

Revista da

**PGERS**

Procuradoria-Geral do Estado do RS

Volume 02



**PGERS**  
Procuradoria-Geral do Estado do RS

Edição Especial  
Cadernos de Direito Público

**REVISTA DA  
PROCURADORIA-GERAL  
DO ESTADO**

**Especial 40 Anos da Procuradoria-Geral do Estado  
Volume 2**

Publicação da Procuradoria de Informação, Documentação e  
Aperfeiçoamento Profissional

Estado do Rio Grande do Sul

RPSF	Porto Alegre	Ed. Especial	v.2	388 p.	2005
------	--------------	--------------	-----	--------	------

Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul].  
– Porto Alegre : Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do  
Sul, 1971 –

Semestral.

Continuação de: Revista da Consultoria-Geral do Estado  
[do Rio Grande do Sul].

Publicação interrompida em 2003.

ISSN 0101-1480

Catologação na publicação:  
Biblioteca da PGE/PIDAP

Os artigos de doutrina não  
representam necessariamente a  
posição desta Procuradoria-Geral

Todos os direitos desta edição reservados pela  
Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul  
Av. Borges de Medeiros, 1501 – 13º. Andar  
Fone: (51) 32881656  
90119-900 Porto Alegre/RS

Impresso no Brasil

**GERMANO RIGOTTO**  
Governador do Estado

**ANTÔNIO HOHLFELDT**  
Vice-Governador do Estado

**HELENA MARIA SILVA COELHO**  
Procuradora-Geral do Estado

**JOSÉ CALVINO PIRES MAIA**  
Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos

**TELMO LEMOS FILHO**  
Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

**EUZÉBIO FERNANDO RUSCHEL**  
Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Institucionais

**LUIZ FELIPE TARGA**  
Corregedor-Geral da PGE

**MÁRCIA PEREIRA AZÁRIO**  
Coordenadora da Procuradoria de Informação,  
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

## CONSELHO EDITORIAL

Helena Maria Silva Coelho  
(Presidente)  
Carla Maria Petersen Herrlein Voegeli  
Gabriel Pithan Daudt  
Manoel André da Rocha  
Márcia Pereira Azário  
Márcia Regina Lusa Cadore Weber  
Ricardo Seibel de Freitas Lima

IMPRESSÃO E ACABAMENTO  
Gráfica Ideograf

## SUMÁRIO

EDITORIAL	
TRABALHOS FORENSES	
Ação Civil Pública por Dano ao Meio Ambiente Verena Nygaard	13
ADIn 182: indenização pela exoneração de cargos em comissão	21
ADIn 409: competência para o controle concentrado da constitucionalidade de ato normativo municipal	27
ADIn 192-2: criação de município por dispositivo da Constituição Estadual	35
Medida Cautelar Fiscal Paulo Roberto Basso	51
ADIn 892: composição do Tribunal de Contas do Estado	61
Informações do Estado do Rio Grande do Sul na ADIn 1851: substituição tributária Márcia Regina Lusa Cadore Weber	73
Memoriais do Estado do Rio Grande do Sul no REsp 22.724-4-RS: transferência de créditos de ICMS e precedentes Jorge Arthur Morsch	95
Súmula STJ 129	145

Memoriais do Estado do Rio Grande do Sul: correção monetária de saldos credores de ICMS

Magda Brossard Iolovitch 147

ACO 545: caução em dívida do Estado contra a União Federal

Paulo Peretti Torelly e  
Ricardo Antônio Lucas Camargo 159

Informações da PGE em Pedido de Intervenção Federal no Estado do Rio Grande do Sul por não pagamento de precatório

Patrícia Pereira e  
Marcos Freitas Xavier 177

#### CONSULTAS E PARECERES

Consulta: Dia do Procurador do Estado

Mário Bernardo Sesta 223

Parecer n. 1 José Néri da Silveira 241

Parecer n. 7 José Néri da Silveira 257

Parecer 9550 Rosa Maria Peixoto Bastos 307

Parecer n. 13048

José Guilherme Kliemann

329

Parecer n. 13636

Leandro Augusto Nicola de Sampaio

345

## EDITORIAL

No ano em que a Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul comemora seus quarenta anos, nada mais oportuno do que a publicação desta Revista, como forma de homenagem a todos que ajudaram e ajudam a construir esta Instituição.

