpre, antes de tudo, tratar da configuração da infidelidade, para cuidar-se, depois, das consequências que advêm da sua existência, juridicamente identificável.

3. A chamada fidelidade partidária encontra assento na Constituição Federal, ocupando o parágrafo único do seu art. 152.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 196-199, 1972

Reza o mandamento:

“Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa”.

Conforme narra a consulta, consumou-se o afastamento do edil de sua legenda, ao ponto de ingressar em outra organização partidária.

As conseqüências jurídicas de tal evento, inobstante, ocorrem após procedimento perante a Justiça Eleitoral, à qual compete o decreto da perda do mandato.

Vejamos o ensinamento de Pontes de Miranda:

“Perda de mandato por infração de diretrizes partidárias ou saída do partido. A Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, acertadamente constitucionalizou a regra jurídica ou estatutária de ligação ao partido. Os órgãos diretores do partido têm a competência (aliás, pode ser um só órgão, o que é mais freqüente) para estabelecer normas estatutárias, que têm de ser respeitadas pelos membros do partido, com a sanção de perda do mandato em caso de infração. A própria lei federal pode prever espécies e a sanção. Para que o eleito perca o mandato, em se tratando de saída do partido, não é preciso haver norma estatutária. Quem deixa o partido sob cuja legenda foi eleito perde o mandato, porque a regra jurídica, a esse respeito, é regra jurídica constitucional. Não há, porém, automaticidade. O partido tem de representar à Justiça Eleitoral e essa, ouvido o membro do partido, tem de decretar a perda. Decretar e não declarar; portanto com eficácia “ex nunc.” (Comentários, pág. 616, Tomo IV)

Vê-se, pois, que há um procedimento prévio, mediante representação do partido, do qual se desligou o edil, à Justiça Eleitoral, que poderá decretar a perda do mandato; os efeitos operam-se a partir do decreto por ela proferido.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 196-199, 1972

A lei n.º 5.682, de 21 de julho de 1971, que trata da organização, funcionamento e extinção dos Partidos Políticos, regulou o procedimento referente à perda do mandato por infidelidade partidária.

É de observar, na lei, os prazos estatuídos no seu Título VI, Capítulo II, que importam na decadência do direito de representação para o Partido e que assim dispõe:

“Art. 75 — A perda de mandato do parlamentar será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do Partido, ajuizada no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

I — da investidura do representado no cargo eletivo, se o ato que possa caracterizar a infidelidade partidária tiver sido praticado após o registro de sua candidatura, e antes da posse; e

II — do conhecimento do ato que caracterize a infidelidade partidária, se posterior à posse.

Art. 76 — São partes legítimas para ajuizar a representação perante a Justiça Eleitoral, os Diretórios Nacional, Regional e Municipal, ou suas Comissões Executivas, para decretação de perda do mandato de Senador ou Deputado Federal, de Deputado Estadual e de Vereador, se deixarem o Partido sob cuja legenda foram diplomados, ou se daqueles órgãos ou respectivas convenções tiver emanado a diretriz descumprida.

“§ 1.º — Se, decorrido o prazo estabelecido no artigo anterior, não houver sido ajuizada a representação, poderá esta ser proposta, nos 30 (trinta) dias seguintes:

I —

II — pelo Diretório Regional, no caso de perda de mandato de Vereador ou de diretriz emanada da Convenção ou do Diretório Municipal.

§ 2.º —

Art. 77 — Quando se tratar de ato de infidelidade praticado por Vereador, a representação de que trata o art. 75 somente poderá ser apresentada mediante a aquiescência prévia da Comissão Executiva Regional, cuja decisão será irrecorrível”.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 196-199, 1972

Cumpra, finalmente, atentar para o artigo 124, da mesma lei:

“Art. 124 — As disposições referentes à perda de mandato não se aplicam aos casos de infidelidade partidária verificados anteriormente à vigência desta lei”.

4. Outras sanções não existem que possam incidir nos casos de afastamento do partido.

Em conclusão, não está o edil obrigado a renunciar ao cargo que ocupa na mesa da Câmara enquanto detiver o mandato, e a sanção extrema prevista, que é a perda do mandato, só pode ocorrer por decreto da Justiça Eleitoral, mediante procedimento que tem início por representação do partido do qual se desligou

É o nosso parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 9 de fevereiro de 1972

Mario Nunes Soares
Consultor Jurídico

PARECER N.º 435/DAJ

APOSENTADORIA COMPULSÓRIA E AUTOMÁTICA, natureza declaratória do ato, operando “ex tunc”.

Tempo de serviço válido para efeitos da fixação de vantagens proporcionais, só o prestado até a data da implementação legal.

Constituições: Federal, art. 191, n.º II; Estadual, art. 210, n.º II. Leis: 1711/52, art. 187 e 1751/52, art. 177, n.º I; o Decreto n.º 5626, de 27/10/1954.

Na espécie, J. M. B., operário-rural da Secretaria da Agricultura, forte em o art. 177, § 1.º, da Lei 1751, de 22/2/1952, requerera, a 15/6/1955, sua aposentadoria, alegando contar mais de 70 anos de idade. O interessado, como se pode ver às fls. 3 e 4 do expediente, comprovou, “quantum sufficit”, o fato invocado, eis que juntou o certificado de quitação do serviço militar e prova de seu casamento a 4/5/1907, lavrada pelo oficial do Registro Civil da cidade de Taquari. RS.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 199-205, 1972

2. Depois desse pedido, o próprio suplicante ingressou com outro, levando a Administração a sobrestar a marcha do processo de aposentadoria, até que, a 29 de setembro de 1961, baixou o Governo do Estado o respectivo ato de aposentação, e correspondentes retificações pelo decurso do tempo, atribuindo-lhe proventos proporcionais ao tempo de serviço público, computado até a data de três de maio de mil novecentos e cinquenta e cinco (3/5/1955), momento em que o beneficiário completara setenta (70) anos de idade, implementando, dessa sorte, o pressuposto constitucional de permanência regular no exercício de cargo público ou função de extranumerário, já que — “ex vi” do art. 210, n.º II, da Constituição do Estado, mandamento esse que não passa de mera reprodução do texto inserido em o art. 191, n.º II, da Carta Federal —, será o servidor, aos 70 anos de idade, aposentado compulsoriamente.

3. Em obediência, por outro lado, à regra inscrita em o art. 125, n.º II, da Carta Estadual, a 13/11/1961, foi o expediente remetido ao Egrégio Tribunal de Contas do Estado, a fim de ser examinado o ato aposentatório e obter o competente registro. Acontece, porém, que ali — em novembro de 1963 — a Seção de Concessões, da Divisão de Contratos e Concessões, estranhou o comportamento da Administração Estadual, por ter considerado — para efeitos de apuração dos proventos — o tempo de serviço prestado só até a data em que J. M. B. atingira os setenta (70) anos de idade, i. é, dia 3/5/1955, observando que esse procedimento estaria em **conflito com a jurisprudência do Órgão de Controle das Contas do Estado**. Sugeriu, por isso, o retorno do processo ao Governo, para que **retificasse o ato “sub examine”**, a fim de computar, como tempo de serviço público, o período que mediava entre 3/5/1955, data em que o servidor perfez todas as condições para ser aposentado compulsória e automaticamente, e 8/4/61, data em que, na conformidade do Boletim n.º 195, da Secretaria de Administração, houve a expressa manifestação do Estado, formalizando o privilégio.

Acolhida — nos seguintes termos: “Nada a opor a que se efetive a diligência retro proposta” (v. fls. 59) —, pela douta Auditoria daquele Pretório, a predita diligência, foi o processo restituído, com destino à Secretaria de Estado dos Negócios da Agricultura, que o endereçou à de Administração, onde, por intermédio da Divisão de Controle, em judiciosa promoção do Diretor, depois de sinalar, com remissão expressa aos textos de lei, a conformidade do ato com os preceitos de direito positivo, não sem anotar o dissídio criado, preconizou a manutenção do ato, tanto

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 199-205, 1972

sob o ponto-de-vista legis quanto do de interesse e conveniência administrativa, já que, a prevalecer a orientação do E. Tribunal de Contas, seria, acentua a Diretoria de Controle, subverter os princípios jurídicos, que presidem a matéria.

4. O então Secretário de Estado dos Negócios da Administração, agasalhando a tese recomendada pelos serviços auxiliares de sua Pasta, encaminhou o expediente à elevada consideração de S. Exa., o Senhor Governador do Estado, que — através da Divisão Administrativa do Gabinete — submeteu o assunto a exame preliminar dos Serviços Jurídicos.

5. A questão jurídica que se põe, “salva reverentia”, é de fácil desate, porquanto o nó górdio do problema posto reside em se saber, **in concreto**, a natureza do ato da administração pública, relativo à aposentadoria do servidor por implemento de idade, pois, se é certo que o fato, em tese, pode gerar controvérsias, em espécie e no seio da Administração Pública Estadual, tal hipótese fica de todo afastada.

6. Eis que, estando a matéria contemplada em lei — no plano federal: art. 191, n.º II, da Constituição e art. 187, da Lei 1711/52; no plano estadual: art. 210, n.º II, da Constituição e art. 177, n.º I, da Lei 1751, de 22/2/1952 —, cabia ao Governo disciplinar o instituto, ordenando o respectivo processo

Valendo-se, de conseguinte, a Administração Estadual dessa faculdade que lhe é peculiar e para evitar no plano administrativo a polêmica, bem assim, repelir situações que poderiam conduzir a soluções divergentes, marcou sua posição, traçando norma eficaz e garantidora de uniformidade de entendimento, com a edição do Decreto n.º 5626, de 27 de outubro de 1954, diploma esse que — em seu art. 1.º e a exemplo do que se contém em a lei federal n.º 1711, de 28/10/1952, art. 187 —, consignou:

“É automática a aposentadoria compulsória”, autorizando, por igual, no § 1.º, tal como faz o parágrafo único do mandamento federal, a partir daí, que o servidor se afaste do exercício de suas funções. Pede-lhe só um comunicado ao chefe da Repartição Registra, a final, no parágrafo único, do art. 3.º, que o ato “expressará, sempre, a data a partir da qual se verificou o implemento de idade para determinar a retroação de seus efeitos”.

7. Logo, como se vê e por força desses atos, uma vez completado o limite de idade que a lei estipula, fica o servidor desobrigado de seus deveres funcionais, porque o direito à mercê ou

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 199-205, 1972

à jubilação se integra no patrimônio individual do servidor independentemente de qualquer outro ato ou condição — tanto do Poder Público quanto do interessado —, operando-se, descarte, pelo simples fato jurídico, que se completa com a implementação da idade prevista na lei — “ex facto jus oritur”!

8. Ora, ato dessa natureza, pressupondo sempre ato ou fato anterior criador do direito, sem força, portanto, ou, pior do que isso, condições para modificar, criar ou preservar direito, e ato puramente declaratório e, nesse caso, seus efeitos, até mesmo por um princípio de lógica, devem operar “ex tunc”, de vez que o direito nasceu do fato de ter o interessado atingido setenta anos e, como tal, a partir e até aquele momento hão de ser apurados os seus haveres.

A.A. CONTREIRAS DE CARVALHO, a propósito do tema, comentando a disposição federal anota:

“A aposentadoria compulsória suscita a indagação da lei que deve discipliná-la: se a que vige à data em que ocorrer o implemento de idade, ou se a que tem vigência à data do decreto que o declarar aposentado. A questão é simples. O ato do Executivo é meramente **declaratório**, pois não modifica a situação jurídica do servidor...”

(Apud Estatuto dos Funcionários Públicos Interpretado, II vol., pág. 70, 3.^a ed., Livraria Freitas Bastos, 1964)

O Egrégio Tribunal Federal de Recursos, na apelação cível n.º 18735, em que são partes M. de C.L. e outros versus a União Federal, também, ensina que os atos declaratórios produzem seus efeitos “ex tunc”. Veja-se a emenda do julgado:

“— O ato administrativo que reconhece direito outorgado em lei produz efeitos “ex tunc”, em razão de ser ato **declaratório**”.

(V. Rev. For., vol. 214, pág. 96)

Bem elucidativo, por outro lado, é o voto do Ministro AMARÍLIO BENJAMIM, — nessa passagem:

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 199-205, 1972

“... também entendo, como a sentença recorrida e o voto do Sr. Ministro-Relator, já agora manifesto. Louvável é o zelo do Tribunal, mas, na verdade, restringiu o direito dos servidores, onde a lei nenhuma restrição ou ressalva adotou. Tenho, ademais, a considerar que não foi a **resolução do Tribunal** que, na verdade, concedeu aos autores o direito pleiteado. A **resolução do Tribunal** o que fez a esse respeito foi **declarar** que a lei a eles se aplicava. Ora, se a **resolução** tem esse sentido **declaratório**, evidentemente que ela traz no seu conteúdo o “**caráter retroativo**, para vigorar **ex tunc**, segundo o melhor entendimento dos princípios jurídicos...”

(id., pág. 99)

9. Nem mesmo um eventual equívoco da administração, permitindo que o servidor continuasse por mais tempo no desempenho de suas funções, teria a virtualidade de criar ao interessado o privilégio de ver ampliado seu tempo de serviço, para efeitos de, também, aumentar-lhe as vantagens apuráveis, desde que proporcionais. Desde o momento em que o servidor atinge a idade-limite, sua permanência em atividade, por ofender disposição expressa de lei, passa a constituir flagrante **ilegalidade**, sem outras conseqüências desagradáveis, especialmente, para o infrator da lei, pela teoria do **erro comum**, mais freqüente do que se possa pensar no serviço público como registra e ensina THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI (apud Princípios de Direito Público e Tratado de Direito Administrativo, vol. I), já que, além de envolver várias pessoas, se presume que ou estejam de boa-fé ou na ignorância do fato, de vez que, configurada a hipótese, manda a lei aposentar compulsoriamente, i. é, forçada, obrigatória. Não há que cogitar da vontade, ou não, do servidor. A lei, pelo contrário, o compele a deixar o exercício de suas funções.

10. Dessa sorte, se continuar em exercício, será **contra legem** e não poderá obter, dessa condição ilegítima, outra vantagem, que não seja a só **indenização** do seu trabalho, pois, a rigor, nem vencimentos será o que o Estado lhe paga por esses trabalhos.

Exercício ilegítimo, segundo magistério do Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, não garante direitos.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 199-205, 1972

Verbis:

“O recorrente completou 70 anos em 1956. A lei 3470, cujos favores ele pretende auferir, é de 1958. A lei favoreceu os “atuais ocupantes” e o recorrente, embora se achasse em atividade, não tinha mais condições para receber os favores concedidos. Além disso, a aposentadoria é automática, nos termos do art. 187 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União.

A interpretação do art. 191, n.º II, da Constituição não deixa dúvidas quanto à automaticidade da aposentadoria aos 70 anos de idade.

.....
.....
como tal só é possível considerar os que ao tempo da lei tinham permanência legal na função. A atualidade refere-se evidentemente às condições que permitiam ao funcionário desempenhar suas funções de acordo com a Constituição e as leis”.

(Apud Rev. For. n.º 211, págs. 94/95)

O TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS, a seu turno, não destoa desse magistério:

“Servidor público — Aposentadoria Compulsória — É automática. O retardamento do decreto de referência não impede o afastamento logo que se dê o implemento de idade (lei 1711, art. 187, parte geral e parágrafo). Lei posterior a esse implemento não aproveita ao servidor por ter ficado em atividade”.

(Rev. For. n.º 211, pág. 94)

11. Isso posto, tenho por incensurável o rumo da Administração Estadual ao expedir o ato declaratório da aposentadoria de J. M. B., por limite de idade, fazendo retroagir seus efeitos à respectiva data de implementação.

É, portanto, caso, se o Egrégio Tribunal de Contas do Estado não modificar sua posição e venha a denegar registro ao ato, de valer-se S. Exa., o Senhor Governador do Estado, do mandado Constitucional inserido em o art. 125, § 3.º, “in fine”, para

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 199-205, 1972

ordenar a execução da despesa, tornando, com isso, obrigatório o registro sob reserva por aquela Corte, com recurso, de ofício, ao V. Poder Legislativo.

É a conclusão a que cheguei do trato com a matéria.

Consultoria-Geral do Estado, em 13 de abril de 1967.

Orlando G. Vanin
Diretor da Divisão de
Assistência Jurídica

PARECER N.º 29

SERVIÇO PÚBLICO.

Organização e reorganização de serviços, criação de cargos e funções — Competência privativa do Poder Executivo (art. 157, II, da Constituição Estadual).

Funcionário público — natureza jurídica dessa relação, inapropriabilidade do cargo.

Estabilidade — Garantias Constitucionais Disponibilidade, aproveitamento e readaptação.

Efetivação e estabilização em caráter excepcional, viabilidade legal. Jurisprudência.

Art. 177, § 2.º, da Carta Federal de 1967.

Na espécie, o Senhor Prefeito Municipal de Horizontina, através do Ofício n.º 221/71, de 16 de dezembro do andante, à vista de dúvidas suscitadas no Órgão Legislativo local, ao apreciar o Anteprojeto de Lei 170/71 originário do Órgão Executivo — que cuida da criação de dois (2) cargos no quadro de servidores do serviço público municipal, a fim de regularizar situações funcionais e de ordenar serviços do Município —, solicita o pronunciamento desta Consultoria-Geral.

Dêses dois (2) cargos, um se destina à readaptação de servidor já titular de cargo efetivo e estável no serviço público municipal, na forma da Lei Municipal n.º 64, de 6 de novembro de 1958, e outro busca solução a quadro transitório enfrentado pela

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 205-222, 1972

Administração do Município, em virtude do que pretende o Prefeito resolvê-lo mediante a criação de um cargo de confiança, isto é, no quadro dos cargos em Comissão — de livre nomeação e dispensável *ad nutum*.

2. Eis o texto do anteprojeto *sub examine*:

“Art. 1.º — É criado um (1) cargo de Chefe de Receita, de provimento efetivo, padrão XII.

“Parágrafo único — O provimento do cargo acima será feito por aproveitamento do atual titular do cargo de contador, de igual padrão.

“Art. 2.º — É criado um (1) cargo de Assistente Administrativo, de provimento em Comissão, padrão V.

“Art. 3.º —

3. Ao ser remetida à Câmara de Vereadores a mensagem contendo a solicitação do Prefeito, estava acompanhada da necessária justificativa, vazada nos seguintes termos:

“Não obstante esta administração com a Reforma Administrativa em andamento, mais precisamente na fase da verificação do potencial humano existente e a legalização da vida funcional de cada empregado, venho, através do presente, submeter à apreciação do plenário o anteprojeto de lei sob n.º 170, que cria cargos e dá outras providências.

O cargo previsto no art. 1.º do citado anteprojeto será ocupado, se assim entender o plenário dessa Casa, pelo ex-prefeito e contador desta Municipalidade, A.A.L. O citado funcionário, através de um Decreto s/n.º, no dia 1.º de novembro de 1955, foi nomeado, para exercer, interinamente, o cargo de Contador, sendo declarado efetivo e estável em 6 de novembro de 1958, através da Lei sob n.º 64. A correção legal deste ato foi efetuada pelo dispositivo da Constituição Federal de 1967, que assegurou estabilidade aos funcionários que na época possuíam cinco (5) anos de efetivo serviço.

.....
RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 205-222, 1972

O cargo constante do art. 2.º do anteprojeto em pauta será, também, se assim entender esse egrégio plenário, ocupado pelo funcionário-aluno I.L. Ocorre que o citado funcionário foi nomeado, interinamente, através do Decreto sob n.º 94, de 12 de maio de 1966, para ocupar o cargo de Tesoureiro e em 9 de dezembro de 1967, através da Portaria n.º 426, foi concedida uma licença para viagem de estudos. Com o afastamento do titular do cargo, admitiu-se uma funcionária, sem concurso, na qualidade de contratada. O Tribunal de Contas do Estado, quando procedeu à auditoria no processamento contábil desta Prefeitura, concluiu pela irregularidade, porquanto existem dois funcionários ocupando o mesmo cargo. Daí advém a necessidade de se criar o cargo proposto, sendo em comissão e demissível *ad nutum*, conseqüentemente, a fim de afastar do cargo que ocupa o funcionário estudante e legislar a situação contrária aos parâmetros da Lei”.

4. Mais tarde, outros dados foram aduzidos ao expediente, inclusive uma manifestação de natureza jurídica da lavra do Dr. PAULO H. FERNANDES, que conclui pela legalidade da proposição do Executivo.

Esse estudo limita-se, é certo, a examinar o tema, com vistas apenas às disposições do art. 177, § 2.º, da Carta Política de 1967, que teria estabilizado todos os servidores com mais de cinco (5) anos de serviço público.

Esse, em síntese, o relatório do problema *sub examine*.