Neste segundo volume, ainda comemorativo a tão importante data, reuniram-se alguns Pareceres que, de alguma forma, foram marcantes nessa trajetória, dentre eles o primeiro Parecer da então Consultoria-Geral do Estado, da lavra do Consultor-Geral e depois Ministro do Supremo Tribunal Federal José Néri da Silveira, e outros mais que enfrentaram questões muito relevantes ao Estado, em diversas épocas.

No que concerne aos trabalhos forenses, foi realizada uma ampla pesquisa dentre o material produzido em juízo pelos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul, constituindo-se em verdadeiro trabalho de “garimpo”, visto que algumas dessas peças não constavam sequer dos arquivos desta Casa.

Com esta publicação, resgataram-se, assim, trabalhos forenses com valor histórico, como a primeira Ação Civil Pública por dano ao meio ambiente, elaborada por Procuradora do Estado e ajuizada no Rio Grande do Sul logo após a edição da Lei 7347, de 24 de julho de 1985, Ações Diretas de Inconstitucionalidade, peças processuais em matéria fiscal de grande importância para o Estado, bem como Ação Civil Originária relativa à renegociação da dívida pública e informação em pedido de Intervenção Federal.

Ainda publicamos consulta respondida pelo Procurador do Estado Mário Bernardo Sesta, duas vezes Procurador-Geral, na qual

é feita uma resenha histórica a respeito desse operador do Direito, trabalho esse que até então não havia recebido a devida publicação, e que tem servido, aos longo desses quarenta anos, como balizador das atividades do Procurador do Estado.

Com tal mescla, origens históricas do Procurador do Estado, trabalhos forenses destacados e Pareceres, dentre eles o primeiro produzido por esta Casa, que tem por fim a defesa do Estado, do interesse público, seja em juízo ou mesmo fora dele, entregamos ao público esta nossa publicação comemorativa.

Boa leitura.

Helena Maria Silva Coelho,  
Procuradora-Geral do Estado.

## **TRABALHOS FORENSES**

## Ação Civil Pública por Dano ao Meio Ambiente\*

*Verena Nygaard*

**Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da  
Vara da Comarca de Montenegro.**

O **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, por sua representante judicial signatária, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência propor contra a **SOCIEDADE ANTÔNIO VIEIRA**, estabelecida na Granja Santo Inácio, em Salvador do Sul, **AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AO MEIO AMBIENTE** nos precisos termos da Lei nº 7347, de 24 de julho de 1985, com a concessão, em caráter de urgência, da medida liminar prevista no art. 12 da mesma Lei, pelas razões de fato e de direito que passa a expor:

### **I - DOS FATOS:**

1. No dia 22 de outubro p.p., técnicos do Departamento do Meio Ambiente da Secretaria da Saúde do Meio Ambiente, chamados pelo Médico Chefe da Unidade Sanitária da mesma Secretaria, em Salvador do Sul, que, por sua vez, fora alertado pela comunidade local, compareceram à Granja Santo Inácio, pertencente à Sociedade Antônio Vieira, onde constataram situação de grave ameaça à saúde pública e dano ao meio ambiente, caracterizada pela disposição totalmente inadequada de resíduos constituídos por galinhas e ovos contaminados com o agrotóxico clorado Aldrin/Dieldrin.

O abate das aves e inutilização dos ovos foi medida de natureza sanitária destinada a evitar o consumo humano destes produtos,

---

\* Primeira Ação Civil Pública proposta no Estado do Rio Grande do Sul.

dado o seu elevadíssimo índice de contaminação pelo mencionado agrotóxico.

Ocorre, todavia que a disposição final que lhes foi dada pela ré, em valas sem prévia impermeabilização em área imprópria, dadas as suas características hidrogeológicas, está colocando em risco a integridade do meio ambiente.

Esta situação de fato está descrita no laudo técnico, anexo à presente.

2. Nessas condições, o Departamento do Meio Ambiente, após constatar a gravidade da situação, determinou a imediata cessação da atividade de disposição dos resíduos na forma em que vinha sendo feita, ao mesmo tempo em que formulou aos responsáveis as medidas técnicas adequadas, do ponto de vista ambiental, conforme consta da cópia do expediente em anexo (Processo DMA 3307/85). O prazo para a adoção dessas providências era de 72 horas, a contar do dia 22 de outubro p.p., não tendo sido, até o presente momento, atendido.

3. Todavia, as medidas em questão, se afiguram imprescindíveis à preservação do meio ambiente.

Com efeito, ainda que, visualmente a situação possa parecer saneada em virtude de algumas providências de caráter paliativo tomadas pela ré, como o desvio de um veio d'água e a execução de valas para contenção das águas, tal não ocorre, já que, dadas as características da área, da topografia do terreno, do solo e do subsolo, rico em vertentes, por ocasião de qualquer precipitação pluviométrica, os resíduos serão espalhados pela região, conforme se pode ver do laudo.

A degradação ambiental daí decorrente demanda imediata adoção de providências técnicas adequadas para evitar grave lesão ao meio ambiente e a saúde pública.

## II - DO DIREITO:

1. Os fatos descritos configuram dano ao meio ambiente, entendendo-se por meio ambiente "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas", segundo a definição da Lei Federal nº 6938, de 31 de agosto de 1981, a qual, em seu art. 3º, também define degradação ambiental, poluição e poluidor.

Esta mesma Lei consagra, em seu art. 14, § 1º o princípio da responsabilidade objetiva pelo dano ambiental, nestes termos:

"Art. 14 — § 1º — Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente."

2. O Estado, por sua vez, tem o dever de zelar, tanto pela preservação do meio ambiente, como pela defesa e proteção à saúde pública, conforme expressa determinação constitucional, "in verbis":

"Art. 180 — O Estado desenvolverá política permanente de preservação do Meio Ambiente, das reservas florestais e da beleza paisagística, de combate à erosão e a poluição em suas várias formas, de ordenação do solo urbano e rural;

- I — Defendendo seu patrimônio de recursos naturais;
- II — Protegendo o seu patrimônio cultural, representado principalmente pelas cidades locais e momentos históricos;
- III — Criando os requisitos básicos de saneamento e controle biológico;
- IV — Combatendo toda à ação poluidora do solo, do ar e da água;
- V — Controlando a poluição industrial em áreas críticas, em regiões de concentração populacional, nas águas fluviais e de mar litorâneo;
- VI — Exercendo preocupação ecológica especial nas áreas de implantação de novos projetos industriais;
- VII — Preservando áreas naturais de ecossistemas ;
- VIII — Divulgando informações básicas sobre agentes poluidores para conhecimento do povo em geral;
- IX — Incentivando e amparando movimentos comunitários e associações de caráter científico e cultural com finalidades ecológicas. (Constituição do Estado do Rio Grande do Sul).

No mesmo sentido, coerente com a regra constitucional, a Lei Estadual nº 6503, de 22 de dezembro de 1972, que dispõe sobre a Promoção, Proteção e Recuperação da Saúde Pública, em seu art. 2º, dispõe:

“Art. 2º — Incumbe ao Estado a efetivação das medidas necessárias à promoção, proteção e recuperação da saúde pública e é dever do indivíduo acatar e cumprir as medidas médico-sanitárias impostas pelas autoridades competentes”

3. A Lei nº 7347/85, disciplinando a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, em seu art. 5º confere legitimidade processual ativa ao Estado.

Outrossim, em seu art. 11, a mesma Lei trata do objeto da ação, dispondo que “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o Juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”.

Finalmente, o art. 12 autoriza o Juiz a conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

4. Valendo-se da faculdade que lhe é legalmente atribuída, o Estado do Rio Grande do Sul intenta a presente ação, com duplo objetivo, qual seja, o de remediar o dano atual e evitar o dano futuro.

5. Para este efeito, torna-se imprescindível a concessão de medida liminar, em caráter de urgência. Qualquer demora será fatal, porque propiciará a consumação do processo de putrefação da matéria orgânica já disposta no solo. Se isto ocorrer, o dano ambiental - a contaminação da água e do solo pela matéria orgânica e pelo Aldrin - estará definitivamente consumada e se tornará irreversível.