5. Ocioso parece examinar, no caso, a figura da competência do Prefeito para solicitar a providência, por ser indubitosa que entre as atribuições do Órgão Executivo se compreendem as de dispor sobre a estruturação e funcionamento dos órgãos da Administração e, com caráter privativo, as de propor à Câmara de Vereadores “a criação de cargos e funções com os respectivos estímulos” (ut art. 157, II, da Constituição do Estado).

6. Não será demasia, a par disso e de pronto, assinalar que A.A.L., Servidor do Município consulente, desde, ou antes até da primeira hora, em razão de norma de caráter excepcional, foi, a um tempo, declarado efetivo e estável no serviço público municipal, na forma do diploma legal n.º 64, de 6 de novembro de 1958, que dispôs:

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 205-222, 1972

“Art. 1.º — São declarados efetivos e estáveis todos os funcionários em exercício, nomeados no período de instalação do município, que contribuíram para a administração municipal superar o difícil período de organização.

“Art. 2.º — São os seguintes os funcionários referidos no art. 1.º:

“A.A.L. — Contador;
.....” (grifei)

Conquanto se pudesse questionar — ao tempo de sua edição — sobre a constitucionalidade de determinados aspectos desse ordenamento jurídico, tal era sua situação no quadro de servidores de Horizontina quando editado o comando, também extraordinário, consignado na Carta Política de 1967, que, em seu art. 177, § 2.º, declarou estáveis no serviço público todos quantos, à época, contassem mais de cinco (5) anos de trabalho.

Logo, tanto a efetividade quanto a estabilidade teve-as declaradas por lei antes da incidência desse Comando Constitucional, como reconhecimento do Município pelos relevantes serviços que teria prestado durante o período de instalação do mesmo.

7. Esse procedimento do Município, de sua vez, não é novo nem desconhecido na tradição legislativa pátria.

Antes, não difere nos seus objetivos em nada do favor legal prodigalizado pelas Cartas Políticas Federal e Estadual de 1946 e 1947 (nem, de certo modo, se distancia muito do tão falado e invocado art. 177, § 2.º, da Constituição Federal de 1967), que, igualmente, efetivaram e estabilizaram, como funcionários, servidores que prestaram serviços na Secretaria do Congresso Nacional e/ou da Assembléia Legislativa, durante os trabalhos de elaboração de tais documentos ou em outros setores da Administração Pública, embora não tivessem, no seu ingresso, obedecido aos cânones regulares e, passado certo tempo, ainda não estivessem com a situação funcional definitivamente regularizada ou definida, como sinala EDUARDO ESPÍNOLA:

“A Constituição procurou amparar os funcionários que em grande número foram nomeados interinamente, sem que, decorridos vários anos, até dez e mais, fossem efetivados.

“Deu-lhes estabilidade, desde que contem mais de cinco anos de exercício.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 205-222, 1972

“Assim também quanto aos extranumerários que exerçam função de caráter permanente por mais de cinco anos” (apud “Comentários à Constituição de 1946”, 2.º vol., ed. 1952, Livraria Freitas Bastos S/A., pp. 690/691).

Esses comentários, a seu tempo, são válidos com relação aos servidores do Poder Executivo, de vez que, para estes, o legislador constituinte reclamou determinado número de anos para efetivá-los e estabilizá-los, o mesmo não acontecendo, entretanto, com relação aos funcionários das Secretarias da Câmara e Senado, no plano federal, e da Secretaria da Assembléia Legislativa, no plano regional, que foi bem mais liberal, eis que efetivou a todos quantos tivessem prestado serviços durante os trabalhos de elaboração da Constituição, sem cogitar do requisito tempo de serviço e da conseqüente estabilidade na função pública, *verbis*:

“Art. 23 — Os atuais funcionários interinos da União, dos Estados e Municípios, que contem, pelo menos, cinco anos de exercício, serão automaticamente efetivados na data da promulgação deste Ato; e os atuais extranumerários que exerçam função de caráter permanente há mais de cinco anos ou em virtude de concurso ou prova de habilitação serão equiparados aos funcionários, para efeito de estabilidade, aposentadoria, licença, disponibilidade e férias.

“Parágrafo único — O disposto neste artigo não se aplica:

I — aos que exerçam interinamente cargos vitalícios como tais considerados na Constituição;

II — aos que exerçam cargos para cujo provimento se tenha aberto concurso, com inscrições encerradas na data da promulgação deste Ato;

III — aos que tenham sido inabilitados em concurso para o cargo exercido.

Art. 26 — A Mesa da Assembléia Constituinte expedirá títulos de nomeação efetiva aos funcionários interinos das Secretarias do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, ocupantes de cargos vagos, que até 3 de setembro de 1946 prestaram serviços durante os trabalhos da elaboração da Constituição.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 205-222, 1972

Parágrafo único — Nos cargos iniciais, que vierem a vagar, serão aproveitados os interinos em exercício até a mesma data, não beneficiados por este artigo". (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1946.)

Art. 48 — A Mesa da Assembléia expedirá títulos de nomeação efetiva aos funcionários interinos de sua Secretaria que, até a data da promulgação deste Ato, colaboraram nos trabalhos da elaboração constitucional, inclusive no serviço de taquigrafia.

Parágrafo único — Nos cargos iniciais que vierem a vagar, serão aproveitados os interinos que estiverem em exercício, nas condições previstas neste artigo inclusive no corpo de taquígrafos contratados". (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de 1947).

8. É certo, por outro lado, que não faltaria alguém para contestar a validade do alcance das normas da Administração Municipal, por não terem a mesma fonte das federais e das estaduais, de vez que essas teriam sua origem no Poder Constituinte que, em tal situação, como sinala o eminente Ministro do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA (citando, além de outros, RECASÊNS SICHES, C.S. VIAMONTE, CARL SCHMITT),

"... pode tudo, é ilimitado, absoluto, muito embora num plano geral metapositivo, cumpra entender sua obediência aos princípios da justiça e aos valores mais altos da ordem jurídica natural" (apud "Revista da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul", vol. 1, n.º 1, pp. 31/47).

Mas, por outro lado, não se deve perder de vista que a edição desse ordenamento, no município de Horizontina, se operou sob o pálio da Carta Política de 1946, em que predominava o entendimento — tanto na doutrina quanto na jurisprudência — de que a legislação local poderia conferir aos seus servidores mais do que garantisse o Pacto Fundamental, conquanto nunca e ninguém tivesse afirmado que esse mais pudesse ser concedido com afronta às determinações restritivas constantes da Carta Política.

Esse o magistério predominante, inclusive com a observação final, no seio do próprio Tribunal Excelso, verbis:

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 205-222, 1972.

"É bem verdade que, na vigência da Constituição de 1946, predominou a jurisprudência maior, no sentido de se permitir que a legislação estadual (= a Municipal), em termos de vantagens funcionais, desse mais do que dava a Constituição federal.

"Nisso, contudo, nunca se disse que este mais fosse permitido em olvido a restrições fixadas pela Carta Magna" (Acórdão do Supremo Tribunal Federal, apud Representação n.º 760, do Estado de Pernambuco, Relator Sr. Ministro ALIOMAR BALEEIRO, in RDA., n.º 99, pp. 117/129. Os grifos não são do original).

Nessa mesma linha já se havia manifestado o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo que, em Tribunal Pleno, negara a Segurança impetrada por V.A.C.R. contra ato do Senhor Secretário da Segurança Pública (apud RT., n.º 191, pp. 321/329) e, na doutrina, HELY LOPES MEIRELLES, "Direito Administrativo Brasileiro", 2a. ed., 1966, pp. 344/346).

9. Importa, a par disso, ressaltar que a Constituição do Estado de 1947, em seu art. 145, determinava que as leis municipais, relativas aos servidores do Município, garantissem, no mínimo, as vantagens insertas na Constituição para os (servidores) do Estado e, nela, a exemplo da Carta Federal, de um lado, se admitia o provimento em caráter efetivo de cargos públicos independentemente de concurso e, de outro modo, a estabilização depois de cinco (5) ou de dez (10) anos de serviço público — ut art. 205, incisos II e III, de tais servidores.

Logo, a Lei n.º 64, de 6 de novembro de 1958, poderia ser objeto de crítica e, em alguns pontos, atacada por mácula, já-mais, porém, no seu todo, sofrer o labéu de ser portadora de enfermidade insanável que obrigasse sua cassação.

10. Hoje, se, de um lado, pudesse sofrer a pecha de infrigente da Constituição, de outro, pelo decurso do tempo, os servidores por ela amparados estariam agasalhados pelo comando excepcional estipulado no art. 177, § 2.º, da Carta Política de 1967, os quais poderiam, para não dizer deveriam, ser efetivados nos respectivos cargos, eis que, como afirma o Pretório Excelso,

"Se ficou proibida pela Constituição vigente a efetivação de funcionários não concursados (art. 99, § 1.º), qualquer exceção à regra não pode ir além do paradigma transitório encontrado no art. 177, § 2.º.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 205-222, 1972

Tal exceção não pode ir a mais,
.....(para estabelecer efetivações), sem
indagação do requisito de tempo mínimo de serviço
público” (apud ob. e loc. cit., grifei).

Essa solução, aceita pelo aureolado SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, é adotada, também, pelo Egrégio TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO, tal como se vê das Apelações Cíveis n.ºs 7472, 1a. Câmara Cível, apelante P.E.L. e apelado Estado do Rio Grande do Sul; 7522, 2a. Câmara Cível, apelante E.F.L. e apelado Estado do Rio Grande do Sul e 12006, 1a. Câmara Cível, apelante K.N.C. e apelado Estado do Rio Grande do Sul, que, consagrando magistério de PONTES DE MIRANDA, advoga terem esses servidores sido automaticamente efetivados” ex-lege maiore, em virtude da estabilização (apud “Comentários à Constituição de 1967”, tomo II, p. 423).

11. A Administração Federal, assim também a Estadual, tal como já assinalado, enfrentaram semelhante quadro com o advento da Constituição Federal de 1946, e Constituição Estadual de 1947, quando, nas duas esferas, adotaram solução idêntica: **integração desses servidores nos quadros próprios, mediante a criação dos respectivos cargos, tal como se vê — Lei Federal n.º 1.711/52, art. 257 e Leis Estaduais n.ºs 2.020/53 e 2.035/53, a par de outros diplomas esparsos.**

A Administração Federal, a seu tempo, deu início a essa mesma política de integração com o pessoal beneficiado pelas disposições da Carta Política de 1967, assim o fazendo, por exemplo, com os Auditores, Procuradores e Advogados de Ofício da Justiça Militar (Decreto-Lei n.º 1003, de 21/10/1969, art. 97, §§ 3.º e 5.º). E, no plano estadual, é verdade, tem havido certa timidez, mas os precedentes já existem, com a promulgação da Lei n.º 5.813, de 19/09/1969, criando cargos para efetivar servidores da Secretaria do Tribunal de Justiça, beneficiados com as disposições do art. 177, § 2.º, da Carta Política de 1967, e, igualmente, com a Lei n.º 5.887, de 19/12/1969, criando, no Tribunal de Contas, o cargo de Adjunto de Procurador para efetivar o servidor beneficiado, também, com as disposições constitucionais transitórias (art. 177, § 2.º), que o declarara estável; bem assim, a RESOLUÇÃO n.º 1601, de 24 de outubro de 1968, do Egrégio Poder Legislativo, que reestruturou “os Quadros de Pessoal da Assembléia Legislativa do Estado” e deu outras providências, entre as quais, efetivou todos os servidores estabilizados, através da cria-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 205-222, 1972

ção dos cargos necessários (ut art. 22, Resolução citada, publicada no Diário Oficial do Estado, edição de 4/11/1968, pp. 3/6)

12. Eis os textos dos diplomas legais do Estado, referidos:

“LEI N.º 5.813, DE 19 DE SETEMBRO DE 1969

Dispõe sobre a regularização do pessoal variável da Secretaria do Tribunal de Justiça do Estado, cria cargos, e dá outras providências.

Art. 1.º — Os servidores da Secretaria do Tribunal de Justiça, estáveis por força de disposições constitucionais, serão declarados efetivos por ato da Presidência daquele Tribunal, ouvido o Tribunal Pleno.

Art. 2.º — Para os efeitos do artigo anterior, são criados no Quadro de Pessoal da Secretaria do Tribunal de Justiça os seguintes cargos de provimento efetivo:

N.º	DENOMINAÇÃO	PADRÃO
3	Oficial Datilógrafo	PJ 8
1	Motorista Estafeta	PJ 6
1	Agente de Vigilância	PJ 6
5	Servente	PJ 2

Art. 3.º — As despesas decorrentes desta Lei correrão à conta das dotações orçamentárias próprias.

Art. 4.º — Revogam-se as disposições em contrário.

Walter Peracchi Barcellos
Governador do Estado

“LEI N.º 5.887, DE 19 DE DEZEMBRO DE 1969

Cria mais um cargo de Adjunto de Procurador do Estado junto ao Tribunal de Contas do Estado.

Art. 1.º — É criado mais um cargo de Adjunto de Procurador do Estado junto ao Tribunal de Contas do Estado.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 205-222, 1972

Art. 2.º — Será enquadrado, no cargo criado pelo art. 1.º da presente Lei, o Adjunto de Procurador do Estado — Substituto — junto ao Tribunal de Contas do Estado, em virtude de ter sido declarado estável na função pública, por força do disposto no art. 177, § 2.º, da Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967.

Art. 3.º — As despesas decorrentes desta Lei correrão à conta das dotações orçamentárias próprias.

Walter Peracchi Barcellos
Governador do Estado

RESOLUÇÃO N.º 1601, DE 24 DE OUTUBRO DE 1968

Reestrutura os Quadros de Pessoal da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências.

Art. 22 — Serão enquadrados no Quadro de Pessoal Efetivo, com base na Relação constante que é parte integrante desta Resolução, respeitados os direitos adquiridos:

II — os contratados do Serviço Permanente estáveis na função pública;

III — os ocupantes de cargos em comissão, declarados estáveis na função pública por força da Constituição do Brasil;

IV — os funcionários estáveis na função pública, requisitados pela Assembléia Legislativa até 20 de dezembro de 1967 (art. 26, da Resolução n.º 1587, de 20 de dezembro de 1967). (grifei)

Valdir Lopes — Presidente”.

E, ao lado dessas, outras iniciativas do mesmo porte estão sendo tomadas com vistas à regularização, efetivando nos cargos correspondentes servidores estabilizados no serviço público.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 205-222, 1972

13. A Prefeitura de Porto Alegre, a seu tempo, com a promulgação da Lei n.º 3.236, de 18/12/1968, que reorganizou os respectivos quadros de pessoal, além de dar outras providências, cuida, no art. 77, de determinar as necessárias correções, garantindo a todos os servidores estáveis enquadramento “no cargo correspondente à soma de atribuições” de cada um, verbis:

“Art. 77 — Fica o Executivo autorizado a promover, dentro de cento e oitenta (180) dias, da data da publicação desta Lei, as correções necessárias, no sentido de colocar o funcionário estável no cargo correspondente à soma de atribuições e responsabilidades relacionadas com as tarefas que está exercendo, inclusive os nomeados em substituição.

§ 1.º — Para os efeitos do artigo, o órgão central de pessoal fará levantamento, com verificação das tarefas, objetiva e efetivamente realizadas pelo funcionário, submetendo-o ao Conselho Municipal de Administração de Pessoal.

§ 2.º — Somente serão levados em consideração os casos em que fique comprovado que o funcionário vem exercendo tarefas nucleares diversas das do seu cargo, há mais de um (1) ano, da data desta Lei”.

Ao promulgar, dois dias depois, o Estatuto dos Funcionários Públicos Municipais (Lei n.º 3.240, de 20/12/1968), no art. 262, integrou todos no quadro único de servidores, veja-se:

“Art. 262 — Os atuais servidores, que hajam adquirido estabilidade no serviço público municipal, passam, na data da vigência deste Estatuto, a integrar o Quadro Único.

§ 1.º — Os atuais servidores não atingidos pelas disposições deste artigo, serão mantidos na situação em que se encontram ou se integrarão no Quadro Único, através de concurso público ou de prova de habilitação, na forma do art. 37.

§ 2.º — Equiparam-se a concurso público, para efeitos do parágrafo anterior, as provas de habilitação competitivas realizadas pelo órgão central de pessoal até 15 de março de 1967, data da vigência da Constituição do Brasil.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 205-222, 1972

§ 3.º — Aos atuais empregados, de que trata o § 1.º, que não tiverem a sua situação funcional regularizada em base no disposto no § 2.º, serão proporcionadas as seguintes oportunidades:

I — atribuição de pontos, nos concursos públicos, em que se inscreverem, na base de dez (10) por ano de serviço prestado ao Município, até o máximo de cinquenta pontos;

II — para os classificados em funções correspondentes aos cargos de que trata o art. 37, possibilidade de concorrer, nas provas de habilitação para provimento do respectivo cargo, em igualdade de condições com os funcionários situados em sua área de recrutamento.

§ 4.º — A condição para se beneficiar com uma das oportunidades proporcionadas no parágrafo anterior cessa no momento em que o servidor, por qualquer forma, ingressa no Quadro Único.

§ 5.º — Fica o Executivo autorizado a, por decreto, criar os cargos necessários para, atender ao disposto neste artigo, devendo a medida ser submetida a referendium da Câmara Municipal.

§ 6.º — As verbas orçamentárias destinadas ao pessoal variável serão, por decreto executivo, reduzidas para dar cobertura financeira à suplementação das de pessoal fixo, onde forem lotados os funcionários de que trata este artigo”.

14. A estabilidade assegura, com efeito e em princípio, ao servidor o direito de não perder a função pública, sem garantir-lhe, todavia, propriedade do cargo que ocupa, nem imutabilidade das atribuições, eis que, um (= o cargo) e outras (= as atribuições) são inapropriáveis pelo funcionário, podendo a Administração, a todo tempo, por via legislativa, alterar, modificar, extinguir, prescrever novos encargos, reduzir vencimentos, exigir novas condições para o seu exercício e provimento, independentemente das situações existentes. Esse o magistério dos doutos, e, pacificamente, sufragado pelos Tribunais.

15. RUY CIRNE LIMA, fulgurante expressão das letras jurídicas, preleciona:

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 205-222, 1972

A investidura do funcionário não subjetiva, de um golpe, todos os direitos que o direito objetivo lhe enuncia, incorporando-os, desde logo, ao conteúdo da relação jurídica, que se estabelece entre ele e o Estado.

Pela investidura, o indivíduo adquire, antes de tudo, o status de funcionário — mero requisito para que se lhe tornem aplicáveis aquelas disposições do direito objetivo à proporção que se verificarem os demais pressupostos de sua aplicação.

Dois corolários desse princípio fundamental imediatamente se oferecem ao espírito. O primeiro é que, tratando-se como se trata de duas secções do direito objetivo de natureza absoluta, ou cogente, nenhuma convenção terá o efeito de dilatar-lhes o alcance das disposições ou de estender estas a fatos ou pessoas, não contemplados em seus preceitos. Daí, a peculiar situação dos extranumerários, nos quadros das administrações públicas: os extranumerários não são funcionários, embora possam desempenhar funções públicas, já que o contrato não possui o efeito de estender-lhes a aplicação das disposições legais, concernentes aos funcionários públicos.

Consiste o segundo em que, assim o Estatuto dos Funcionários Públicos (que não se muda, pela investidura, em um elenco fixo de direitos subjetivos) como o Direito dos Servidores Públicos (essencialmente finalístico) são suscetíveis de alterações por via legislativa, ainda quanto às situações vigentes. A lei poderá, portanto, em princípio, reduzir vencimentos; truncar ou modificar qualquer carreira administrativa; prescrever deveres novos; impor encargos, antes dispensados, etc. A alteração acaso introduzida, salvo exceções definidas, terá aplicação imediata. Os funcionários, que o forem, ao tempo da lei nova, salvo garantias constitucionais, ou situações já subjetivadas, ficar-lhe-ão sujeitos às disposições”. (“Princípios de Dir. Administrativo Brasileiro”, 3a. ed., Sulina, 1951, p. 168).

16. Ou, então, essoutro, não menos brilhante HELY LOPES MEIRELLES, que ministra:

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 205-222, 1972

"DIREITO DO TITULAR DO CARGO

Os direitos do titular do cargo se restringem ao seu exercício, às prerrogativas da função, e aos vencimentos e vantagens decorrentes da investidura, sem que o funcionário tenha propriedade do lugar que ocupa, visto que o cargo é inapropriável pelo servidor. Daí porque a Administração pode suprimir, transformar e alterar os cargos públicos independentemente de aquiescência de seu titular, uma vez que o funcionário não tem direito adquirido à imutabilidade de suas atribuições, nem à continuidade de suas funções originais. A lei posterior pode extinguir e alterar cargos e funções de quaisquer titulares — vitalícios, estáveis e instáveis.