### III - DO PEDIDO:

Diante do exposto, o Estado do Rio Grande do Sul REQUER se digne Vossa Excelência conceder mandado liminar, "*inaudita altera pars*", sob pena de execução específica, a custa da ré, objetivando:

a) Que cesse a disposição dos resíduos (galinhas e ovos) na forma inadequada como vem sendo feita;

b) Que toda e qualquer disposição somente seja realizada de acordo com medidas tecnicamente aceitáveis, como as formuladas pelo Departamento do Meio Ambiente no expediente antes referido;

c) Que se corrija a disposição atual dos resíduos, responsável pela degradação ambiental e conseqüente dano ao meio ambiente, removendo-os e dispondo-os de forma tecnicamente adequada, previamente aprovada pelo Departamento do Meio Ambiente.

Após a efetivação da medida, REQUER a citação da ré para responder, pena de revel e confessa, bem como a citação do Ministério Público na forma da Lei e ESPERA seja apresentação, a final, julgada procedente, condenando-se a ré nos ônus da sucumbência.

REQUER lhe seja facultado provar o alegado por todos os meios em direito admitidos.

Dá à causa o valor de Cr\$ 1.554.220.

N. T.

P. D.

Porto Alegre, 24 de outubro de 1985.

Verena Nygaard,  
Procuradora do Estado.

**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
SECRETARIA DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE  
DEPARTAMENTO DO MEIO AMBIENTE**

### LAUDO TÉCNICO:

#### I. OBJETO

Verificação de má disposição de resíduos líquidos e sólidos contaminados com organoclorados (Aldrin/Dieldrin) gerando problemas de poluição dos recursos hídricos no Município de Salvador do Sul.

#### II. DESCRIÇÃO:

1. No dia 22.10.85, foi constatado em área de propriedade da Sociedade Padre Antônio Vieira, disposição inadequada de resíduos constituídos de restos de galinhas e ovos contaminados com Aldrin e Dieldrin, em valas escavadas no solo.

2. A disposição inadequada provocou o contato dos resíduos com águas de infiltração e com águas fluviais, ocasionando a geração de lixívia, a qual, percolando ao longo do terreno, atingiu águas de vertentes poluindo-as (ver fotos anexas).

3. Estas águas subsuperficiais poluídas, em função do condicionamento hidrológico do terreno, contribuem de forma concentrada numa vertente principal, que se constitui na nascente de uma sanga afluente de arroio pertencente a Bacia do rio Caí; Isto foi constatado "in loco",

pois na nascente referida a água espumava, possuía cor esbranquiçada com odor característico de ovos de galinha.

4. As escavações foram realizadas em solos predominantemente argilosos, resultantes da decomposição de rochas basálticas, a profundidade destas se encontra em torno de 2,50 metros com dimensão lateral com cerca de 1,20 metros e comprimento aproximado de 30 metros.

5. A poluição ocorreu devido a não preparação da área e das valas para os fins propostos. Principalmente quanto a não realização de trabalhos de impermeabilização das valas, não foi implantado sistema de drenagem das águas pluviais e também não houve cobertura imediata dos resíduos. Em resumo, não houve critério técnico na preparação da área e das valas, bem como de operacionalidade na execução da obra.

6. É muito importante salientar que os resíduos estão contaminados por Aldrin e Dieldrin em concentrações muito além dos limites não intencionais estabelecidos pela PORTARIA 10/85, do Ministério da Saúde. Em anexo, cópia de bibliografia sobre estes produtos.

### III. CONCLUSÃO:

A persistir a situação como está, estes resíduos são uma fonte contínua de poluição, agravando-se o problema nos períodos chuvosos.

Considerando-se os usos das águas superficiais da região afetada (dessedentação animal, criação de peixes em açudes, entre outros) e os riscos potenciais de uma poluição generalizada ao longo do tempo nos recursos hídricos subsuperficiais e subterrâneos, podendo até afetar captações de águas por poços - comuns na região - é imperioso que se solucione o problema imediatamente dentro de critérios técnicos adequados.