O funcionário poderá adquirir direito à permanência no funcionalismo, mas não adquirirá nunca direito ao exercício da mesma função, no mesmo lugar e nas mesmas condições, salvo os vitalícios, que constituem uma exceção constitucional à regra estatutária. O poder de organizar e reorganizar os serviços públicos, de lotar e relotar servidores, de criar e extinguir cargos é indespojável da Administração, por inerente à soberania interna do próprio Estado.

Enquanto subsistir o cargo, como foi provido, o seu titular terá direito ao exercício nas funções estabelecidas pelo Estatuto, mas se se modificar a estrutura, as atribuições, os requisitos para o seu desempenho, lícito é a exoneração, a disponibilidade, a remoção ou a transferência de seu ocupante, para que outro o desempenhe na forma da nova lei. O que não se admite é o afastamento arbitrário ou abusivo do titular, por ato do Executivo, sem lei que o autorize". (apud Revista da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul", vol. 1, n.º 1, Parecer n.º 28, pp. 249/283).

17. Tais princípios decorrem da natureza jurídica da vinculação do servidor ao Estado, que é a estatutária, em razão da qual a Administração pode, unilateralmente, estabelecer ou alterar as condições de serviço e remuneração, tendo presente o fim do Estado, que é o de promover o bem-comum. Essa faculdade conferida ao administrador público se compreende nos chamados

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 205-222, 1972

poderes discricionários, porque só ele ajuíza da oportunidade, conveniência e conteúdo do ato, incontestado hoje pela doutrina e jurisprudência que, aliás, os entende até irrenunciáveis.

Essa a lição do Tribunal de Justiça de São Paulo (RDA, 42/152), Tribunal de Justiça do Distrito Federal (RDA, 39/119) e Supremo Tribunal Federal (RDA, 40/55).

18. Não seria, no particular, demais outra vez transcrever HELY LOPES MEIRELLES, que ensina:

"... Com efeito, não se pode negar ao Poder Público a faculdade de organizar livremente o seu funcionalismo e de modificar a sua estrutura, funcionamento e vencimentos, quando e como julgar conveniente. Isto porque o funcionalismo é meio e não fim da Administração. O fim da Administração é o serviço público para a satisfação do interesse coletivo. O funcionalismo é apenas instrumento de realização dos fins administrativos. Por isso o interesse público há de prevalecer sempre sobre o interesse individual dos funcionários.

A esse propósito merece transcrita a lição de CAIO TÁCITO, arrimado em BASAVILBASO: "A atividade administrativa do Estado se dirige à realização do bem-comum, que forma o substrato de suas realizações. A função pública destina-se a servir ao Estado, e não ao funcionário: "la relación de empleo se constituye en el Estado moderno en interés social, no en interés individual o del empleado público". A organização dos serviços públicos obedece a necessidades objetivas da Administração e se modifica, unilateralmente, de modo a assegurar a eficiência e o rendimento de sua atuação. A natureza jurídica da função pública não se afasta desse critério finalístico, sujeitando os interesses legítimos do indivíduo à supremacia da conveniência geral".

Consoante esse moderno entendimento da função pública, o Egrégio Tribunal de Justiça de S. Paulo já decidiu, em sessão plenária, que "o poder de reorganizar os próprios serviços é inerente ao de administrar e somente a Administração sabe como, quando e em que forma deve fazê-lo. O Estado pode reestruturar os cargos públicos como lhe parecer conveniente e útil ao serviço e aproveitar os funcionários, de car-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 205-222, 1972

reira ou não, em cargos de igual natureza, independentemente das preferências e suscetibilidade de seus servidores.

A natureza dos poderes da Administração Pública impede, efetivamente, que ela os renuncie, ou deixe de os exercer a benefício da comunidade. Isso porque os direitos e deveres das entidades públicas se apresentam como **poderes-deveres** para com a coletividade. Por outras palavras, o que é **direito** para a Administração, é ao mesmo tempo **dever** para com a comunidade, no sentido de que ao Poder Público incumbe exercer sempre, e em toda a extensão, os direitos de que está investido para bem servir os administrados. Nem se compreenderia que o Estado, a todo momento, abrisse mão de seus poderes administrativos, em favor dos funcionários. Não há similitude entre os direitos e poderes individuais e os direitos e poderes públicos. Um particular tem a liberdade de usar ou não do seu direito. O Poder Público não desfruta dessa liberdade. Enquanto para o particular o **poder de agir** é uma **faculdade**, para a Administração Pública o **poder de agir** é uma **obrigação**, desde que se apresente o ensejo de pô-lo a serviço da coletividade.

Assim sendo, os direitos e poderes que a Constituição confere à Administração Pública, em matéria de organização de seu funcionalismo, não podem ser renunciados ou permanecer inexercidos, quando o interesse público exigir que o sejam. Tais direitos, ou poderes não são meras faculdades de ação, mas sim autênticos **poderes-deveres** atribuídos à Administração para serem exercitados a bem do serviço público, o que, em última análise, se traduz em benefício da coletividade, ou, mais propriamente, no bem-comum, que é, ou deve ser, o fim colimado por toda e qualquer Administração Pública". (apud Dir. Adm. Bras., 2a. ed. 1966, pp. 342/344)

No mesmo sentido, CAIO TÁCITO, "Natureza Estatutária da Função Pública" in RDA, vol. 35, p. 54 e, igualmente, a jurisprudência dominante no Tribunal de Justiça de São Paulo (RDA, 42/152), Tribunal de Justiça do Distrito Federal (RDA, 39/119 e 40/63), Tribunal Federal de Recursos (RDA, 40/56) e Supremo Tribunal Federal (RDA, 38/68).

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 205-222, 1972

19. Extinto o cargo ou alteradas as condições de provimento e exercício, o seu ocupante, estável na função pública, fica, na forma da Lei, com direito a ser posto em disponibilidade remunerada, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço (ut art. 100, parágrafo único, da Constituição Federal e 94 da Constituição do Estado), que, de imediato, poderá ser aproveitado em outro cargo compatível com as suas qualificações pessoais.

20. A estabilidade, por igual, não impede a Administração de readaptar o servidor para aproveitá-lo em cargo mais conforme com a sua capacidade e vocação, tal como vinha expresso no parágrafo único do art. 205, da Constituição Estadual de 1947, **verbis**:

"Art. 205 — São estáveis:

I — depois de dois anos de exercício, os ocupantes de cargo de provimento efetivo mediante concurso, que tenham satisfeito esta exigência;

II — depois de cinco anos de exercício, os ocupantes de cargos de provimento efetivo, independente de concurso, neles investidos na vigência da lei permissiva dessa forma de provimento; e, depois de cinco anos de serviço, os extranumerários-mensalistas que tenham sido admitidos em virtude de prova de habilitação;

III — depois de dez anos de serviço, os extranumerários-mensalistas admitidos sem prova de habilitação e os diaristas.

Parágrafo único — A estabilidade dos servidores não impedirá à administração readaptar o ocupante de cargo ou de função a serviço compatível com suas aptidões,". (grifei)

Assim, a estabilidade do servidor não constitui óbice algum à Administração para reorganizar, como melhor lhe aprouver, os respectivos serviços. E assim, também, no caso *sub examine*, nada obsta que a municipalidade de Horizontina **readapte** o servidor A. A. L., colocando-se em cargo que melhor corresponda às aptidões e penhores pessoais do mesmo.

21. O cargo proposto, todavia, pela denominação dada — **Chefe de Receita** — dá idéia de cargo de provimento em comis-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 205-222, 1972

são, confiança e não do elenco de cargos de provimento efetivo. De tal sorte que pareceria mais adequado o de **Agente Tributário** ou o de **Agente Fiscal** ou **Assessor Tributário**.

22. O instituto de readaptação, para concluir esse ponto, é figura conhecida não só no direito positivo pátrio, mas proclamado pela doutrina e jurisprudência, tanto nacional quanto estrangeira. Há, a par disso, e de certa forma, readaptação toda vez que o Poder Público, reestruturando os serviços, altera o conteúdo ocupacional de determinada categoria ou classe de servidores, exigindo-lhes novas qualificações e conferindo-lhes encargos de maior ou de menor complexidade dos que originariamente exigia.

23. À vista do exposto concluo:

1.º — É da competência privativa do Prefeito Municipal propor à Câmara de Vereadores a criação de cargos e funções com os respectivos estípedios.

2.º — O funcionário público estável, extinto o cargo ou criadas novas condições para o seu exercício, deverá ser posto em disponibilidade ou, como melhor entender a Administração, readaptado, aproveitando-o em cargo compatível com suas aptidões e vocação.

3.º — Não há impedimento legal a que a Administração Pública efetive em cargo público servidor estabilizado, em virtude de regras excepcionais, tal como o é o art. 177, § 2.º, da Constituição Federal de 1967; aliás, é recomendável até que o faça, solicitando a respectiva criação do cargo, quando inexistir vaga.

4.º — Ressalvada a impropriedade de nomenclatura do cargo — **Chefe de Receita** —, não vejo ilegalidade na proposta do Órgão Executivo, constante do Anteprojeto de Lei n.º 170, de 5 de outubro de 1971.

Este o meu parecer, s. m. j.

Porto Alegre, 31 de dezembro de 1971.

Orlando Giraldi Vanin
Consultor-Geral do Estado

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 205-222, 1972

PARECER N.º 26/65

CLÁUSULA OURO.

Pagamento em moeda estrangeira.
Contrato executável no país;

— Disposições sobre negócios em moeda estrangeira não cabem mais no Código Civil ou Código Comercial. Competência privativa do Governo em controlar a política cambial;

— Cotação de preço em moeda estrangeira e correspondente conversão ao câmbio do dia da assinatura do instrumento contratual. Legitimidade;

— Inaplicabilidade do Decreto n.º 23501, de 27 de novembro de 1933, nos contratos de importação de mercadorias do estrangeiro. Lei n.º 28, de 15/02/1935 (art. 1.º) e Decreto-Lei n.º 2206, de 20/5/1940 (art. 30).

Na espécie, o Senhor Presidente da Comissão Estadual de Compras, informando que em Concorrência Pública realizada naquele setor do Serviço Público Estadual, duas empresas participantes cotaram o preço em moeda estrangeira (dólares), solicita — em face das dúvidas surgidas, quanto à legitimidade de tal procedimento, parecer desta Consultoria-Geral, tendo em vista as disposições do Decreto n.º 23501, de 27 de novembro de 1933, que “proíbe a celebração de contratos em moeda estrangeira”.

2. Esclarece, por outro lado, Sua Senhoria, que tal indicação é mera referência para efeitos da oferta, já que o contrato, a ser oportunamente firmado, terá o valor traduzido em moeda nacional, feita a conversão ao câmbio do dia da assinatura do mesmo (contrato), “não implicando, portanto, em qualquer variação do seu montante a oscilação da moeda estrangeira dada como referência para o custo”.

3. Reafirmando, pois, que essa indicação é tão somente para efeitos de custo, indaga, Sua Senhoria, se tal fato pode importar em infração às normas do precitado mandamento legal ou qualquer outro vigente e aplicável ao caso.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 223-230, 1972

É o relatório.

4. Está, "in casu", ao que tudo indica havendo confusão com a chamada "cláusula ouro". Diz-se haver confusão porque, nos termos da consulta, sequer chega a caracterizar-se a figura do pagamento em moeda estrangeira. A estipulação do preço é que foi expresso em moeda estrangeira.

A famigerada "cláusula ouro", que o Decreto n.º 23501, de 27/11/1933, veio coibir diz respeito a contratos celebrados no Brasil ou no estrangeiro, executáveis no país, com cláusula de pagamento do preço em moeda estrangeira, forçando no país não só o curso de moeda alienígena como submetendo os nacionais a uma gama infundável de encargos, decorrentes da oscilação do câmbio.

5. É certo, também, que tal comportamento das partes resultava, de um lado, da exploração comercial; de outro, da expressa consagração permissiva em mandamento constante da lei civil brasileira, que em seu art. 947 e § 1.º, dispõe:

" Art. 947 — O pagamento em dinheiro, sem determinação da espécie, far-se-á em moeda corrente no lugar do cumprimento da obrigação.

§ 1.º — É, porém, lícito às partes estipular que se efetue em certa e determinada espécie de moeda, nacional ou estrangeira".

6. Com fundamento no § 1.º, como é fácil concluir, houve abuso nessa prática e até o próprio Governo, em certo momento ficara quase que subordinado a especulações desse gênero, em contratos de concessão de serviços públicos, fato que, como salientou o então Ministro da Viação e Obras Públicas — Dr. JOSÉ AMÉRICO DE ALMEIDA, segundo citação de Themistocles Brandão Cavalcanti, *In Tratado de Direito Administrativo*, II vol., pág. 457, criava ao Poder concedente (Governo) sérios embaraços, ao lado do descrédito popular.

A dificuldade, entretanto, não era característica brasileira; tinha, em verdade, caráter universal. Países mais adiantados e cultos, também, enfrentavam problemas semelhantes. A crise era um fenômeno geral. Os governos procuravam adaptar-se a nova ordem de coisas, como ressalta THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *obr. cit.* pág. 452:

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 223-230, 1972

"....."

A crise da moeda e o desequilíbrio financeiro da maioria dos países levaram as legislações de após guerra, notadamente da Alemanha, Bélgica, Romênia, Grécia, Bulgária, a declararem sem vigor, até nova ordem, as cláusulas ouro estipuladas antes da guerra".

Não muito tempo depois, os Estados Unidos da América do Norte seguiram a mesma política financeira.

7. O Brasil, cujas finanças já não eram das mais animadoras, não poderia assistir a dilapidação de suas reservas e riquezas indiferentemente. Impunha-se adotar, também aqui, norma que resguardasse os superiores interesses nacionais. De logo, cumpria suspender a vigência de dispositivo legal tão pródigo e comprometedor da economia interna brasileira. Foi, destarte, suspensa a validade do art. 947, § 1.º, e mais atos de livre convenção das partes.

Essa orientação do Governo Provisório, fruto da Revolução de 1930, sob a inspiração dos saudosos ministros de Estado — Dr. JOSÉ AMÉRICO DE ALMEIDA, da Viação e Obras Públicas; e Dr. OSVALDO ARANHA, da Fazenda, não se fez esperar.

O Governo da União deveria rever o contrato firmado com a Sociéte Anonyme du Gas do Rio de Janeiro, concessionária para o fornecimento de gás e energia elétrica da mesma cidade, que agasalhava em uma de suas cláusulas o pagamento das tarifas "metade em moeda corrente e metade ao câmbio par" (V. Themistocles Cavalcanti, vol. II, pág. 456).

Nessa oportunidade, o Ministro da Viação e Obras Públicas propusera ao Governo "projeto de lei, tendente à abolição da exigibilidade de pagamentos condicionados a taxa cambial em retribuição de serviços públicos executados no país". (*id. id.*)

O Chefe do Governo Provisório, recebendo o expediente e considerando a natureza da matéria o remetera ao Ministério da Fazenda, com expressa recomendação de ser examinada devidamente,

"com um critério amplo e tendo em vista a validade dos contratos ou convenções particulares que estipulam pagamento em ouro ou utilizam outros artificios para subtrair, dentro do território nacional, o credor privilegiado ao regime do papel-moeda de curso forçado, instituído por lei de ordem pública e exteriorização da própria soberania do país".

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 223-230, 1972

Depois de efetuar exaustivo estudo da questão, inclusive do ponto de vista do direito comparado, doutrinário — tanto nos autores nacionais quanto nos estrangeiros: ARNOLDO MEDEIROS, Caso Fortuíto e teoria da imprevisão; ARTUR ROCHA, Da Intervenção do Estado nos contratos concluídos; EUGENE SCHKAFF, La dépréciation monétaire, ses effets en droit privé; PAUL ROUBIER; ALBERTO WALL; CAPITANT e outros —, e jurisprudencial, concluiu o MINISTRO DA FAZENDA pela permissibilidade da revisão em todos os contratos, valendo-se, assim, do magistério de RIPPERT:

“A revisão nos contratos é permitida desde que se verifique um acontecimento extraordinário, fora da previsão humana, tornando a execução tão onerosa que venha a constituir uma lesão desproporcional com as vantagens previstas ao se firmar o contrato”.

8. Forte, pois, no princípio universalmente aceito e mesmo consagrado de que:

“não há direito adquirido por obrigações contratuais, ante norma ditada pelo bem público, como medida de emergência”.

elaborara o Ministro da Fazenda substitutivo ao projeto originário do Ministro da Viação e Obras Públicas, que tendo merecido acolhimento de parte do Chefe do Governo, foi promulgado em 27 de novembro de 1933, sob o n.º 23501.

9. Esse diploma legal, consoante pronunciamento do Egrégio Tribunal de Alçada de Pernambuco, IN Apelação Cível n.º 675, julgada em 7/11/1941, Rev. For., n.º 92, pág. 179, teve a virtualidade de anular toda e qualquer cláusula ouro ou pagamento em qualquer espécie de moeda estrangeira; revogar temporariamente o § 1.º, do artigo 947 do Código Civil; e aplicar-se o efeito da norma retroativamente, em todos os casos não consumados.

IN VERBIS:

“Com o advento do Decreto n.º 23 501, de 27/11/1933, foram estabelecidas como normas intransponíveis:

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 223-230, 1972

1.º — a nulidade de toda e qualquer cláusula ouro ou pagamento em qualquer espécie de moeda estrangeira, uma vez que o decreto instituiu obrigatoriamente em favor do papel moeda nacional o poder liberatório, igual ao da moeda metálica;

2.º — revogação temporária do artigo 947, § 1.º, do Código Civil e de todas as convenções internacionais no sentido da liberdade de convenção em moeda de outros países, representado na súmula do invocado art. 947; e

3.º — aplicação retroativa a todos os contratos em curso, naquilo que ainda não tinha sido consumado pelo pagamento anterior”.

10. Semelhante princípio de direito, mesmo tornado expresso em lei, não poderia, contudo, alcançar negócios e transações outras concretizadas fora do país, já que a vontade do legislador indígena não se pode sobrepor às normas dos outros Estados. Assim, a prescrição valia e vale para as transações efetuadas ou executáveis no Brasil.

TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, IN Rev. For. n.º 92, pág. 639 “Evolução do Direito Comercial Brasileiro”, ensina:

“.....

Também, e porque toca muito de perto às transações comerciais menciono o Decreto n.º 23501, de 27/11/1933, que declarou nula qualquer estipulação de pagamento em ouro ou em determinada espécie de moeda, por qualquer meio tendente a recusar ou restringir, nos seus efeitos, o curso forçado do mil réis papel.

É claro que a proibição só alcança os negócios efetuados dentro do país. Não atinge, portanto, as operações comerciais com o exterior, pois que estas não dependem, exclusivamente, da vontade do legislador pátrio”.

11. Tem-se, hoje, por indubitoso também que se reserva ao Governo, mais restritamente ao Poder Executivo, competência privativa para controlar o comércio externo e correspondente política cambial. Esses Dispositivos, com efeito, não mais devem

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 223-230, 1972

ficar consignados em o Código Civil ou Código Comercial, de livre disposição das partes contratantes, porque norma de ordem pública.

Coerente, aliás, a esse sentimento nacional foi que o Constituinte de 1946, em o art. 5.º, ítem XV letra "k", corporificou esse entendimento, inscrevendo-o no Ato Institucional.

Nesse particular TRAJANO MIRANDA VALVERDE, loc. cit., advoga a necessidade de ter o Poder Executivo maleabilidade para hoje permitir o que amanhã poderá vedar, visto que só ele tem condições para ajuizar da conveniência ou inconveniência dentro dessa matéria, dizendo:

"Não cabem mais, presentemente, nem no Código Comercial, nem no Código Civil, disposições sôbre negócios ou transações em moeda estrangeira ou em moeda nacional, cuja quantidade da prestação fique na dependência do valor da nossa moeda em relação a certa moeda estrangeira.

A política de câmbio, se assim me posso exprimir, é da competência do Poder Executivo, que hoje permitirá e amanhã vedará operações, que, direta ou indiretamente, possam ter influência benéfica ou nociva sobre o dinheiro nacional".

12. Mas, o que a Lei tinha proibido, como se vê, não era a cotação do preço em moeda estrangeira; era antes o pagamento do preço em moeda diferente da nacional ou em moeda metálica.

Nos contratos com o Poder Público, muito antes de ingressar na vida do direito positivo brasileiro o Decreto n.º 23501, de 27/11/1933, havia norma escrita disciplinando a espécie. É verdade que, pelo desuso, se tornou letra morta. O Código de Contabilidade Pública, em seu Regulamento Geral, baixado em 1922, no seu artigo 767, letra "F", ao lado de uma série de outras cláusulas reputadas essenciais, dispunha:

" Art. 767 — Para validade dos contratos serão necessárias as seguintes formalidades:

a) —

.....