Em 22.10.85

Eng° Químico Claudio Dias Barbieri

Geólogo José Ricardo D. Sanberg

## ADIN N. 182: Indenização pela Exoneração de Cargos em Comissão

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO COLENO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Objeto: Ação Direta de Inconstitucionalidade

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, no fim assinado juntamente com os Procuradores do Estado nominados, que ficam desde já designados para, em conjunto ou separadamente, e independentemente de ordem de nomeação, representarem no em todos os termos de demanda, vêm perante esse Egrégio Supremo Tribunal Federal, nos termos facultados pelo artigo 103, V, da Constituição Federal, propor Ação Direta de Inconstitucionalidade dos parágrafos 3º, 4º e 5º do artigo 32 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul promulgada a 03 de outubro de 1989, em razão dos fatos e dos fundamentos que seguem.

O poder de autoconstituir-se deferido pela Constituição Federal aos Estados-membros não se confunde nem tem a mesma extensão do poder constituinte originário, que, esse, derivado diretamente do "poder estatal", insto é, do poder de "construir e reconstruir o Estado" (PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1946, tomo I, pág. 116"), não tem limites e inaugura "ex novo" a ordem jurídica. O poder constituinte estadual, ao contrário, como se sabe, supõe, entre nós, uma ordem constitucional já constituída - a federal - e é dela, exclusivamente dela, que extrai o fundamento de seu exercício.

Outorgando aos Estados-membros o poder de autoconstituição, estabeleceu a Carta Federal que "os Estados organizam-se

e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição” (art. 25, “caput”) e o ADCT/88, provendo sobre a primeira Carta Estadual após a Constituição de 1988, dispõe que “cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta (art. 11).

Parece óbvio que o “poder constituinte” reconhecido em ambos dispositivos aos Estados-membros é o mesmo e, conseqüentemente, são os mesmos os “princípios” a que está ele submetido.

Na verdade, a regra do art. 11 do ADCT/88, com atribuir “poderes constituintes” às Assembléias Legislativas, teve o único objetivo de permitir-lhes a elaboração das Cartas Estaduais sem que o fosse pela formalidade da emenda constitucional, a que, inexistente a norma, estariam submetidas em face do princípio da continuidade da ordem jurídica. Entender-se de outro modo, ou seja, que os indigitados “poderes constituintes”, por instaurarem a primeira Constituição Estadual após a Carta Federal, são mais amplos que os reconhecidos no art. 25, conduziria ao absurdo de admitir-se que a parte transitória outorgou aos Estados-membros – e apenas para a primeira Constituição! – uma autonomia maior (!) do que a prevista na parte permanente, de forma que, exercida aquela, a autonomia “reduzir-se-ia” (!) aos termos dessa. Isso, no entanto, como se disse, por absurdo, é inadmissível. Assim, sendo o mesmo poder de autoconstituição em um ou outro caso, não de ser também os mesmos os “princípios” a serem observados no seu exercício. E são esses, ao fim e ao cabo, que fixam os limites da autonomia estadual.

Não obstante se reconheça difícil a identificação desde logo da totalidade dos mencionados “princípios”, até porque a revelação de muitos só se haverá de dar com a efetiva aplicação prática do texto constitucional, pode-se desde logo afirmar com segurança incluírem-se entre eles as regras contidas nos artigos 37 e 42 da Constituição Federal, os quais, inseridos no Capítulo VII, “Da

Administração Pública”, do Título III, “Da Organização do Estado”, estabelecem os fundamentos básicos da administração pública brasileira e, como tais, dirigem-se a toda e qualquer entidade administrativa ou, como relacionado no art. 27, à “administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do distrito Federal e dos Municípios”. Neste sentido, aliás, é a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA (“Curso de Direito Constitucional Positivo”, Ed. Rev. dos Trib., 1989, p. 578).

Não podem, pois, os Estados-membros, seja na primeira Constituição elaborada na forma do art. 11 do ADCT/88, seja nas que vierem a adotar como previsto no art. 25 da parte permanente da Carta Federal, ofender qualquer das regras dos arts. 37 a 42, que, como se disse, a eles se impõem obrigatoriamente.

Ora, se assim é, afigura-se indiscutível a inconstitucionalidade dos parágrafos 3º, 4º e 5º do artigo 32 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, promulgada em 3 de outubro de 1989, pois, como se demonstrará, ofendem o inciso II do artigo 37, em sua parte final, ao retirar dos cargos em comissão a sua característica constitucional de cargos de livre nomeação e exoneração.