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 223-230, 1972

f) — que, nos contratos em que sejam estipulados os preços em moeda estrangeira, se declare a data ou a taxa do câmbio para a conversão, na forma do disposto no art. 232, deste regulamento, e de acordo com a condição que houver sido fixada no edital de concorrência;

O art. 232, "in fine" do citado Regulamento, tem a seguinte redação:

"Tratando-se de compromisso a ser pago em moeda estrangeira, por conta de créditos em papel, precederá ao ato de empenho a tomada de cambiais ou requisição de ordem telegráfica para a fixação do câmbio. ..."

13. Considerando, porém, os interesses nacionais e mais que a política cambial passara com privatividade ao controle do Governo, já não havia razão para a validade absoluta de princípio tão rígido. De tal sorte que em 15 de fevereiro de 1935, o diploma legal sob n.º 28, veio excluir dos dispositivos do precitado Decreto n.º 23501/33, os contratos para importação de mercadorias do estrangeiro. Veja-se:

"Art. 1.º — Os contratos para importação de mercadorias do estrangeiro, inclusive os celebrados pela administração pública, não se incluem nos dispositivos do Decreto n.º 23501, de 27 de novembro de 1933".

Posteriormente, dentro desta mesma linha de ação, promulgou o Governo Federal o Decreto-Lei n.º 2206, de 20/5/1940, possibilitando ao Estado inclusive pagar usando moeda estrangeira.

THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, ob. cit., pág. 461, registra:

"Deve-se, porém, observar que nos contratos feitos pelo Estado, para aquisição de mercadoria de importação estrangeira, não pode ser abolido o pagamento em moeda estrangeira.

É assim que o artigo 30 do Decreto-Lei n.º 2206, de 20 de maio de 1940, permite ao Departamento Federal de Compras:

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 223-230, 1972

- a) — receber propostas em moeda estrangeira para fornecimento de material de importação;
- b) — proceder à aquisição direta do material no exterior com pagamento em moeda estrangeira desde que haja vantagens para os cofres públicos.
- As taxas cambiais devem, porém, ser fixadas nos contratos sob pena de nulidade”.

14. Isto posto, e considerando que “ex-vi” do disposto em o art. 42 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o Estado, observará as normas financeiras válidas para a União, inclusive as de Contabilidade Pública; considerando que o Decreto n.º 23501, de 27 de novembro de 1933, não se aplica às transações feitas pelo Estado para importação de mercadorias; considerando, afinal, que a simples cotação do preço em moeda estrangeira, não importa em pagamento nessa mesma moeda; considerando que a validade do contrato fica na dependência da fixação do câmbio, **entendo** que não há qualquer infração ao decreto 23501/33, este por inaplicável à espécie, ou qualquer outra norma legal pertinente a circunstância de firmas haverem cotado seu preço em moeda estrangeira. O que importa é a fixação do câmbio de conversão.

Este o parecer que “sub-censura” submeto à judiciosa consideração dos doutos.

Porto Alegre, em 10 de junho de 1.965.

Orlando G. Vanin
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1965

BRIGADA MILITAR. GRATIFICAÇÃO ESPECIAL DE QUEBRA DE CAIXA. Não incorporação por falta de amparo legal e por não estar o requerente exercendo a função ao tempo de sua aposentação.

Desde a data da aposentação do requerente, L. B. K., por ato governamental de 16 de agosto de 1966, é questionada, no Processo CGE 840/71, a fixação de percentual de pagamento, a incidência e a incorporação da gratificação especial de auxílio por quebra de caixa.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 230-235, 1972

Nas informações constam cálculos (a fls. 72); com base na aplicação do art. 23 da Lei 4937/65. Posteriormente, foram esses, refeitos por entendimento de ser a citada gratificação incidente sobre a última promoção do requerente, face à orientação dada pelo Parecer n.º 214/67 — GAJ, desta Consultoria, (a fls. 103), e com amparo, também, na Lei 5395/66, sendo dita retificação publicada no Boletim 57 de 03/11/67.

Em 26/04/67, o Boletim da Brigada Militar de n.º 78 conferia ao peticionário, sobre a vantagem do auxílio por quebra de caixa, era alterada para o percentual de até 70%, a gratificação adicional de 25%.

Somente em 03/05/71 vem o Processo a esta Consultoria para exame e parecer, a fim de resolver-se, em definitivo, a questão.

É o relatório.

2. Gratificação por quebra de caixa é vantagem concedida a título precário.

A gratificação por quebra de caixa é chamada pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado (Lei 1751/52) de auxílio, nos precisos termos do artigo 68:

“O auxílio para diferença de caixa será pago aos funcionários que efetuarem pagamentos ou recebimentos e será fixada em 10% dos seus vencimentos. Fosse de sua natureza uma gratificação propriamente dita, estaria arrolada sob o título expresso de “gratificação” no elenco do inciso VI do artigo 67 do Estatuto citado.

Diversamente era classificada dita gratificação pelo Decreto-Lei 848/45 (Código de Vencimentos e Vantagens da Brigada Militar), que era o vigente à época da aposentadoria do requerente. Era intitulada de gratificação “pro labore”, pelo título IV do mesmo diploma legal.

Hely Lopes Meireles, esclarecendo, fundamentando e tratando especificamente da definição e amplitude do significado da gratificação citada, nomeia-a gratificação “pro labore faciendo”.

Todo adicional de função é, por natureza, vantagem pecuniária “pro labore faciendo”, de auferimento condicionado à efetiva prestação do serviço nas condições estabelecidas pela Administração. Daí por que não se

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 230-235, 1972

incorpora automaticamente ao vencimento, mas deve integrá-lo para efeitos de disponibilidade ou aposentadoria, **se no momento** da passagem para a inatividade remunerada o funcionário estava exercendo o cargo ou a função com período de carência consumado". (Direito Administrativo Brasileiro, 2.^a ed., página 405).

E, o extinto Conselho do Serviço Público exemplifica, no Parecer 6960 (DOE 03.03.67):

"Seria incompreensível, por exemplo, que alguém que tivesse exercido, por cinco anos consecutivos a função de tesoureiro, tendo posteriormente sido provido no cargo de médico, ao aposentar-se nesta última posição tivesse seus proventos acrescidos com o valor correspondente ao auxílio para diferença de caixa".

Dita gratificação não se tornou incorporável aos proventos dos Servidores Civis do Estado senão por força de **lei especial**. Assim expressamente manda a Lei 4937/65, por seu artigo 23:

"O auxílio para diferença de caixa é fixado em 15% do vencimento básico dos funcionários incumbidos de efetuar pagamentos ou recebimentos.

Parágrafo único — O valor do auxílio a que se refere este artigo será incorporado ao provento sempre que percebido durante 5 anos consecutivos ou 10 intercalados".

Poderia o legislador ter editado a norma em ordem a inseri-la no Estatuto próprio dos Servidores Civis, mas não o fez. Conservou o direito à incorporação desta gratificação à parte do regime estatutário, como se intencionasse ressaltar sua precariedade.

E, novamente, quando entendeu estender o direito de incorporação aos funcionários autárquicos, fê-lo por lei especial, a Lei 5395/66, que restritivamente mandou, por seu artigo 1.^o:

"O "caput" do artigo 23, da Lei 4937, de 22 de fevereiro de 1965, passa a ter a seguinte redação: Aos funcionários do Quadro Geral dos Funcionários Públicos e das **Autarquias Estaduais** incumbidos de efetuar pagamento ou recebimentos, será concedida uma gratificação especial, variável de 30% a 80% sobre o vencimento básico, segundo movimento da tesouraria em que estiverem lotados na forma a ser regulamentada".

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 230-235, 1972

Anteriormente, era tal vantagem concedida, não por titulação dos que exercessem cargo de Tesouraria; mas, para aqueles "que efetuarem pagamentos ou recebimentos" (art. 68 da Lei 1751/52). Era auxílio concedido para cobrir eventuais quebras de caixa, que obrigariam o funcionário a pagar, de seus vencimentos, a falta de numerário constatada.

É evidente que nem se cogitava de pretender incorporar aos proventos tal auxílio, pago para cobertura de prejuízos possíveis.

É claro que, se aos funcionários civis a incorporação da vantagem só foi instituída e determinada pela Lei 4937/65, de nada vale argumentar o requerente que deveria percebê-la, incorporada por força estatutária. Não era vantagem contemplada no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis, não poderia ser estendida aos militares da Força, com fundamento no artigo 137 de seu Estatuto, que se refere a vantagens estatutárias especificamente. Por isso, já se pronunciava o extinto Conselho do Serviço Público, pelo Parecer n.^o 6960 (DOE 03/03/67):

"Diante destes princípios, é, de certo modo, ilógico autorizar, como o fez o art. 23 da Lei n.^o 4937, a incorporação do auxílio para diferença de caixa aos proventos da aposentadoria. De qualquer forma impõe-se, porém, que a finalidade para a qual dito auxílio foi instituído seja preservada, na medida do possível, sob pena de desvirtuar-se, completamente, o benefício".

Sempre foi tratada a gratificação por quebra de caixa como "auxílio"; e, pelo exposto, vê-se que, mesmo após a determinação do art. 23 da Lei 4937, o Conselho do Serviço Público considerava tal vantagem concessível a título precário, "sob pena de desvirtuar-se completamente o benefício".

3. ORIENTAÇÃO firmada na Consultoria-Geral do Estado.

Insiste-se, em processos de características circunstanciais semelhantes ao da espécie, que esta Consultoria teria dado orientação favorável aos pedidos formulados com a intenção de incorporar dita gratificação.

Esclarece significativamente o assunto o Parecer n.^o 556/GAJ, da lavra do douto Consultor Jurídico Almiro do Couto e Silva:

"Não vejo divergência entre as conclusões dos dois pareceres aludidos. No Parecer n.^o 501/GAJ, está o entendimento de que a incorporação do auxílio para di-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 230-235, 1972

ferença de caixa aos proventos da aposentadoria é vantagem que cabe, exclusivamente, aos funcionários do Quadro Geral como está explícito nos arts. 1.º e 23 da Lei n.º 4937, este último com a redação que lhe deu o art. 1.º da Lei n.º 5395, de 1966.

O Parecer 437/DAJ seguiu a orientação de que o art. 23 da Lei n.º 4937, com a redação que lhe emprestou a Lei n.º 5395, é uma disposição tão-somente endereçada aos funcionários do Quadro Geral e das Autarquias, permanecendo para os demais funcionários integrantes do quadro especial — como por exemplo o dos funcionários fazendários — a regra do art. 68 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado.

“Ambos os pronunciamentos, por conseguinte, se harmonizam nas suas conclusões, ao afirmar que o art. 23 da Lei n.º 4937, depois da Lei n.º 5395, não se aplica ao pessoal da Fazenda. Aliás, assim também opinou o CSP no Parecer n.º 7282”.

No Parecer 214/67, o ilustre Consultor Jurídico Paulo Tolens, quando tratou especificamente da incorporação do auxílio para diferença de caixa, firmou a convicção de ser sua incorporação cabível somente aqueles que a Lei contempla expressamente, conforme Parecer de sua lavra de n.º 437/DAJ acima referido.

4. O auxílio para diferença de caixa só será incorporável, se o funcionário que estiver exercendo função ativa de recebedor e pagador, ao se inativar, for expressamente enquadrável na legislação concessiva do benefício.

Ademais, no caso em exame, o requerente, que não era destinatário da norma concessora, ao se inativar, não mais exercia as tarefas de receber e pagar numerário (Inf. de fls. 66). Então, se não prevalecessem as razões anteriormente expostas, também por esta última não se poderia conferir ao militar peticionário a incorporação da vantagem referida.

A consolidação das vantagens percebidas na atividade, por ato de aposentação, somente ocorrerá de acordo com a legislação vigente na data da inativação. É questão pacífica na doutrina e jurisprudência.

Ora, na espécie em exame, nenhum dos dispositivos legais citados beneficia ao aposentado: a Lei n.º 4937, anterior à aposentação do requerente, não o favorece, conforme se viu acima;

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 230-235, 1972

a Lei n.º 5395, editada em 27/12/66, é posterior à concessão da aposentadoria do requerente, bem como o Decreto n.º 18386/67, que a regulamentou.

EM CONCLUSÃO, não é possível deferir-se, na espécie, a incorporação da vantagem “auxílio para diferença de caixa”, porque não encontra amparo em dispositivo legal. Deve o novo ato retificar o anterior excluindo a vantagem pleiteada.

É o Parecer.

Porto Alegre, 22 de dezembro de 1971.

Flávio José Zanini
Consultor Jurídico

PARECER N.º 1964/CGE

TEMPO DE SERVIÇO. Contagem do tempo de investidura em função honorífica. Natureza da investidura AD HOC.

D. C. deseja ver averbado como tempo de serviço público, para todos os efeitos e vantagens, período de trabalho que prestou no exercício de função pública, em Delegacia de Polícia, ocupando a função de escrivão policial, na qualidade de cidadão civil, nomeado AD HOC, desde 1950 até 1956.

Em confirmação ao seu pedido trouxe ao processo certidões de tempo de exercício daquela função, atestados e mesmo justificação judicial da prestação de tal serviço, entendendo que por esta alcançaria a pretensão.

A Administração Estadual indeferiu tal pretensão, conforme se vê do despacho a fls. 33, publicado pelo Boletim n.º 996, de 30/7/70.

O indeferimento da pretensão fundamentou-se na falta de assentamentos funcionais do trabalho prestado (fls. 9) e não-reconhecimento da justificação judicial como prova hábil, para os efeitos desejados.

A Assessoria Jurídica e Legislativa da Casa Civil endossou tal parecer da Administração, ressaltando a precariedade da investidura do requerente, no exercício de função de escrivão AD HOC.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 235-242, 1972

Tendo em vista a possibilidade de admissão da justificação judicial como meio de prova para fixação de proventos de aposentadoria, como aventara a Secretaria da Administração (fls. 31, item 6), provocou a Chefia da Casa Civil pronunciamento desta Consultoria, pedindo reexame da matéria.

É o relatório.

2. Quanto à matéria de fato, "data venia", o processo não esgotou seu exame.

Em primeiro lugar, o processo informa a fls. 9 — "nada consta em sua ficha funcional com relação ao pleiteado", mas o documento de fls. 4 — atestado n.º 84, da Delegacia de Polícia de Candelária — informa que o requerente desempenhou as funções de escrivão AD HOC nessa Delegacia de Polícia, sem remuneração, ininterruptamente, conforme TERMO DE COMPROMISSO prestado pelo requerente no livro específico. A Secr. de Administração não tinha notícia de tal assentamento, mas a Secr. de Segurança o tinha, por termo oficial, mandado lavrar pela autoridade policial competente. Faltou somente comunicação da Secr. de Segurança para a da Administração.

Em segundo lugar, o requerente diz, em sua petição inicial, que, em tempo intercorrente, apesar de aprovado em concurso, não foi nomeado porque lhe teriam sido extraviados os documentos de prova de títulos do concurso para o cargo de escrivão — no que não foi contestado pela Secr. de Administração, mas caberia ao requerente o ônus de proceder à justificação administrativa, nos termos do art. 166, da Lei n.º 1751/52. Não exerceu tal direito, em prazo oportuno; entende-se, então, que tenha renunciado a reivindicá-lo.

Em terceiro lugar, por este último FATO e por não haver assentamentos funcionais seus, com relação ao pedido, não se lhe poderia negar o cabimento da justificação judicial, nos precisos termos do Parecer da Secr. de Administração, a fls. 31, item 5.

Portanto, é de se admitir a justificação judicial, como prova hábil do período de trabalho prestado, como de "munus publicum", mormente porque vem acompanhado de certidões e atestados oficiais, que o confirmam. Insistindo em contrário, estaríamos negando fé pública a tais documentos.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 235-242, 1972

3. Natureza jurídica da investidura AD HOC.

Devemos evidenciar se tal período de exercício no tempo deverá ser computado como tempo de serviço público propriamente dito, para todos os efeitos legais.

Não se nega, nem se pode negar, que o requerente prestou ministério privado, na situação em que se encontrava à época, investido AD HOC. Semelhante ministério é o que prestam os advogados, em conformidade com o disposto na Lei 4.215/63, em seu artigo 68:

"No seu ministério privado, o advogado presta serviço público, constituindo, com os Juizes e membros do Ministério Público, elemento indispensável à administração da Justiça.

Sem desfigurar essa natureza do serviço dos advogados, preceitua o artigo 92 da mesma Lei 4215/63:

"O advogado indicado pelo serviço de assistência judiciária, pela Ordem, ou pelo Juiz, será obrigado, salvo justo motivo, a patrocinar gratuitamente a causa do necessitado, até final, sob pena de censura e multa, nos termos desta lei".

O ministério do requerente foi prestado em caráter privado ao Estado, ao Serviço Público Estadual, por convocação do Estado, por autoridade oficial, conforme dito Termo de Compromisso de que se dá notícia nos autos.

Prestou encargo público indispensável, nas ocasiões dadas, à administração do Poder Executivo, independentemente de ser aventado se a continuidade na função exercida chamava à responsabilidade quem permitiu tal continuidade, gerando aparência de investidura **no cargo**, por tempo ilimitado. Exerceu o ofício como mandatário do Estado, mas, mandatário com todos os direitos e deveres limitados, no próprio instrumento de mandato, que foi o dito Termo de Compromisso.

A autoridade de Delegado de Polícia, para promover tal investidura, não paira em dúvida, de acordo com a norma da Constituição Estadual, no art. 122:

"São autoridades policiais, o Secretário de Segurança Pública, o Superintendente dos Serviços Policiais e os Delegados de Polícia".

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 235-242, 1972

Querendo precisar a natureza jurídica de tal encargo e seus precisos posicionamentos jurídicos, encontraremos de Rui Cirne Lima, em "Princípios de Direito Administrativo", ed. 1954, pág. 161, ao final, a seguinte doutrina:

"A prestação de serviços públicos honorários. — A expressão é corrente na doutrina estrangeira; não é, de resto, ignorada da doutrina brasileira. Designa a prestação ocasional, remunerada ou não, de um serviço determinado, solicitada aos indivíduos pelo Estado ou outra pessoa administrativa, solicitação essa a que se atribui a feição de distinção honorífica. Há algumas vezes, na solicitação do Estado, o traço de compulsão — assim, a prestação de serviço de jurado, serviço público honorário com caráter obrigatório.

"Mas, ainda neste caso, a feição honorífica da incumbência prima nitidamente sobre a compulsão empregada. Em regra, porém, a prestação de serviço público honorário é facultativo. Recordem-se os serviços prestados pelos agentes judiciários nomeados "ad hoc", escrivães, promotores de justiça, etc." (Grifei)

Exemplos de tais serviços público, honorários e facultativos, de regra, encontramos no Código de Processo Penal, em seu artigo 15:

"Se o indiciado for menor, ser-lhe-á nomeado curador pela autoridade policial".

Regulando tal incidente, também o artigo 33 do mesmo diploma legal diz que o curador poderá ser nomeado de ofício, se disponível não houver.

Semelhante dispositivo encontraremos no Código de Processo Civil; no artigo 68, em seu parágrafo único e, mais especificamente, no artigo 128:

"Nos impedimentos de serventuário, o juiz convocará o substituto, quando houver, ou nomeará "AD HOC".

Plácido e Silva, em sua obra "TÉCNICA FORENSE E PRÁTICA PROCESSUAL", 1946, vol. I, págs. 80 e 81, comentando as atribuições e investiduras de tais agentes judiciários, diz:

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 235-242, 1972.

"Em casos excepcionais, faltando o escrivão e o "escrevente juramentado autorizado, pode o Juiz nomear para o ato um escrivão "ad hoc", a que se atribuem poderes para praticar e exercer as funções, que deveriam ser exercidas pelo escrivão impedido ou ausente".

Anotamos esse comentário, pela precisão dos termos em que vai exposto.

Após tais exemplificações digressivas, voltando à espécie, verificamos que o chamamento do requerente ao encargo de escrivão policial "ad hoc" foi de natureza facultativa e honorária; de regra, não poderia o peticionário recusar-se ao ofício. Mas, poderia, perfeitamente, usando de direito seu, negar-se a prestar tal serviço em caráter permanente.

Poderia recusar-se, pela própria natureza do direito em que se funda a nomeação dos agentes designados AD HOC. Em todas as nomeações, como é a espécie, pode o nomeado "ad hoc" solicitar à autoridade superior a sua substituição, fundamentando tal pedido em justo motivo. E, veria tal solicitação deferida, mesmo pela autoridade judiciária, que não pode, sob hipótese alguma, transmutar a natureza jurídica legal da transitória investidura AD HOC, que é facultativa e honorária, como ensina pacificamente a doutrina jurídica.