Com efeito, estabelecem os dispositivos impugnados:

“§ 3º - Aos ocupantes de cargos de que trata este artigo será assegurado, quando exonerados, o direito a um vencimento integral por ano continuado na função, desde que não titulem outro cargo ou função pública.

§ 4º - Não terão direito às vantagens do parágrafo anterior os Secretários de Estado, Presidentes, Diretores e Superintendentes da administração direta, autárquica e de fundações públicas.

§ 5º - O servidor pública que se beneficiar das vantagens do § 4º deste artigo e, no prazo inferior a dois anos, for reconduzido a cargo de provimento em comissão, não terá direito ao benefício."

O caput do artigo 32 da Constituição Estadual estabelece, em perfeita consonância com o comando constitucional contido na parte final do inciso II do artigo 37 da Carta Federal que "os cargos em comissão, criados por lei em número e com remuneração certos e com atribuições definidas de chefia, assistência ou assessoramento, são de livre nomeação e exoneração, observados os requisitos gerais de provimento em cargos estaduais".

Todavia, exorbitando do modelo federal, os constituintes estaduais introduziram nos parágrafos indigitados uma inaceitável figura de indenização, cuja incompatibilidade com o texto da Lei Maior se evidencia a partir das constatações de que a indenização é uma forma de garantia de emprego, inconciliável com a natureza constitucional do cargo em comissão, e de que representa a imposição de condição ao exercício do poder de livremente exonerar os titulares desses cargos.

Com efeito, a indenização, na hipótese de despedida sem justa causa, é instituto típico do Direito do Trabalho. Tem por objetivo oferecer reparação financeira ao empregado, compensatória da ruptura do vínculo de emprego por ato unilateral do empregados, frustrando sua justa expectativa de manutenção da relação laboral. No caso dos autos, pretendeu-se transplantar este instituto do Direito do Trabalho para disciplinar uma relação de direito público que a Constituição Federal quer necessariamente precária, na qual a hipótese de ruptura é uma possibilidade sempre presente e previsível. A indenização prevista é uma forma de garantia no emprego totalmente incompatível com o desenho constitucional federal do cargo em comissão.

De outro lado, a imposição de qualquer condição ao exercício do poder de livremente exonerar o ocupante de cargo em comissão,

por igual, é incompatível com a natureza precária do provimento de tais cargos, reafirmada pela vigente Carta da República.

Ensina, a propósito, HELY LOPES MEIRELLES, em seu Direito Administrativo Brasileiro:

"Cargo em comissão é o que só admite provimento em caráter provisório. Destina-se às funções de confiança dos superiores hierárquicos. A instituição de tais cargos é permanente, mas o seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce não admite direito à continuidade na função." (3ª edição rev., ampl., atualizada. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 379).

Segue que a exonerabilidade de tais cargos se dará livremente ao nuto da administração, sem imposição de condições. Atenderá, apenas, ao critério da conveniência administrativa, sobre a qual o administrador há de ter plena liberdade de decidir. E a conveniência administrativa estará comprometida quando, para exercer tal faculdade, tiver o Administrador Público de sopesar critério alheio ao nuto que lhe confere a Magna Carta quanto ao ato, qual seja o da repercussão financeira que o mesmo acarretará.

Por conter afronta ao artigo 37, inciso II, parte final, da Constituição Federal, o antes transcrito § 3º do artigo 32 da Constituição Federal do Estado está manchado de inconstitucionalidade, e por via de consequência os §§ 4º e 5º do mesmo artigo 32, que lhe são decorrentes.

ISTO POSTO, REQUER se digne Vossa Excelência, ou o eminente Ministro a que o conhecimento desta como Relator haja de pertencer, solicitar informações à Colenda Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, havendo por bem o Egrégio Supremo Tribunal Federal, ao final, julgar a ação procedente para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos 3º, 4º e 5º do

artigo 32 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul promulgada a 03 de outubro de 1989.

Nestes termos pede deferimento.

BRASÍLIA, 8 de janeiro de 1990

Pedro Jorge Simon  
Governador do Estado

Manoel André da Rocha  
Procurador-Geral do Estado

Vera Lúcia Zanette  
Procuradora do Estado

ADIN N. 409: Competência para o Controle  
Concentrado da Constitucionalidade de Ato  
Normativo Municipal

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO-PRESIDENTE  
EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, com assistência do Procurador signatário, para argüir inconstitucionalidade e pedir a respectiva declaração quanto a ofensa ao artigo 125 § 2º da Constituição Federal, vem, com acatamento, propor Ação Direta de Inconstitucionalidade prevista no artigo 102, inciso I, alínea a, combinado com o artigo 103, da Constituição Federal, dizendo e requerendo o seguinte.