Aliás, no próprio instrumento de sua investidura legal — o citado Termo de Compromisso — se contém a limitação de poderes do mandato AD HOC. Vale dizer, para cada ato, para cada processo e, só para cada ato, somente para cada processo.

Assim sendo, a multiplicidade dos atos praticados e sua sucessão, ainda que ininterrupta, não poderia mudar a natureza do mandato de investidura, que ficou juridicamente exposto e estipulado em ato jurídico perfeito, o qual definiu os limites do exercício de poderes transmitidos, válidos e eficazes somente dentro dessa limitação expressa, não-válidos e ineficazes, além da duração, no tempo, de cada ato ou de cada processo.

Para que o período de trabalho do requerente fosse considerado como tempo de serviço público, deveria haver provimento legislativo, semelhante àquele do antigo Código de Organização Judiciária do Estado (Lei 3119, de 14 de fevereiro de 1957), que, dispondo sobre o exercício de encargo público dos estagiários acadêmicos, em seu artigo 105, dizia:

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 235-242, 1972

“Os estagiários contarão como tempo de serviço público e profissional, aquele em que estiverem no exercício de suas funções, preferindo, como candidatos, em igualdade de condições, aos demais concorrentes, nos concursos à Magistratura e ao Ministério Público, salvo as exceções previstas em lei”.

Resumindo, admitimos que a investidura do requerente para os limites de seu mandato foi regular. Mas, a **regular investidura** para o exercício da função AD HOC não legalizou a **aparente investidura** no cargo de escrivão policial. Para aquele caso foi regular, para este caso, se pretendida, nula é, porque ilegal.

O que impede ao requerente de ver computado o exercício de seu encargo como tempo de **serviço público** é a limitação de sua investidura regular no instrumento de compromisso, que claramente deve ter definido ter sido ele investido legal e regularmente para o exercício de atos **isolados da função**.

Para o exercício da função continuada deveria o requerente estar habilitado legalmente, por concurso, e preencher todos os requisitos para a tomada da posse correspondente. Vê-se, “in casu”, que a própria autoridade que o investiu “ad hoc” não teria competência para uma investidura legal, adquirida através de concurso.

Em caso análogo, conforme vem analisado no Parecer n.º 1893, desta Consultoria, da lavra do Professor Elmo Pilla Ribeiro, se apreende:

“EMENTA — A falta de investidura regular, impedindo a formação de vínculo entre a Administração e o servidor, faz com que não possa ser considerado “de serviço público” o período de trabalho prestado pelo último àquela, o qual não pode, de consequência, ser computado para os efeitos do § 2.º, do artigo 177, da Constituição Federal de 1967. Oficial de justiça “ad hoc” ainda que considerado funcionário substituto não faz jus à estabilização excepcional concedida pela citada disposição constitucional”.

Prossegue o douto parecerista, no corpo da peça:

“A inexistência de qualquer vínculo entre a Administração e o funcionário de fato faz com que se não considere tempo de serviço público o período de serviço prestado pelo último àquela, aos efeitos de reconhecer-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 235-242, 1972

se-lhe direito à aposentadoria. É a posição do antigo Conselho do Serviço Público (Parecer n.º 7590) e desta Casa (Parecer n.º 377 GAJ)”.

“A falta de título legítimo levou JÉZE a não julgar computável tal tempo de serviço, **para os efeitos de promoção e aposentadoria**, mesmo que o agente de fato seja posteriormente investido de forma regular (ob. cit., p. 333)”. (Grifei)

Prossegue o Consultor:

“Ademais, ainda que, à vista das iterativas designações do requerente para oficial de justiça “ad hoc”, nas quais se atomizou sua atividade, que foi ininterrupta segundo se diz, o considerássemos “ad argumentandum” oficial de justiça substituto — ainda assim — em nada se alteraria a solução a ser dada à espécie.

“De feito, já tem o Supremo Tribunal jurisprudência consolidada, no sentido de que a estabilidade prevista no art. 177, § 2.º, da Constituição Federal de 1967, não abrange funções temporárias. Assim em acórdão unânime proferido no julgamento de Recurso Extraordinário n.º 54447, o Tribunal Pleno negou aquele benefício a Defensores Públicos Substitutos **regularmente investidos** nos respectivos cargos depois de já o não haver reconhecido em relação aos Promotores Substitutos da Justiça Militar (Rev. Trim. de Jurisprudência. Vol. 54, pág. 433)”.

Portanto, na espécie contemplada, neste processo, não há **tempo de serviço público** e sim exercício de fato, estritos termos em que a justificação judicial deve ser aceita; pela prova que produziu, homologada simplesmente pelo Meritíssimo Juiz do feito, nestes termos:

“HOMOLOGO, para os fins de lei, a justificação pretendida pelo requerente, sobre os fatos mencionados na inicial tendo em vista a prova produzida”.

5. Extensão da Sentença de Justificação Judicial.

Pelo exposto, ter-se-á por provado o período trabalhado, por justificação judicial; também, por provado fica que tal período é limitado em ato por ato. Cabe indagar se o requerente pode vê-lo averbado, para os efeitos que pretende.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 235-242, 1972

Na espécie, provou-se trabalho prestado no tempo e não tempo corrido de serviço público, porque para o exercício da função "ad tempus" não tinha investidura legal e peticionário e, como tal, é nula sua pretensão de ver o exercício transformado em tempo.

Bem verdade é que a Constituição Estadual ampararia a contagem de tempo de serviço público, se tivesse exercido a função legalmente e não praticado atos isolados dentro da função. Seria fundamento o artigo 105, da Carta Estadual:

"O tempo de serviço público estadual será computado integralmente para todos os efeitos".

Mas, tal amplitude não se presta para forçar-nos a mudar a natureza da investidura do requerente, que na espécie não foi "ad tempus", mas, "ad hoc".

Resumindo, não pode o peticionário pretender contar aquele período de trabalho como tempo de serviço público para todos os efeitos e vantagens.

6. Quanto ao mérito do pedido do requerente, pleiteando o pagamento do trabalho prestado, deve-se acentuar que não consta de seu requerimento inicial, por forma de pedido, mas, por simples alegação, e não ter percebido remuneração.

Mesmo em sua petição judicial não invoca o pagamento de tal período de trabalho, simplesmente o alega.

Ainda que houvesse formulado inequivocamente tal pedido, não poderia vê-lo atendido, porque já estava consumido seu direito à percepção da remuneração de parcelas sucessivas, por força da prescrição quinquenária em favor do Estado; já à época de seu pedido administrativo, datado de 11/03/68, não faria jus às prestações vencidas desde 1950 até 1956. Passaram-se os cinco anos de oportunidade para o requerente fazer valer o direito que tinha de se ver compensado monetariamente, em indenização, do tempo e esforço gasto, suposto de boa-fé, no exercício de trabalho contínuo.

Em conclusão, é indeferível o pedido, porque sem amparo legal.

É o Parecer.

Porto Alegre, 22 de dezembro de 1971.

Flávio José Zanini
Consultor Jurídico

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 235-242, 1972

MEMORIAL

RECURSO DE REVISTA N.º 14.996

— I —

O TEMA EM DEBATE

A Constituição Federal declara imunes ao imposto sobre circulação de mercadorias as operações que destinem ao exterior produtos industrializados. Textualmente:

“— O imposto de que trata o item II não incidirá sobre as operações que destinem ao exterior produtos industrializados e outros que a lei indicar” (Emenda Constitucional n.º 1, art. 23, § 7.º).

O fumo em folha é produto industrializado? Eis aí o problema submetido à decisão de Vossa Excelência.

— II —

ONDE BUSCAR O CONCEITO DE PRODUTO INDUSTRIALIZADO

Compete à União legislar sobre normas gerais de direito tributário, através de lei complementar.

Emenda Constitucional n.º 1, art. 18, § 1.º:

“Lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder de tributar”.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 245-260, 1972

Essas normas gerais de direito tributário, únicas que podem regular as limitações constitucionais do poder de tributar, encontram-se especialmente na Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), cuja ementa é:

“Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios”.

O Código Tributário Nacional surgiu como lei ordinária, porque, na época, desconhecia nosso direito constitucional a figura da lei complementar, com posição hierárquica inferior à Constituição Federal, mas superior a quaisquer leis ordinárias.

Atualmente, o Congresso Nacional somente pode dispor sobre normas gerais de direito tributário, através de lei complementar. Em outras palavras: para revogar qualquer dos dispositivos do Código Tributário Nacional, o Congresso Nacional precisará de editar lei complementar, “ex vi” do art. 18, § 1.º, da Emenda Constitucional n.º 1.

Ora, assim como tem caráter constitucional toda norma que somente possa ser revogada por emenda constitucional, assim tem força de lei complementar toda norma que exija lei complementar para a sua revogação.

Daí a consequência: O Código Tributário Nacional tem força de (vale como) lei complementar.

Já que a Constituição não define, nem dá elementos para a conceituação de “produto industrializado”, há de se buscar o conteúdo dessa expressão no Código Tributário Nacional que, por valer como lei complementar, constitui diploma legal que, na hierarquia das leis, se encontra abaixo da Constituição, mas acima de quaisquer leis ordinárias, ainda que federais.

“... o C.T.N., como já acentuamos, embora simples lei ordinária, porque, ao tempo de sua publicação, a Constituição não estabelecia processo legislativo especial para aprovação das leis complementares, do caráter destas se reveste” (BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro, 3a. ed., Rio, Forense, 1971, p. 115).

Ainda, porém, que (para argumentar, tão somente) se considere o Código Tributário Nacional com o valor de mera lei ordinária federal, ainda assim ter-se-á de lhe reconhecer a superioridade sobre quaisquer decretos.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 245-260, 1972

Considerando que o Código Tributário Nacional define “produto industrializado” e considerando o seu valor de lei complementar ou, pelo menos, o de lei ordinária nacional, força é concluir que constitui erro construir-se o conceito de “produto industrializado” com elementos extraídos de decretos, ainda que federais.

Nenhuma norma constante de decreto (notadamente do Regulamento do imposto sobre produtos industrializados) pode modificar, ampliar ou restringir o conceito de produto industrializado, constante do art. 46, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

“Para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou a aperfeiçoe para o consumo”.

Portanto: a resposta à indagação (o fumo em folha é ou não produto industrializado?) há de se dar à luz do Código Tributário Nacional. Jamais à luz de decreto, ainda que federal, ou de norma estadual.

“O § 1.º do art. 18 da Constituição Federal de 1967 diz que lei complementar estabelecerá as limitações constitucionais do poder de tributar.

.....
A lei complementar cortará dúvidas que, na ausência dela, serão resolvidas pela interpretação, segundo as leis ordinárias existentes e interpretação das autoridades, sob revisão judicial constitucionalmente assegurada” (BALEEIRO, Aliomar, op. cit., p. 83)

— III —

CONCEITO AMPLO E CONCEITO RESTRITO DE PRODUTO INDUSTRIALIZADO

Indústria é palavra equívoca. Admite simultaneamente um sentido amplo, a lembrar trabalho, arte, atividade; e outro mais restrito, caracterizado pela transformação.

Em sentido amplo, há de se haver por industrializado todo produto de origem vegetal, destinado a exportação. Isso porque nenhum é exportado sem ser antes submetido a uma ou outra operação: seleção, limpeza, secagem, embalagem, etc.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 245-260, 1972

Mas, na Constituição, a qualidade de industrializado não abrange toda categoria de produtos exportados.

“O imposto de que trata o item II não incidirá sobre as operações que destinem ao exterior produtos industrializados e outros que a lei indicar” (Emenda Constitucional n.º 1, art. 23, § 7.º).

Se, além dos produtos imunes, por revestirem a condição de industrializados por natureza, há os que a lei pode isentar (“e outros que a lei indicar”), forçoso é concluir-se que nem todo produto destinado à exportação é industrializado. E errada é toda interpretação que dê tal amplitude ao conceito que não fique resto, suscetível de isenção por lei complementar (Emenda Constitucional n.º 1, art. 19, § 2.º).

“A palavra **indústria** é empregada em dois sentidos, um estrito e, na terminologia jurídica, exato, e outro, larguíssimo, que abrange a atividade de produção e a de trabalho em produtos ou com produtos. Quando, no art. 23, § 7.º, da Constituição de 1967, se fala de produtos industrializados, de modo nenhum se pode pensar em senso largo, porque os dois conceitos estão inclusos, porém com o propósito diferenciador (produtos industrializados, produtos não-industrializados). O adjetivo **industrializados** alude à transformação do produto” (PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969, 2a. ed., S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1970, t. II, p. 516)

— IV —

O ARGUMENTO DO INCENTIVO À EXPORTAÇÃO

A tese do acórdão-padrão (o fumo em folha é produto industrializado) repousa, substancialmente, sobre dois fundamentos: um de ordem econômica, outro de ordem jurisprudencial.

O primeiro lança raízes no esforço desenvolvimentista nacional, que tem na diversificação da pauta de exportações e no alargamento do comércio internacional a indispensável fonte de recursos para o balanço de pagamentos. Quando a União procura promover a saída de nossos produtos, e disputa as preferências do mercado internacional, não é possível atender aos interesses fazendários locais, que se chocam com aqueles, sabido que não se exporta imposto.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 245-260, 1972

Se procedesse o argumento, toda e qualquer operação de saída para o exterior deveria ser imune ao ICM, e não apenas os “produtos industrializados”, como quer a Constituição. E a União deveria extinguir o imposto de exportação ...

É falho o silogismo, do ponto-de-vista lógico, porque a premissa é insuficiente para a conclusão. Não se nega a premissa. Nega-se que ela possa conduzir à conclusão. É que não basta constatar que a Nação se empenha em gigantesco esforço desenvolvimentista, no qual o incremento das exportações constitui item importante, para concluir que o legislador federal tenha querido ou queira incentivar as exportações, quaisquer que sejam e a qualquer preço. A regra constitucional da imunidade, da qual o acórdão extraiu o argumento, se limita a impedir a incidência do tributo sobre as operações que destinem ao exterior produtos industrializados.

E restringe-se a imunidade aos produtos industrializados porque a Constituição quer incentivar a exportação de mão-de-obra, e não de matérias-primas.

No mercado internacional, os produtos primários tendem a diminuir de preço, ao contrário dos industrializados. Daí o círculo vicioso em que se encontram os países subdesenvolvidos, que exportam produtos primários, cada vez menos valiosos, e são obrigados a importar produtos industrializados, cada vez mais caros. Como romper o círculo vicioso, em prol do desenvolvimento? Incentivando-se a exportação, não de quaisquer produtos, mas dos industrializados. E é isso o que está na Constituição.

Nota: A afirmação de que a relação de trocas tende a piorar para os países de produção agrícola deve-se aos economistas RAUL PREBISCH e HANS SINGER. Diz o primeiro:

“As mesmas razões que explicam a disparidade com que aumenta a procura interna de produtos primários nos nossos países, comparada com a de produtos manufaturados e serviços qualificados, conforme aumenta a renda por habitante, manifestam-se também no âmbito internacional, embora com características particulares. Por um lado, a população dos grandes centros que adquirem produtos primários latino-americanos, cresce com maior lentidão que a dos nossos países, e isso influi sobremaneira na lentidão da procura. Por outro lado, a elasticidade da procura de alimentos é menor naqueles países do que entre

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 245-260, 1972

nós, como também é menor a da procura de matérias-primas, devido às transformações técnicas, que diminuem ou eliminam o emprego de matérias-primas naturais, ou as utilizam melhor.

A todos estes fatores espontâneos que contribuem para a menor procura de produtos primários, juntam-se o recrudescimento das medidas restritivas que limitam ou proíbem a entrada desses produtos nos grandes centros industriais, bem como as conseqüências adversas, para a produção dos países em desenvolvimento, da liquidação de excedentes nos mercados mundiais, a preços inferiores aos do mercado interno". (PREBISCH, Raul. *Dinâmica do Desenvolvimento Latino-Americano*, Rio, Ed. Fundo de Cultura, 1964, p. 85-6)

A piora da relação de trocas é negada por EUGÊNIO GUDIN (*Análise de Problemas Brasileiros*, Rio, Agir 1965, p. 190 e ss.) e discutível para GUNNAR MYRDAL (*Solidariedad o Desintegración*, México, Fondo de Cultura Económica, 1956, n. 307). Este último informa:

"Un estudio de las Naciones Unidas ha aventurado la generalización que desde los finales del siglo XIX hasta los inicios de la Segunda Guerra Mundial hubo una tendencia a la baja de precios en los artículos primarios que exportaban los países subdesarrollados, en relación con los precios de los productos manufacturados que importaban, con el resultado de que, como promedio, al final de este período — que fue en los últimos años de la Gran Depresión —, una cantidad dada de los primeros sólo podía pagar un 60% de la cantidad de los últimos que podía comprar al principio del período. Esta cifra ha sido ampliamente citada como un índice de la deterioración de las relaciones de intercambio de los países subdesarrollados durante este período" (Op. cit., p. 306).

CELSO FURTADO denomina o fenômeno de "perda de dinamismo da procura de produtos primários exercida sobre os mercados internacionais". E explica:

"A constatação empírica do fenômeno foi completada por formulações teóricas que projetaram luz sobre

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 245-260, 1972

vários aspectos do problema. Assim, ao eliminar as condições de uma análise estática e considerar os efeitos da elevação da renda per capita sobre a composição da procura, constatou-se a influência da lei de Engel sobre a evolução do comércio mundial. Se a elasticidade-renda da procura de gêneros alimentícios é relativamente baixa, não cabe esperar que as importações desses produtos, pelos países industrializados, cresça com intensidade. Pelo contrário: tais importações deverão constituir uma fração declinante do dispêndio dos referidos países. Mais significativos ainda são os efeitos do progresso técnico sobre a procura de matérias-primas. Do lado da oferta destas cabe ter em conta o progressivo aparecimento de produtos sintéticos, bem como o crescente aproveitamento de subprodutos. Do lado da procura, deve-se ter em conta a eficácia crescente no uso das matérias-primas, que permite reduzir o insumo destas por unidade de produto final. Por último, o avanço da tecnologia se realiza de tal forma que os fatores de produção primários (terra e mão-de-obra) tendem a ser substituídos por capital, o que permite aos países industrializados corrigir, na forma que lhes convém, sua própria constelação de fatores". (FURTADO, Celso. *Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico*, 3a. ed., S. Paulo, Companhia Editora Nacional, 1969, p. 187-8)

ROBERTO DE OLIVEIRA CAMPOS, antes da Constituição de 1967, já apontava os incentivos à exportação de produtos manufaturados como resposta à queda de preços dos produtos primários, no mercado internacional, ao lado de outras soluções, como a diversificação das exportações:

"O emancipacionista escravizado é um maníaco da autodeterminação e da auto-suficiência de si próprio. A sua área preferida de gesticulação verbal é a balança cambial. O seu tema preferido, o de que exportamos cada vez mais e recebemos cada vez menos, se isolado do contexto das relações comerciais entre países pobres e países ricos, facilmente conduz a uma profunda irritação contra os segundos. A queda de preços de produtos primários no mercado internacional (o grifo é nosso) é olhada não como uma infeliz contingência do mercado, a ser corrigida pelo método ra-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 245-260, 1972

cional de acordos sobre produtos de base e diminuição do absurdo protecionismo agrícola de alguns países industrializados, senão que como um sinistro complô dos países desenvolvidos, para manter escravizados os países pobres. Incapaz de recomendar medidas práticas, o emancipacionista escravizado se limita a um protesto emocional. É o grau de irritação do emancipacionista que determina também o grau de sua escravização. Na sua luta contra a exploração, ele se esquece de que poderia contornar a situação negociando acordos para a comercialização de produtos primários, ou cuidando de diversificar a exportação, incluindo produtos novos na pauta antiga e, tanto quanto possível, forçando a exportação de produtos manufaturados". (CAMPOS, Roberto de Oliveira. "A Técnica e o Riso", Edições Apec., 1966, p. 74-5)

— V —

O ARGUMENTO JURISPRUDENCIAL.

O segundo argumento do acórdão-padrão assenta nos precedentes do Supremo Tribunal em casos apontados como análogos. Com o acréscimo das decisões publicadas mais recentemente, temos que foram consideradas imunes:

- a carne congelada (Rev. Trim. de Jurisp. 52/141);
- o açúcar demerara (RTJ, 52/210);
- o camarão descabeçado, classificado, cozido em salmoura, congelado a 25 graus abaixo de zero, e acondicionado em envoltórios atérmicos (RTJ, 50/29);
- a madeira serrada (RTJ, 56/394);
- o farelo de amendoim (RTJ, 52/283);
- o peixe vivo, ornamental, pescado, criado, selecionado e condicionado em água com adição de oxigênio e tranquilizantes nos envoltórios plásticos, para exportação por via aérea (RTJ, 56/134); e
- a folha de chá (RE n.º 67.993, in Diário da Justiça da União, edição de 3/11/1969).

Parece evidente, porém, que dessa listagem não se pode induzir haver o Pretório Excelso firmado a regra de que todo produto destinado à exportação é industrializado.

O que, sim, se pode concluir da leitura dos acórdãos citados é a existência de dois princípios a orientar o intérprete:

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 245-260, 1972

- a) Deve ser considerado industrializado todo produto sujeito ao imposto sobre produtos industrializados;
- b) Ainda que não tributados pelo IPI, estão imunes ao ICM, na exportação, os produtos industrializados. (Contempla-se, aqui, a hipótese dos produtos que, por revestirem a condição de industrializados, poderiam ser tributados pelo IPI)

Os dois princípios podem e devem ser aplicados. Mas não levam à inclusão do fumo em folha na categoria dos produtos industrializados.

Quanto ao primeiro: seria contraditório nosso sistema jurídico se o mesmo produto fosse considerado industrializado para o efeito de sujeição ao IPI e não-industrializado para o efeito de sujeição do ICM, na exportação. Usar-se-iam dois pesos e duas medidas, para prejudicar o contribuinte nas duas hipóteses. Além disso, o Ato Complementar n.º 35, de 28/2/1967, estabeleceu:

"Art. 7.º — Nos termos do § 5.º do art. 24 da Constituição de 24 de janeiro de 1967, o imposto sobre circulação de mercadorias não incide sobre os produtos industrializados, quando destinados ao exterior.

§ 1.º — O disposto neste artigo aplica-se às mercadorias sujeitas ao imposto sobre produtos industrializados, segundo as especificações constantes da tabela anexa à Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, alterada pelo Decreto-Lei n.º 34, de 18 de novembro de 1966".

É ponto pacífico, no presente caso, que o fumo em folha não está sujeito ao IPI, já que se enquadra na posição 24.01 (fumo bruto ou não elaborado). Como se animais vivos, o fumo em folha consta da tabela para ser expressamente declarado não sujeito à tributação.

Quanto ao segundo princípio revelado pelo Supremo Tribunal Federal: se o produto é verdadeiramente industrializado, não se lhe pode negar essa qualidade pelo simples fato de não ser tributado pelo IPI. A norma constitucional é auto-executável. Não pode, portanto, ser limitada por lei ordinária.

Mais ainda: pode ocorrer que o legislador ordinário exclua a incidência do IPI por insuficiência de consumo interno. Exatamente nesses casos, há maior interesse na exportação. Ora, se apenas os produtos sujeitos ao IPI estivessem imunes ao ICM, na exportação, dificultar-se-ia a venda, no exterior, exatamente daqueles produtos cuja exportação deve ser incentivada, porque insuficiente o consumo interno.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 245-260, 1972

É inaplicável, porém, este princípio ao fumo em folha pela simples razão de que ele não é produto industrializado. Não se enquadra no conceito expresso pelo art. 46, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

Pode-se, por inferência, concluir que o fumo em folha é produto industrializado, em face da relação feita pelo Supremo Tribunal Federal?

Parece-nos evidente que não, pois, de todos os produtos indicados pelo Pretório Excelso, o único que se assemelha ao fumo é a folha de chá.

Efetivamente, não há parentesco entre o fumo em folha e a carne congelada, ou o açúcar demerara, ou o camarão rosa, ou a madeira serrada, ou o farelo de torta de amendoim.

Há, sim, semelhança com a folha de chá. Esta, porém, pôde ser considerada produto industrializado porque, embora submetida a operações singelas, foi aperfeiçoada para o consumo (Cód. Tributário Nacional, art. 46, parágrafo único). Perdeu a sua condição de matéria-prima. Isso, porém, não ocorre com o fumo em folha, que não adquiriu, ainda, aptidão para o consumo, que mantém a sua condição de matéria-prima. O fumo em folha exportado será submetido a operação de industrialização posteriormente, no estrangeiro, onde será elaborado o cigarro, o charuto, a cigarrilha, esses, sim, bens aperfeiçoados para o consumo.

— VI —

FUMO EM FOLHA

Para que exista a imunidade, não basta que se trate de produto destinado à exportação. É preciso que se trate de produto industrializado.

Como tal, somente pode ser considerado:

- a) o produto sujeito ao IPI OU
- b) que se enquadre no conceito do art. 46, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

O fumo em folha não está sujeito ao IPI. Já na inicial da ação, declarou a Recorrente que ele se enquadra na posição 24.01, que não é tributada.

Só nos resta, portanto, verificar se as operações a que é submetido levam-no a enquadrar-se no conceito do art. 46, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 245-260, 1972.

A Delegacia da Receita Federal de Porto Alegre publicou recentemente uma obra intitulada "FUMO — Aspectos Sócio-Econômicos", elaborada por um Grupo de Estudos Especiais, constituído pelos Agentes Fiscais Adelmir Grendene, Ernesto Rossa, José Borges, e pelo estatístico Nilva de Lema. Nessa obra se descrevem todas as operações a que é submetido o fumo, para a fabricação de cigarros. Tais operações foram divididas em três fases distintas:

"1.^a) Participação direta no setor agrícola. Como já foi exposto em outro capítulo do presente trabalho, as empresas fabricantes de cigarros prestam assídua e constante assistência técnica e financeira aos plantadores de fumo

"2.^a) Preparação da matéria-prima. Nesta fase, ainda pré-industrial, a indústria recebe o fumo adquirido e o armazena em grandes depósitos, após um processo de esterilização das folhas, classificando-o segundo especificações técnicas de padrão e qualidade, sendo este estágio de muita importância, pois nele se processa a total eliminação de resíduos de água. Segue-se o enfardamento das folhas e o empilhamento dos fardos em ambiente com temperatura superior a 20 graus centígrados, a fim de evitar umidade e mofo, onde há um descanso de 6 a 12 meses. Vencido esse período, as folhas são submetidas a provas e especificações, sendo após encaminhadas à fábrica.

"3.^a) Industrialização. Nesta última fase do sistema operativo, na qual se compreende o fabrico propriamente dito, salienta-se a grandeza do complexo de máquinas e aparelhamento técnico, nos moldes da avançada tecnologia mecânica, constituindo-se numa linha de produção totalmente automatizada.

"Vários são os estágios de transformação da matéria-prima exigida por esse tipo de indústria, quais sejam:

- separação das folhas em vêm em manilhas (conjunto de folhas amarradas pelo pêndulo);
- retirada da nervura principal, o talo, cuja conservação provocaria um certo gosto amargo;

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 245-260, 1972

— seleção. Neste estágio se observa grande perda (20 a 30%) de resíduos. Os resíduos se desviam para um processo de trituração e tratamento químico, de modo a serem aproveitados em pequena percentagem de mistura ao produto;

— umedecimento em vasto recipiente, por banho de vapor;

— corte, por meio de lâminas-guilhotinas, e desfiamento;

— secagem do fumo já desfiado, em temperatura de 60 graus centígrados, visando a destruir as enzimas eventualmente existentes no produto, cuja permanência causaria a fermentação e conseqüente desvalorização do produto final;

— resfriamento;

— peneiramento. Neste processo há perda de 25% em pó e outras impurezas;

— aromatização do fumo por meio de pulverização;

— mistura de diferentes tipos de fumo, segundo a classe do produto que se pretenda;

— elaboração do cigarro. Neste último estágio se acoplam distintos aparelhos mecânicos que processam o invólucro de papel, de forma cilíndrica, recebem o fumo em porção pré-estabelecida, consoante o tipo de cigarro em fabricação, são distribuídos em número de 20 unidades, aluminizados, encarteirados, selados, celofanados, não sem antes lhes serem adicionadas as ponteiros de filtro quando for o caso), após o que empacotados, de dez em dez maços, e, enfim, acondicionados em caixas retangulares com capacidade para 50 pacotes (um milheiro de cigarros). Eis o produto acabado, para consumo”.

Pergunta-se: as operações acima descritas, correspondentes à 2a. fase, isto é, à da preparação da matéria-prima, constituem um novo produto, industrializado?

A resposta se há de buscar no art. 46, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, que nos devolve a pergunta, indagando:

1. Essas operações a que foi submetido o fumo lhe modificaram a natureza? Parece-nos evidente que não. Fumo em folha

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 245-260, 1972

era. Fumo em folha é. No caso concreto, os próprios documentos de expedição informam tratar-se de “... fumo, ou tabaco em folha”, e, às vezes, ainda “com talo”.

2. Essas operações modificaram a finalidade do produto? Evidentemente não.

3. Essas operações o aperfeiçoamento para o consumo? Que tenha havido aperfeiçoamento não se nega. O que se nega é que tenha havido aperfeiçoamento para o consumo. Não haja dúvida a respeito, pois há um conceito legal de consumo, “assim entendida a venda do produto ao público” (Código Tributário Nacional, art. 74, inciso V). Aperfeiçoar para o consumo é, portanto, pôr o produto em condições de ser vendido ao público. O fumo em folha, por ser matéria-prima, não pode, enquanto tal, ser aperfeiçoado para o consumo. Esse aperfeiçoamento somente pode sobrevir depois de alterada a sua natureza, quando transformado em cigarro, charuto ou cigarrilha. E é por isso que o empacotamento pode ser havido como operação de industrialização do cigarro: porque o aperfeiçoa para o consumo, isto é, cria condições, antes inexistentes, para a venda ao público.

Verifica-se, assim, que antes e depois dos cuidados destinados à conservação de suas propriedades, o fumo em folha constitui matéria-prima, sem que sua natureza se tenha alterado, sem que sua finalidade tenha mudado e sem que se tenha aperfeiçoado para o consumo.

Qual a matéria-prima que dá lugar ao fumo em folha exportado? Não é o próprio fumo em folha? Mas será lícito admitir que o fumo em folha é a matéria-prima do fumo em folha?

AMÂNCIO JOSÉ DE SOUZA NETTO, insurgindo-se contra os que pretendem dar ao art. 46, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, uma interpretação demasiado ampla, que leva a considerar industrializado praticamente qualquer produto, procurou exemplos para demonstrar os absurdos a que ela conduziria. E — é interessante observar — os que lhe ocorreram foram o da amêndoa de cacau e o do fumo! Textualmente:

“A regra geral consignada no art. 46, parágrafo único do Código Tributário Nacional, definidora do que seja produto industrializado, dada a generalidade e amplitude dos seus termos, há de ser encarada relativamente. Doutra forma, poder-se-ia, por exemplo, concluir que a amêndoa de cacau é um produto industrializado, pois ela resulta de uma série de operações

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 245-260, 1972

de beneficiamento (colheita do fruto, descascamento, fermentação da polpa, estufagem da polpa, secagem do caroço), cujo objetivo é, exatamente, aperfeiçoá-la para o consumo, o mesmo ocorrendo com o fumo, cuja folha sofre uma série de processamentos (colheita, fermentação, secagem, manocagem, etc...), até se tornar apta para o consumo". (SOUZA NETTO, Amâncio José de. "O Imposto Único sobre Minerais e a Reforma Constitucional de 1969", in *Rev. de Dir. Público*, 1970 v. 13, p. 182)

Também ALIOMAR BALEEIRO, ao dar exemplos de produtos não-industrializados, cita o cacau. Textualmente:

"Parece-nos inexata a inteligência de que o I. C. M. só não incidirá sobre os produtos industrializados que "a lei determinar". Esta cláusula rege apenas "e outros", isto é, os produtos não industrializados, matérias-primas ou mercadorias primárias que tradicionalmente se destinam, na maior parte, ao mercado externo, como café, minerais, cacau, couros e peles, algodão, etc.". (Aliomar BALEEIRO. "Direito Tributário Brasileiro, 3a. ed., Rio, Forense, 1971, p. 206-7)

A exemplificação do eminente financista nos alerta para um aspecto de grande importância, para a solução da presente controvérsia: o fato de o produto primário ou a matéria-prima serem submetidos a diversas operações, antes de remetidos para o estabelecimento que os irá industrializar, não os transforma *ipso facto* em produtos industrializados, para os efeitos da imunidade na exportação.

Da lição transcrita também se observa que ALIOMAR BALEEIRO aos produtos industrializados opõe, de um lado, as mercadorias primárias e, de outro, as matérias-primas. Ora, é incabível que o fumo em folha constitui matéria-prima, não podendo portanto, ser havido como "produto industrializado".

Ao conceder a segurança, disse o MM. Juiz de 1a. instância:

"E OBSERVE-SE que, se o produto em referência, porventura, na exportação, estivesse acondicionado em embalagem destinada à sua apresentação, restaria tributado pelo I.P.I., posto que constante da Tabela Anexa à Lei n.º 4.502, de 30/11/1964, na posição 24-02-5. O simples fato de não apresentar-se acondicionado é que impede a incidência do tributo federal".

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 245-260, 1972

Data venia, a hipótese de apresentar-se o fumo em folha acondicionado em embalagem destinada à sua apresentação é absurda, exatamente por se tratar de matéria-prima e não de produto aperfeiçoado para o consumo, isto é, de produto industrializado. Jamais passaria pela cabeça de um exportador a idéia de remeter minério de ferro embalado em caixinhas destinadas a melhorar sua apresentação ... Igual idéia tampouco jamais terão os exportadores de fumo em folha ...

Data venia, é totalmente impertinente a afirmação (também constante da sentença de 1a. instância) de que não se exporta imposto. Em primeiro lugar, porque não se pode a priori excluir a possibilidade de repercussão do tributo. Os países que exportam em condições de monopólio ou quase monopólio seguramente exportam impostos. Em segundo lugar, porque a impossibilidade de repercussão não é causa de exclusão do tributo. E em terceiro lugar, porque se trata de argumento que prova demais, já que levaria a se declarar a imunidade em toda e qualquer exportação, fosse ou não industrializado o produto. Na verdade, o que pode ocorrer é que os preços vigorantes no mercado internacional não permitam a exportação, se onerado o exportador pelo ICM. A isso, porém, tem atendido o Estado do Rio Grande do Sul, ora isentando, ora reduzindo a base de cálculo do ICM, na saída de produtos para o exterior, inclusive o fumo em folha.

Na realidade, tão pacífica é a conceituação do fumo em folha como matéria-prima não industrializada que os Secretários da Fazenda dos Estados e do Distrito Federal, reunidos em Brasília em 30 de março do corrente ano, por convocação do Ministro da Fazenda, resolveram celebrar convênio, por força do qual ficou o Estado de Minas Gerais autorizado a conceder isenção do Imposto sobre Circulação de Mercadorias nas saídas de fumo em folha destinado à exportação para o exterior (doc. nos autos). Sabido que a exportação de produtos industrializados está imune à incidência do ICM, percebe-se claramente que, permitindo a isenção do fumo em folha na exportação, implicitamente reconheceu-se a incidência do tributo, dada sua condição de produto não-industrializado.

Data venia dos que pensam diferentemente, o acórdão recorrido pôs a questão nos seus devidos termos, ao dizer:

"Da forma como o quer a impetrante, chegar-se-á a uma conclusão absurda a respeito do texto constitucional, o qual se tornaria até inócua, pois é curial que todos os produtos de origem vegetal sejam submetidos

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 245-260, 1972

a uma ou outra operação para serem colhidos e exportados: seleção, limpeza, secagem, descasque, debulha, imunização, etc.

Desse modo, toda a produção agrícola haveria de estar nas saídas para o exterior, a coberto da regra de não-incidência tributária, certo que produto vegetal algum é arrancado da terra e exportado no mesmo estado em que a natureza os apresenta" (fls. 56).

Porto Alegre, 26 de novembro de 1971.

José Maria Rosa Tesheiner
Coordenador da Unidade de
Defesa Judicial

Jorge Arthur Morsch
Dirigente da Equipe
de Assuntos Tributários

JURISPRUDÊNCIA

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 245-260, 1972.

**Agravo de Petição N.º 17.394 — Terceira Câmara Cível —
Porto Alegre**

I. C. M. TIJOLOS E TELHAS.
— Incidência do Imposto de Circulação de
Mercadorias sobre tijolos e telhas.
Mandado de segurança denegado.

ACÓRDÃO

Acordam, unanimemente, em 3.^a Câmara Cível, negar provimento ao agravo de petição, de conformidade com as notas taquigráficas em anexo, pagas as custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o Exmo. Sr. Des. **Bonorino Buttelli**.

Pedro Soares Muñoz
Presidente e Relator
Paulo Boeckel Velloso

RELATÓRIO

O Presidente Des. Pedro Soares Muñoz — Relator — Adoto como primeira parte do relatório o da sentença, que passo a ler: (leu a fls. 70).

Por essa sentença foi denegada a segurança e condenado o impetrante a pagas as custas. O fundamento principal da denegação do "writ" residiu na tese de que manifesta é a sem-razão do impetrante ao querer eximir-se do Imposto sobre Circulação de Mercadorias por estar pagando o imposto único sobre minerais. A fabricação de tijolos e telhas distingue-se nitidamente da operação de tratamento de minerais, tanto no entendimento legal quanto do ponto-de-vista técnico.

Inconformado, recorreu o impetrante alegando, em síntese, que tijolos e telhas são obtidos com o beneficiamento do barro ou argila pelos processos de tratamento especificados no art. 1.º, § 2.º, II, do Decreto n.º 66.694, de 1970, estando assim sujeitos apenas à incidência do imposto único sobre minerais, "ex vi" do art. 21, IX, da Constituição da República.

Sustenta que esse entendimento já foi consagrado por sentença do Juiz Federal da 2.ª Vara do Distrito Federal e por acórdão da 3.ª Turma do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, prolatado por maioria com a seguinte ementa: "Fabricante de tijolos, telhas (cerâmicas e olarias). Trata-se de produtos de extração "in natura", mediante beneficiamento mecânico ou aglomeração por briquetagem, nodulação, pelotização e sinterização, segundo claramente previsto no Decreto-lei n.º 334, de 12/10/67, art. 1.º e parágrafo único. Incidência exclusiva do imposto único sobre minerais, com exclusão de qualquer outro tributo federal, estadual ou municipal. A exigência feita pelo Fisco, além do citado imposto único, de mais impostos sobre produtos industrializados e de circulação de mercadorias, constitui evidente bitributação, vedada pela Carta Maior".

O recurso foi contra-arrazoado pela Consultoria-Geral do Estado.

Com arrimo no art. 21, IX, da Constituição da República, no art. 2.º, § 5.º, do Decreto-lei n.º 1.038, de 21/10/69, e no art. 4.º do Decreto n.º 66.694, de 11/6/70, que aprovou o regulamento do IUM, salienta o Estado do Rio Grande do Sul que a incidência única e exclusiva desse tributo abrange apenas a fase anterior à industrialização da substância mineral. Uma vez industrializado, o produto resultante estará sujeito, se for o caso, aos impostos que recaem sobre a produção e a circulação de mercadorias.

Alega o representante do Fisco Estadual que essa é a hipótese dos tijolos e telhas, cujos processos de fabricação devidamente evidenciados, através de pareceres do Instituto Tecnológico do Rio Grande do Sul e do Departamento Nacional da Produção Mineral do Ministério de Minas e Energia, importam na transformação de matérias-primas (geralmente argilas siltosas e ferruginosas, de cozimento vermelho) num produto acabado, pronto para o consumo, com forma, dimensões e características mecânicas definidas. Durante a elaboração industrial, processam-se na matéria-prima profundas modificações químicas e físicas, de ma-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 263-268, 1972

neira que o produto acabado apresenta uma natureza química e propriedades físicas diferentes daquelas que possui a matéria-prima.

Mantida a sentença pelo Dr. Juiz "a quo", emitiu parecer, nesta instância, o Dr. Procurador da Justiça, no sentido do desprovimento do recurso.

É o relatório.

V O T O

O Presidente Des. Pedro Soares Muñoz — Relator — A preliminar da ilegitimidade passiva do Exator Estadual de Canoas para figurar no "mandamus" como autoridade coatora não foi apreciada na sentença recorrida. Essa omissão não apresenta relevância porque a Fazenda Estadual se fez presente no processo pelos seus órgãos específicos de defesa judicial, com o que tornou superada a preliminar.

O Des. Paulo Boeckel Velloso — De acordo.

O Des. Bonorino Buttelli — De acordo.

O Presidente Des. Pedro Soares Muñoz — Relator — Considero que a controvérsia pode ser decidida em mandado de segurança. Os fatos são certos. O impetrante fabrica tijolos e telhas. O processo dessa fabricação é conhecido e se acha demonstrado nos autos por pareceres técnicos de alto gabarito e idoneidade.

Sustenta o impetrante que telhas e tijolos de uso na construção civil são substâncias minerais sobre os quais incide o IUM, enquanto que a pretensão do fisco estadual se escuda na alegação de que a fabricação desses produtos não constitui processo de tratamento ou de beneficiamento, mas processo industrial definido, do qual emergem produtos de natureza diversa da matéria-prima, quer em sua composição, quer em seu aspecto físico, quer em sua destinação, isentos por isso do imposto único sobre minerais, porém sujeitos ao ICM.

O impetrante anexou à petição inicial comprovante de que pagou o imposto único sobre minerais no mês de abril do corrente ano, relativamente a 1.204 toneladas de barro (fls. 11).

Tudo está em saber se os tijolos e telhas fabricados com essa matéria-prima continuam sendo barro e assim mineral sujeitos ao respectivo imposto único e exclusivo. Dispõe o art. II, §

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 263-268, 1972

5.º, do Decreto-lei n.º 1.308, de 21/10/69: "A incidência do imposto único é restrita à fase anterior à industrialização e não exclui a dos impostos sobre a produção e a circulação de produtos industrializados, inclusive serrados, polidos ou lapidados, obtidos de substâncias minerais".

De seu turno, o art. 1.º do mencionado Decreto-lei considera como operações de tratamento que não excluem a incidência do imposto único:

1.º) Os processos de beneficiamento realizados por fragmentação, pulverização, classificação, concentração, inclusive por separação magnética e flotação, homogeneização, desaguamento, inclusive secagem, desidratação, filtração e levigação;

2.º) Os demais processos de beneficiamento de que não resulte modificação essencial na identidade dos minerais, ainda que exijam adição de outras substâncias;

3.º) Os processos de aglomeração realizados por briquetagem, ondulação, sinterização e pelotização.

Desses processos interessa examinar o último, eis que a tese do impetrante se radica na assertiva de que a fabricação de tijolos e telhas se faz por processos de aglomeração realizados por briquetagem, modulação, sinterização e pelotização.

O Instituto Tecnológico do Estado conceitua esses processos da seguinte maneira:

1.º) Entende-se por briquetagem a produção de briquetes na recuperação de finos de materiais. Exemplificamos com a recuperação de finos de carvão. Na elaboração e beneficiamento de carvão e coque, se produz uma notável fração de material pulverulento que, como tal, não pode ser aproveitado. Estes finos são misturados a um aglomerante adequado (Ex. betume), moldados em tabletes de tamanho e forma variados, que possuem o nome de briquetes, os quais oferecem a maioria das aplicações do próprio carvão;

2.º) Entende-se por pelotização a produção de pelotas na recuperação de finos de minérios. Exemplificamos com a recuperação de minérios de ferro. Na mineração, transporte e moagem de minérios de ferro, se produz uma apreciável fração de finos que, como tal, não podem ser aproveitados nos processos metalúrgicos. Estes finos são aglomerados em forma de pequenas esferas (pelotas) por meio de um aglomerante adequado ou por sinterização e assim recuperados.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 263-268, 1972

3.º) Entende-se por sinterização um processo de aglomeração por fusão incipiente ou recristalização em elevada temperatura. Este processo tem um grande número de aplicações. Citamos como exemplo a produção de porcelana, metalurgia do pó, produção de crinquer de cimento portland, etc.

E o mesmo parecer, em se referindo à fabricação de tijolos e telhas, esclarece o seguinte: "Os processos e operações aplicadas na produção industrial dos tijolos e telhas não podem ser considerados como processos e operações de tratamento de substâncias minerais. Trata-se de um processo industrial definido e completo de transformação das matérias-primas (geralmente argilas, siltosas e ferruginosas, de cozimento vermelho, num produto acabado, pronto para o consumo, com forma, dimensões, características mecânicas definidas. Durante a elaboração industrial processam-se na matéria-prima profundas modificações físicas e químicas, de maneira que o produto acabado apresenta uma natureza química e propriedades físicas diferentes daquela que possui a matéria-prima" (fls. 44 e 45).

Coincidem com esse parecer vários outros pronunciamentos técnicos anexados ao processo (fls. 48 a 65), dentre os quais avulta o do Departamento Nacional da Produção Mineral (fls. 46 a 47), órgão a quem o Decreto n.º 66.694, de 11 de junho de 1970, art. 1.º, § 3.º, manda que a Secretaria da Receita Federal ouça sobre as dúvidas de conceituação relativas aos processos de tratamento de substâncias minerais.

Portanto, não existindo dúvidas a respeito do processo de fabricação de tijolos e telhas e, bem assim, acerca da natureza industrial desses produtos, inconfundível com a matéria-prima, por esta é devido o I.U.M., e pelas operações posteriores à industrialização incidem os demais impostos, inclusive o I.C.M. sobre as vendas realizadas.

Aliás, esta Câmara, em acórdão unânime da lavra do eminente Des. P. B. Velloso, já decidiu que "o pressuposto para a incidência exclusiva do I.U.M. é que o minério conserve não apenas a aparência como ainda a destinação ou sentido econômico, desde que se tenha submetido ao tratamento de manufatura (inconfundível com o mero beneficiamento), que o torna próprio para o consumo, modificando-lhe o acabamento, a apresentação ou a finalidade (art. 1.º, do Decreto n.º 61.514), já há de ser considerado como produto industrializado, não mais simples minério. Como tal é mercadoria, sujeita ao I.C.M., sempre que se verifique o respectivo fato gerador". (Apelação n.º 5.681)

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 263-268, 1972

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de petição para confirmar a sentença por seus fundamentos.

O Des. Paulo Boeckel Velloso — Sr. Presidente. Efetivamente o tijolo ou a telha não pode ser equiparado, digamos, à mesma situação da laje, extraída da pedreira, do cascalho, extraído do rio, ou da areia, também dele extraída, porquanto uma vez tijolo ou telha já não é mais barro. A situação é irreversível. De qualquer modo, até que se consiga esse produto final, exige-se uma verdadeira operação industrial e por vezes e cada vez mais sofisticada.

Isto é do conhecimento comum, de sorte que repugna até ao bom senso pretender equiparar um ou outro desses produtos a mero mineral, sujeito ao chamado imposto único. Tijolos, como telhas, são produtos industrializados e não estão ao abrigo da referida incidência única, mas devem estar sujeitos ao regime do imposto de circulação quando se verifique fato gerador que justifique a sua imposição.

Daí porque estou de inteiro acordo com o voto de V. Exa.

O Des. Bonorino Buttelli — Também, de inteiro acordo com o voto de V. Exa., nego provimento ao recurso.

O Presidente Des. Pedro Soares Muñoz — A decisão é a seguinte: "Negaram provimento ao agravo de petição".

**Recurso de Revista N.º 7.855 — Câmaras Cíveis Reunidas
Porto Alegre**

Honorários devidos à pessoa jurídica de Direito Público interno, vencedora no litígio. São devidos honorários à Fazenda Estadual, vencedora na causa. O art. 64 do Código de Processo Civil, que estabeleceu o princípio da sucumbência, não contém qualquer restrição ou limitação na sua interpretação. A parte vencida fica obrigada à satisfação dos honorários da parte vencedora. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 268-273, 1972

Acordam, à unanimidade, em Câmaras Cíveis Reunidas, conhecer do recurso e, por maioria de votos, vencidos o Desembargador Bonorino Buttelli e o Juiz Edson Alves de Souza, dar provimento ao recurso para estabelecer como prevalente a tese do acórdão paradigma, fixando os honorários advocatícios em 15%.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além dos signatários, os eminentes Desembargadores Antônio Augusto Uflacker, Pedro Soares Muñoz, Jorge Ribas Santos, Júlio Martins Porto, José Dutra, Bonorino Buttelli, Garibaldi Almeida Wedy e o Juiz Substituto de Desembargador Edson Alves de Souza.

Porto Alegre, 10 de setembro de 1971.

Mário Boa Nova Rosa
Presidente

Emílio Alberto Maya Gischkow
Relator

Bonorino Buttelli
Vencido

Edson Alves de Souza
Vencido

RELATÓRIO

O Des. Emílio Maya Gischkow (RELATOR) — A Egrégia 1.ª Câmara Cível, ao confirmar no tocante ao mérito, a decisão que concluiu pela improcedência da ação que T. C. A. moveu contra o Estado do Rio Grande do Sul, proveu, entretanto, o recurso parcialmente tão-só para o efeito de excluir, da condenação da apelante, o pagamento de honorários advocatícios já que foi o Estado defendido por procuradores judiciais que não percebem honorários e sim vencimentos.

Interpôs o Estado o presente Recurso de Revista, destacando que a decisão sobre a verba honorária divergiu de uma outra da Egrégia 2.ª Câmara Cível que impôs tal condenação, embora tivesse o Estado a procuradoria judicial organizada, por ser efeito de aplicação do princípio de sucumbência, geral incidência em todos os casos e situações.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 268-273, 1972.

Juntou uma cópia autenticada desse acórdão dado como paradigma. O recurso foi admitido e processado.

O Dr. Procurador de Justiça, em seu parecer, entende que claro é o conflito de teses adotadas nos dois pronunciamentos e por isso manifesta-se pelo conhecimento do recurso e por seu provimento, na conformidade da decisão indicada como padrão, a cujos fundamentos se reporta.

É o relatório.

V O T O

O Des. Emílio Maya Gischkow (RELATOR) — Sr. Presidente: tenho que existe a divergência porque o acórdão recorrido estabeleceu como tese fundamental que, tendo a Fazenda funcionários que percebem vencimentos e não honorários, não teria aplicação o princípio da sucumbência.

Embora o acórdão trazido para confronto tenha mais de um fundamento, é bem explícito quando decidiu da seguinte forma:

“Embora o Estado tenha Procuradoria Judicial organizada, o princípio da sucumbência aplica-se a todas as causas em todas as situações. Se o Procurador Judicial do Estado não pode perceber honorários, a condenação em questão deverá ser recolhida aos cofres públicos como renda extraordinária.”

Posteriormente, o acórdão versa a respeito do problema, se seria ou não tributo, se estaria ou não incluído no orçamento.

Mas o confronto, parece-me, diz respeito ao primeiro aspecto da tese. Por esse fundamento conheço do recurso.

O DES. JORGE RIBAS SANTOS — Também conheço, Sr. Presidente.

O DES. JOSÉ DUTRA — Também conheço.

O DES. BONORINO BUTTELLI — Também conheço.

O DES. GARIBALDI ALMEIDA WEDY — Também conheço.

O DR. EDSON ALVES DE SOUZA — Também conheço.

O DES. ANTÔNIO AUGUSTO UFLACKER — Também conheço.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 268-273, 1972

O SR. PRESIDENTE (DES. MÁRIO BOA NOVA ROSA) — Também conheço.

O DES. PEDRO SOARES MUÑOZ — Também conheço.

O DES. JÚLIO MARTINS PORTO — Também conheço.

O DES. EMÍLIO MAYA GISCHKOW — Sr. Presidente: a circunstância de haver participado do julgamento que ensejou o respeitável acórdão-padrão não significa que esteja vinculado à orientação adotada. Mas, “data venia”, entendo que ela é a mais adequada, é a correta e decorre da nova redação dada ao Código de Processo Civil, no seu art. 64, em consequência da lei que instituiu o princípio da sucumbência.

Tenho em mãos, Sr. Presidente e eminentes Colegas Desembargadores, a Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 52, p. 346, em que a 2.^a Turma do Excelso Supremo Tribunal Federal conheceu do recurso e deu provimento para atribuir honorários de advogado à Fazenda, que havia sido vencedora na causa. A hipótese era idêntica à do recurso ora em julgamento. A Fazenda foi vencedora na ação. O autor foi sucumbente e o acórdão submetido ao conhecimento do Pretório Excelso pelo recurso extraordinário interposto havia excluído a verba honorária. A Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu o seguinte: É tranqüila a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o sistema de pagamento dos advogados da União, das autarquias, empresas do Estado e sociedades de economia mista possa interferir para deixar de se aplicar a regra da sucumbência. É que, mantida a coerência, também no caso de advogados das pessoas de direito privado, igual discriminação dever-se-ia recomendar, o que não ocorre”. Essa é a fundamentação do acórdão do Pretório Excelso.

Pretenderia destacar que o argumento do acórdão recorrido, com a devida vênia, a mim não convence, porque o art. 64 do C. P. Civil, que estabeleceu o princípio da sucumbência, não incluiu qualquer restrição, qualquer limitação na sua interpretação. A parte vencida fica obrigada à satisfação dos honorários da parte vencedora.

Assim, Sr. Presidente, dou provimento ao recurso para ter como prevalente a tese do acórdão-paradigma, que é da Egrégia 2.^a C. Cível.

Fixo os honorários na base usual, que é a de 15% sobre o valor da causa.

É o meu voto.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 268-273, 1972

O DES. JORGE RIBAS SANTOS — Quanto à tese ora em apreciação pela colenda Câmara, tinha um ponto-de-vista diverso. Eu era dos que não condenava o vencido numa ação contra o Estado ao pagamento de honorários. Entretanto, retifico essa minha posição e acompanho o eminente Relator, dando provimento ao recurso e fixando os honorários advocatícios em 15% sobre o valor da causa.

O DES. JOSÉ DUTRA — Já tenho voto nesse sentido, Sr. Presidente. Acompanho o eminente Relator.

O DES. BONORINO BUTTELLI — “Data venia”, subscrevo o acórdão recorrido e pelos seus fundamentos mantenho a mesma posição, que é no sentido do descabimento da condenação em honorários no caso em espécie.

O DES. GARIBALDI ALMEIDA WEDY — Acompanho o eminente Relator, com a devida vênia.

O DR. EDSON ALVES DE SOUZA — Sr. Presidente. Com o devido respeito subscrevo o voto do Des. Buttelli e permitir-me-ia acrescentar que me parece que a imposição de honorários em razão da sucumbência tem em vista evitar o desfalque da parte vencedora, desfalque que evidentemente ocorreria se ela, a despeito de vitoriosa no feito, tivesse ainda que pagar o seu patrono. Nessa linha de raciocínio parece-me que, em se tratando de advogado pago pelo Estado independentemente do número de causas em que officiar, perderia a razão de ser a imposição desse ônus ao vencido, porque a parte vitoriosa não sofreria qualquer desfalque, na falta de imposição, uma vez que, qualquer que seja o resultado da causa, o Estado paga igualmente o seu procurador. De outra parte, Sr. Presidente, também me parece que esse ônus imposto ao vencido não tem um significado de punição, mas simplesmente de completar o ressarcimento da parte vitoriosa, ressarcimento que seria incompleto se ela tivesse de pagar ao seu patrono. Com essas considerações, pois, me filio ao voto do eminente Des. Bonorino Buttelli.

O SR. PRESIDENTE (DES. MÁRIO BOA NOVA ROSA) — “Data venia” dos votos em contrário, acompanho o eminente Relator.

O DES. ANTÔNIO AUGUSTO UFLACKER — Sr. Presidente, para a formação de um juízo, é necessário construir um si-

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 268-273, 1972

logismo; estabeleço, como premissa maior para o silogismo, uma de maior amplitude ainda do que aquela que foi lançada pelo eminente Relator, cujo voto acompanho. É que se trata de um princípio processual, o de pôr as partes em situação de igualdade. O Estado comparece em juízo para demandar como se fosse um particular. Salvo naquelas causas restritas em que exercita o “jus imperii”, e assim mesmo ainda cabem restrições ao propósito, o Estado comparece em juízo na mesma posição do particular, em situação de igualdade com ele. De maneira que, se sobre o particular incide o ônus da sucumbência, caso vencido, deve incidir também sobre o Estado. Se o Estado é vitorioso na ação que lhe foi proposta por um particular, o princípio de igualdade das partes impõe que se aplique a regra da sucumbência, no caso, em seu favor. É a mim não impressiona, Sr. Presidente, “data venia”, esta circunstância de serem os profissionais do Estado pagos por verba estadual, independentemente do número de causas em que officiam, quer ganhem, quer percam as causas. Acontece que essa renda constituirá renda eventual do Estado, não prevista no orçamento mas recolhida, como outras rendas eventuais que o Estado recolhe aos cofres públicos.

Nesse sentido sempre mantive minha posição, inclusive nos casos de mandado de segurança, onde se gerou controvérsia e a respeito de cuja ação o Supremo Tribunal Federal tomou posição diferente. Mesmo no mandado de segurança condeno ao pagamento de honorários em favor do Estado.

Acompanho o voto do eminente Relator, pedindo vênia aos eminentes prolores dos votos em sentido contrário.

O DES. PEDRO SOARES MUÑOZ — Acompanho o eminente Relator.

O DES. JÚLIO MARTINS PORTO — Também acompanho o eminente Relator.

O SR. PRESIDENTE (DES. MÁRIO BOA NOVA ROSA) — Recurso de Revista n.º 7.855, de Porto Alegre — Unanimemente, conheceram do recurso e, contra o voto dos eminentes Des. Bonorino Buttelli e Juiz Edson Alves de Souza, deram provimento para acolher os honorários fixados na sentença.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 268-273, 1972

Apelação Cível N.º 15.043 — Segunda Câmara Cível Especial
Porto Alegre

DESAPROPRIAÇÃO.

Carta de aforamento que anotou dimensões do imóvel não prejudicadas por posterior registro referente a concessão originária.

Juros compensatórios devidos a partir da data da imissão de posse.

Correção monetária igualmente devida por haver decorrido prazo superior a um ano entre a data do laudo de avaliação e o julgamento em segunda instância.

Dr. Juiz de Direito da 2.ª Vara da Fazenda Pública, substituto da 1.ª, 1.º apelante; Espólio de H. G., representado por suas herdeiras H. G. J., assistida e L. G. L., 2.º apelante; Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem — DAER, 3.º apelante; O Estado do Rio Grande do Sul, 4.º apelante; o 2.º, 3.º e 4.º apelantes, apelados.

ACÓRDÃO

Acordam, unanimemente, em Segunda Câmara Cível Especial do Tribunal de Justiça, dar provimento parcial à primeira apelação para conceder juros compensatórios a partir da imissão de posse ao espólio réu e negar provimento às apelações “ex officio” e voluntárias do Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem e do Estado do Rio Grande do Sul, 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, 16 de setembro de 1971.

Telmo Jobim
Presidente

José Barison
Relator

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 274-280, 1972

RELATÓRIO

O DR. JOSÉ BARISON — Sr. Presidente, o Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem, autarquia estadual, ajuizou a presente ação contra o espólio de H. G. para, com fundamento nas disposições do Decreto-lei n.º 3.465, de 1941, obter a desapropriação do domínio útil do imóvel que menciona, atribuído ao espólio, declarado de utilidade pública pelo Decreto estadual n.º 12.109, de 1968, e que se destina à construção da nova estação rodoviária. Alegando urgência, pede a imissão provisória na posse sobre o imóvel mediante o depósito da importância de Cr\$ 56.120,00, que oferece como preço certo e justo. Afirma que o terreno não se encontra cadastrado na Prefeitura Municipal, entretanto uma comissão especial de técnicos do próprio DAER promoveu a avaliação, tendo por base o valor venal da área vizinha, à rua Voluntários da Pátria, n.º 1.046. O imóvel desapropriado tem a área de 1.040,88 m² e está localizado à rua Voluntários da Pátria n.º 1.040, fundos.

Efetuada o depósito, o DAER foi imitado na posse do imóvel.

Citado, o espólio ofereceu contestação, representado pelas herdeiras filhas H. G. J. e L. G. L., sustentando que a área expropriada, parte de um todo maior de propriedade e posse das contestantes, se encontra em sua totalidade lançada para pagamento do imposto municipal e receberam o imóvel no inventário procedido por falecimento da mãe, O. G., sendo inventariante H. G. O título foreiro que exibem, averbado no Registro de Imóveis da Primeira Zona, indica o terreno medindo 9,90 metros de frente à rua Voluntários da Pátria, dividido em três partes, totalizando 350 metros de extensão de frente a fundos, embora do título conste a metragem de 132 metros de frente a fundos.

As contestantes afirmam que seus antecessores sempre estiveram na posse mansa e pacífica da totalidade do imóvel, sempre pagando os impostos, com o reconhecimento do próprio Estado ao lhes atribuir a titularidade através da presente ação, e declararam que esse imóvel pertence ao espólio. As disposições do art. 538 do Código Civil indicam, relativamente aos acrescidos, que os mesmos pertencem às expropriadas pela posse que sempre tiveram da coisa principal. O Estado jamais manifestou qualquer intenção de posse e assim decaiu de qualquer direito de domínio ou posse sobre os acrescidos, consumando-se a prescrição aquisitiva em favor das expropriadas. Impugnam o critério da avaliação com base no valor venal, por traduzir avaliação aquém do valor do imóvel. Indicam como critérios aceitáveis o do máximo aproveitamento, o dos valores locativos e a fórmula Harper e

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 274-280, 1972

assim contestam o preço oferecido e requerem a avaliação do imóvel com a indicação de assistente técnico e condenação do autor nos juros desde a imissão na posse, honorários advocatícios e do assistente técnico.

Requereram as expropriadas o levantamento de 80% da importância depositada, juntando documentos. Manifestou-se o DAER contrário à pretensão, afirmando que os títulos juntados de maneira alguma comprovam a propriedade, e a área indicada no título de aforamento está fora da área desapropriada. O levantamento, entretanto, foi deferido, sendo expedido e recebido o respectivo deprecado.

Compromissados o perito e os assistentes técnicos, o espólio ofereceu quesitos, e o perito e assistentes apresentaram os respectivos laudos, indicando o laudo do perito oficial, apresentado em 10 de agosto de 1969, o valor de Cr\$ 112.406,40. O assistente técnico do espólio encontrou para a área o valor de Cr\$ 218.548,80, em laudo datado de 26 de setembro de 1969, e o assistente técnico do DAER avaliou o imóvel em Cr\$ 49.129,95, em data de 18 de novembro de 1969.

O processo foi saneado, sendo, após, determinada a citação do Estado que, entretanto, nada alegou.

A audiência de instrução e julgamento realizou-se sem produção de outras provas e, em debates, as partes reiteraram as alegações anteriormente expostas, pedindo o espólio que fosse considerado o valor da quota de terreno entre Cr\$ 80,00 a Cr\$ 90,00, porquanto o perito oficial atribuiu apenas o valor de Cr\$ 60,00.

O magistrado, após considerar indenizável a propriedade no mais amplo sentido, segundo lição de Pontes de Miranda, e aceitando o laudo do perito oficial, sem qualquer redução, porquanto o perito oficial propôs uma dedução de 20%, considerando que a área desapropriada não tinha saída pelos fundos, e para isso adotou o magistrado o critério avaliativo do máximo e ótimo aproveitamento, julgou procedente a ação, fixando a indenização em Cr\$ 124.896,00, e condenou o DAER ao pagamento de honorários de advogado da parte contrária em 10% sobre a diferença entre a oferta e a indenização fixada. Condenou, ainda, nas custas e honorários dos peritos, arbitrados em 1% sobre o valor da indenização, e recorreu "ex officio".

Intimadas as partes, publicada a sentença, apelou o espólio, tempestivamente, objetivando a condenação do autor ao pagamento de juros compensatórios e na determinação do valor da indenização deve ser considerado o índice 3 de aproveitamento

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 274-280, 1972

da área, como foi aceito em outra ação entre o DAER e a PANAMBRA, sendo que o perito oficial apenas admitiu o índice 2 e que foi aceito pela sentença. E isso importaria em elevar o valor da indenização para Cr\$ 187.358,40; ao menos, entretanto, ainda deve ser admitido o valor indicado pelo assistente técnico que nomeou.

O DAER, inconformado, interpôs também tempestiva apelação, afirmando que pensava, ao propor a ação, fosse o réu proprietário do imóvel, mas não o é, pois trata-se de acrescidos de terrenos foreiros, de concessão do Estado, notando-se que os documentos juntados não se referem à área objeto da ação, e o decreto expropriatório excluiu da desapropriação os terrenos pertencentes ao domínio útil do Estado, não possuindo o espólio de H. G. legitimidade para receber qualquer indenização. Quanto à indenização fixada, merece reforma a sentença, pois excedeu até o exagerado laudo do perito oficial por não considerar a desvalorização de 20% pela razão de que, embora de fundos, o terreno ficará com a frente à Av. Dique, em fase final de obras. Menciona que o critério não é dos mais justos, pois considerou obra em fase final de construção, e complementar a própria terminal rodoviária.

A área desapropriada, incluída no Plano Diretor do Município, há muito tempo tem seu preço de venda praticamente nulo e a valorização da área remanescente já se constitui em polvuda indenização.

O Estado igualmente irressignado ofereceu tempestiva apelação. Sustenta que, de acordo com o título foreiro, a área desapropriada está fora dos limites consignados na carta de aforamento de fls. 39, de conformidade com a planta de fls. 5, pois dista, na parte inicial, mais de 150m da Rua Voluntários da Pátria. Afirma que a sentença decidiu além do permitido, pois na ação só pode ser discutido o preço, resolvendo-se as dúvidas em ação própria. Salienta que o réu admite, além do que está provado, que o domínio útil está fora do terreno aforado e é absurdo pretender a prescrição aquisitiva contra o Estado. Nem há "jus accessionis" em favor de particular, a respeito de terrenos acrescidos em águas públicas, a não ser em casos de correntes que, não sendo navegáveis nem fluviáveis, concorrem para formar outras simplesmente fluviáveis e não navegáveis. Isso de acordo com o Código de Águas. E que as águas do Guaíba são navegáveis é indubitável. Assim, é indevida a indenização ao réu

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 274-280, 1972

que, querendo, deverá provar, em ação própria, seu domínio, para só então levantar o preço, devendo ainda repor a importância recebida.

Recebidos os recursos, apenas foram respondidos pelo réu.

Subiram os autos a esta instância, tendo o Dr. Procurador da Justiça emitido parecer no sentido de que, não transmitido ao espólio de H. G. ou às filhas o domínio útil da área expropriada, não pode prosperar a ação intentada, devendo ser restituída a importância levantada, dando-se provimento às apelações necessárias do DAER e do Estado, julgando-se prejudicada a apelação do réu.

O processo foi à revisão do eminente Dr. Edson Alves de Souza.

É o relatório.

V O T O

O DR. JOSÉ BARISON (RELATOR) — Sr. Presidente. São quatro as apelações: a de ofício do magistrado; a do réu, que pede juros compensatórios e a majoração da indenização, a do DAER, que pede a exclusão do réu, sob alegação de que ao Estado pertence o domínio útil da área expropriada e, ainda, quanto ao valor da indenização, que pretende seja reduzida; e finalmente, a do Estado, que também pretende a exclusão do réu, também por não ser titular do domínio útil.

O valor da indenização para a área de 1.040,88 m² foi fixado na sentença em Cr\$ 124.896,00, valor este que entendo bem fixado, em face do critério adotado pelo magistrado, que é o do máximo e ótimo aproveitamento. Este critério vem sendo adotado pelo Tribunal, como se verifica da Apelação n.º 13.263, da egrégia 1.ª Câmara Cível, em data de 3 de novembro de 1970 e da Apelação n.º 14.780, da colenda 2.ª Câmara Cível, em data de 30 de dezembro de 1960.

O laudo do assistente técnico do DAER não merece sequer apreciação porquanto encontrou o valor de Cr\$ 49.129,95, que é inferior à própria oferta que a inicial consigna, que é de Cr\$ 56.120,00, devendo ser registrado que seria antijurídico aceitar-se importância inferior à oferecida.

De outra parte não merece acolhida a alegação do réu de que em caso idêntico entre o DAER e Panambra o índice adotado foi maior, pois não comprovou a referida alegação.

Assim, quanto ao valor da indenização, mantenho a sentença.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 274-280, 1972

No que respeita à carta de aforamento, à qual se referem as apelações do DAER e do Estado, impugnado a titularidade do domínio útil do réu, deve-se salientar que da referida carta (fls. 39) consta que foi dado a H. G. o aforamento em data de 6 de setembro de 1912, retroagindo, entretanto, o pagamento dos foros a 1910 e sobre o domínio útil de um terreno à beira-rio, sito à Rua Voluntários da Pátria, nesta cidade, com 9,90 m de frente à referida rua e fundos até a face da projetada Rua do Cais, onde tem igual largura, com as confrontações que o documento indica.

Em registro posterior, de 18 de maio de 1925, foram consignadas alterações com relação ao referido terreno para constar "que o terreno constante deste título passa a ter a seguinte divisão, em virtude de aberturas, pela municipalidade, de novas ruas". Assim, segue uma divisão em 3 partes do terreno a que se refere o título original, dando dimensões de frente e de fundos, totalizando a soma dos três, 350 m na confrontação leste.

Posteriormente nova apostila foi registrada no título de aforamento e, de acordo com ela, foi declarado que o terreno constante do presente título mede 132 m de frente a fundos, de acordo com a concessão primitiva.

Acredito que os registros que se encontram na carta de aforamento resolvem a questão relacionada à titularidade do domínio útil e em vez de se excluírem elas se completam, notando-se que está registrada a divisão do terreno em 3 lotes, totalizando a extensão de frente a fundos, de 350 m, e que então iria atingir a parte ora objeto da ação, ao passo que o registro posterior apenas se refere à metragem de 132 m de frente a fundos, de acordo com a concessão primitiva, o que dá a entender que primitivamente era essa a metragem do terreno de frente a fundos. Mas, em face também da averbação procedida em 1925, ficou claramente estabelecido que o terreno tem 350 m e que assim não poderia ser restringido, desde que as confrontações ficaram as mesmas e, agora, através da medição procedida, se verifica realmente que o terreno tem mais de 132m.

O título, portanto, comprova a titularidade do espólio sobre o domínio útil. Desnecessária, assim, qualquer discussão a respeito dos acrescidos, notando-se que já no título original era indicada a localização do terreno à beira-rio e as confrontações de frente a fundos estavam determinadas expressamente à rua Voluntários da Pátria e à projetada Rua do Cais.

Com os registros posteriores pela autoridade competente, a área desapropriada está incluída no terreno de que H. e L. possuem o domínio útil.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 274-280, 1972

Os juros compensatórios são reclamados na apelação do espólio a partir da imissão de posse e são realmente devidos, a partir de 29 de novembro de 1968, data em que se verificou a imissão de posse, e à taxa de 6% ao ano, de acordo com o enunciado da Súmula n.º 164 e a incidir sobre a diferença entre o valor fixado e o preço oferecido, feita a dedução da quantia já levantada.

A correção monetária não foi concedida na sentença e realmente nem era a oportunidade, porquanto a ação foi julgada quatro dias antes de ser completado um ano da data da perícia, nem é postulada na apelação do espólio. Mas é o entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, sendo devida, e devida desde que decorrido um ano da data do laudo até a decisão, portanto, entendo que é de ser concedida a correção monetária a partir da data do laudo do perito oficial, que foi o aceite, sobre a diferença entre a oferta e a avaliação, deduzida igualmente a importância de 80% do depósito, que já foi levantada. E os índices de correção devem ser os vigentes para o reajustamento das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional. Assim já foi decidido pela egrégia 4.ª Câmara Cível na Apelação Cível n.º 11.592 e pela colenda 1.ª Câmara Cível na Apelação Cível n.º 13.263.

Nestas condições, para dar o resultado geral do que foi decidido, dou provimento parcial à segunda apelação, para conceder, ao segundo apelante, juros compensatórios a partir da imissão de posse, e nego provimento à apelação de ofício e à terceira e quarta apelações, respectivamente do DAER e do Estado

É o meu voto.

O DR. EDSON ALVES DE SOUZA: De acordo.

O SR. PRESIDENTE (DES. TELMO BICCA JOBIM) — De acordo.

Apelação Cível n.º 15.043, de Porto Alegre — Deram provimento em parte à segunda apelação, para conceder juros compensatórios a partir da imissão de posse e negaram provimento às demais apelações.

RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 274-280, 1972

ÍNDICE

	pág.
ACUMULAÇÃO DE CARGOS (parecer 1973/CGE) Cargo técnico, para esse efeito, segundo a disposição constitucional vigente, não exige necessariamente, qualificação profissional de grau superior de ensino, ou conhecimento desse nível	129
ADICIONAL DE 15 E 25% (parecer 1986/CGE) É vantagem "ex facto temporis", incorporando-se definitivamente ao vencimento do funcionário. Pode a administração extingui-la a qualquer tempo, mediante lei. ...	124
ADVOGADO EM ROMA, O O advogado, o Jurisconsulto e o Processo Formulário Romano. (Vicente Sobrino Pôrto)	41
APOSENTADORIA COMPULSÓRIA E AUTOMÁTICA (parecer 435/DAJ) Natureza declaratória do ato, operando "ex tunc". Tempo de serviço válido para efeitos da fixação de vantagens proporcionais, só o prestado até a data da implementação legal	199
APOSENTADORIA PUNITIVA (parecer 2002/CGE) O servidor que aposentado punitivamente, continua desempenhando as atribuições do cargo, deve ser equiparado ao funcionário de fato, para efeitos de tratamento pecuniário. Possibilidade de converter, após a aposentadoria, licença-prêmio em tempo de serviço. Interpretação do art. 233 do Estatuto.	115
APOSENTADORIA — PROVENTOS (parecer 86/USE) Servidor contribuinte do I.N.P.S. Aplicabilidade da Lei 5.892/69 aos inativos.	103
Autarquia — ver página	163
	281

	pág.
AUXÍLIO PARA DIFERENÇA DE CAIXA (parecer 556/GAJ) O art. 23 da Lei n.º 4.937 não se aplica aos funcionários fazendários	103
Ver ainda página	230
AVANÇOS (parecer 73/USE) Só fazem jus aos avanços trienais os funcionários públicos nomeados em cargos de provimento efetivo	95
Base de Cálculo para a cobrança do ICM nas Transferências de mercadorias de Armazéns para Filiais da mesma Empresa no Estado do Amazonas. (Arnoldo Wald)	67
BEM PÚBLICO — DIREITO DE PREFERÊNCIA (parecer 1971/CGE) A renúncia ou cessão a outro acionista ou a terceiro, por parte do Estado do Rio Grande do Sul, de seu direito de preferência para a aquisição de novas ações, emitidas por força de aumento de capital das sociedades anônimas de que o Estado for acionista, dependem de autorização legislativa, ainda que o beneficiário da renúncia ou da cessão seja pessoa jurídica de direito público	184
BRIGADA MILITAR. GRATIFICAÇÃO ESPECIAL DE QUEBRA DE CAIXA (parecer 1965/CGE) Não incorporação por falta de amparo legal e por não estar o requerente exercendo a função ao tempo de sua aposentação	230
CADAVER (parecer 1984/CGE) Licitude da entrega à Faculdade de Medicina da UFRGS, para fins de pesquisa científica, de material proveniente de necrópsias efetuadas no Instituto Médico Legal e Hospital Psiquiátrico São Pedro. Inocorrência de hipótese delituosa prevista na lei penal. Legitimidade da prática autorizada da Anatomia	147
CÂMARA MUNICIPAL — NÚMERO DE VEREADORES (parecer 1951/CGE) Somente poderá ser alterado através de lei, ou em decorrência de cassação de mandato. Os impedimentos ou renúncias não modificam a "composição" do órgão. Não havendo suplentes a convocar, dever-se-á realizar eleições consoante prescreve o art. 113 do Código Eleitoral.	121

	pág.
CESSÃO DE USO DE BENS PÚBLICOS (parecer 1982/CGE) Necessidade de prévia licitação	174
CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL Prescrição e Decadência no C.T.N. (José Maria Rosa Tesheimer)	61
CONCORRÊNCIA — O preço como fator de julgamento (Hely Lopes Meirelles)	29
DESAPROPRIAÇÃO Apelação Cível 15.043	274
DIARIAS ESPECIAIS (parecer 1981/CGE) O quantum das diárias especiais atribuídas a servidor designado para freqüentar curso fora do Estado não constitui direito deste, mas é objeto de arbitramento do chefe do Poder Executivo, que na sua fixação só tem o limite posto pelo art. 7.º do Decreto 17.475/65	157
DISPONIBILIDADE DE JUIZ. COMPETÊNCIA PARA A SUA CONCESSÃO (parecer 1980/CGE) É impossível a disponibilidade de juiz e a aceitação, por este, de outro cargo público, cujo exercício lhe é vedado em lei. A entrada em exercício em outro cargo, assim feita, importa, ipso jure, perda do cargo judiciário. Segundo a sistemática vigente, cabe ao Sr. Governador decidir sobre a disponibilidade dos juizes	132
EXTRANUMERÁRIOS MENSALISTAS (parecer 1985/CGE) Seu regime jurídico. A Lei n.º 4.528/63 e os Atos Complementares n.º 41 e 52. Aos extranumerários mensalistas regidos pelo Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado não se aplicam as normas contidas na Circular Geral n.º 57/69, do Tesouro do Estado	190
FÉRIAS (parecer 2022/CGE) O sábado deve ser considerado dia útil para efeito de férias de servidores, sujeitos à legislação trabalhista, que prestem serviço em regime de compensação (art. 59, § 2.º, da Consolidação das Leis do Trabalho)	160

	pág.
FÉRIAS DO PREFEITO (parecer 636/DAJ) Para exercitar o direito a férias é preciso que Lei Municipal o consagre	118
FIDELIDADE PARTIDARIA (parecer 2021/CGE) O vereador que se desliga do partido que o elegeu está sujeito à perda do mandato, a qual só pode ser decretada pela Justiça Eleitoral, após procedimento tempestivo intentado pelo partido do qual se afastou	196
FUNÇÃO GRATIFICADA (parecer 1967/CGE) Incorporação da vantagem aos proventos da aposentadoria, se comprovado o efetivo exercício de cargo de provimento em comissão ou de FG por mais de cinco anos ininterruptos. Omissão da lei quanto à computabilidade de tempo de serviço não remunerado para a integração da antiguidade do servidor	142
FUNCIONARIO — ver páginas 95, 103, 108, 115, 124, 129, 135, 140, 142, 157, 160, 163, 190, 199 e	235
FUNCIONARIO INTERINO (parecer 2028/CGE) Deve ser exonerado quando existir candidato aprovado em concurso para o cargo que ocupa temporariamente	140
HONORARIOS Recurso de Revista n.º 7.855	268
IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS Agravamento de Petição n.º 17.394	263
INCENTIVOS FISCAIS A natureza Jurídica dos Contratos Cogentes e dos Incentivos Fiscais (Clóvis V. do Couto e Silva)	13
INVASÃO DE ATRIBUIÇÃO (parecer 2006/CGE) Competência da Justiça Militar do Estado para julgar atos de oficial posto à disposição de autoridade civil ...	91
JUIZ — ver página	132
LEGITIMAÇÃO PASSIVA (parecer 2006/CGE) Indiciado oficial da Brigada Militar do Estado e outro não detentor de cargo público estadual. Ilegitimatio ad causam passiva deste	91

	pág.
LEI MUNICIPAL (parecer 1989/CGE) Sua elaboração deve observar as disposições da Lei Orgânica respectiva	138
MUNICÍPIO — ver páginas	118, 121 e 138
NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS COGENTES E DOS INCENTIVOS FISCAIS. (Clóvis V. do Couto e Silva)	13
PREFEITO — ver página	118
PRESCRIÇÃO — DECADÊNCIA — LEI N.º 4.317 — DIREITO FORMATIVO GERADOR (parecer 1955/CGE) Distinção entre prescrição e decadência; sendo o direito formativo gerador desprovido de pretensão, não está submetido à prescrição, mas sujeito ao desaparecimento pelo transcurso de prazo de natureza preclusiva. Decadência em Direito Civil e em Direito Administrativo	154
PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. (José Maria Rosa Tesheiner)	61
REVISÃO DE PROVENTOS — ver páginas	103 e 163
SERVIÇO PÚBLICO (parecer 29) Organização e reorganização de serviços, criação de cargos e funções — Competência privativa do Poder Executivo (art. 157, II, da Constituição Estadual). Funcionário público — natureza jurídica dessa relação, inapropriabilidade do cargo. Estabilidade — Garantias Constitucionais. Disponibilidade, aproveitamento e readaptação. Efetivação e estabilização em caráter excepcional, viabilidade legal. Jurisprudência. Art. 177, § 2.º da Carta federal de 1967	205
SERVIDOR AUTARQUICO INATIVO (parecer 1970/CGE) Critério de revisão dos proventos. Servidor aposentado por cargo em comissão	163
SUBSÍDIOS DO PREFEITO (parecer 636/DAJ) Devem ser fixados anualmente pela Câmara Municipal ..	118

	pág.
TEMPO DE SERVIÇO (parecer 1964/CGE)	
Contagem do tempo de investidura em função honorífica.	
Natureza da investidura AD HOC.	235
VENCIMENTOS (parecer 1972/CGE)	
Pagamento de diferença decorrente da alteração do padrão do cargo, por via de lei revisora, nos termos dos arts. 71 e 72 da lei 4.937, de 22 de fevereiro de 1965. Direito ao pagamento a contar da data da vigência da lei revisora	135
VINCULAÇÃO (parecer 1986/CGE)	
Sua impossibilidade constitucional para o efeito de remuneração. Inteligência do art. 98, parágrafo único, da Carta Federal	124