1. O artigo 95, inciso XII, alínea d, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, dispõe que compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar:

“d) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual perante esta Constituição, e municipal perante esta e a **Constituição Federal**, inclusive por omissão.”

Visou a dar cumprimento ao artigo 125, § 2º, da Constituição Federal, por cuja determinação instituiu desse modo o controle de constitucionalidade no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado para leis e atos municipais.

O dispositivo constitucional reza:

“Art. 125 . . . . .

§ 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.”

Não fez diferença ao Constituinte rio-grandense o ser a constitucionalidade estadual ou federal, não se detendo, nem em face ao claro texto da Lei Maior, nem à própria natureza do instituto, no intuito de admitir e prescrever a tutela da ordem constitucional federal por Tribunal de Estado federado. Entretanto, não demonstrou acerto.

2. O citado artigo 125, § 2º, é construtivo no sentido de que os Estados instituam controle; todavia, também limita qual o objeto e, assim, resulta quais devam ser os limites do controle.

“Já nas páginas precedentes – escreveu Kelsen – por várias vezes se fez notar a particularidade que possui o Direito de regular a sua própria criação. Isso pode operar-se por forma a que uma norma apenas determine o processo por que outra norma é produzida. Mas também é possível que seja determinado ainda – em certa medida – o conteúdo da norma a produzir. Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela.” (Teoria Pura do Direito, 35)

Esta “estrutura escalonada da ordem jurídica” abrange o sistema Federativo, no qual as Constituições Estaduais devem a sua validade ao Poder originário expresso na Constituição Federal, sendo que,

por isso, aos Estados-federados cumpre elaborá-las com as limitações porventura determinadas.

JOSE AFONSO DA SILVA versa sobre as “limitações expressas ao Constituinte Estadual”, e especificamente a que se refere ao artigo 125, § 2º, da Constituição Federal, classificada entre as limitações mandatórias:

“As mandatórias – lê-se no Constitucionalista – consistem em disposições que, de maneira explícita e direta, determinam aos Estados a observância de princípios, de sorte que, na sua organização constitucional e normativa, não de adotá-los, o que importa confranger a sua liberdade organizatória aos limites positivamente determinados; assim, p. ex o Constituinte Estadual tem que dispor:

f) sobre inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Federal, vedada a atribuição de legitimação para agir a um único órgão (art. 125, § 2º).” (Curso de Direito Constitucional Positivo, 5ª Edição, Editora RT, pg. 516)

O artigo 125, § 2º, **ao lado de impor ao poder constituinte decorrente a adoção de tutela, impôs que seja nos limites do nível estadual**, constrangido pela própria natureza do instituto e pela natureza do sistema federativo em que ele se insere. Após, o poder constituinte decorrente não pode prover **extensão** por não deter os meios próprios. Não se pode passar por alto a questão de que o poder constituinte no nosso ordenamento institucional, em verdade, é detido pela Federação (União). E não há como o constituinte estadual arrebatá-lo ao poder originário o que por esta lhe não é outorgado, pois por natureza está investido tão-só de poderes outorgados. Nesta petição inicial vai aparecer como e quão conflituoso seria se tivesse a Constituição da República oferecido solução diversa. Qualquer erro neste sentido importa em prática constitucional defeituosa e contraditória com a divi-

são vertical dos poderes federados e com o adequado "interorgan control" que cuida do equilíbrio correspondente.

Vige, todavia, a clara definição do controle a ser exercido pelo Tribunal de Justiça, do seu limite e de onde provém.

E, assim, a mesma razão que leva a **afirmar** ser o Tribunal de Justiça competente para o controle da constitucionalidade **estadual**, é a que pode **negar-lhe** a competência para o controle da constitucionalidade **federal**, ou seja: a outorga ou não pelo Poder Constituinte originária. É inegável que o Poder Constituinte **decorrente** não foi quem criou o controle mesmo quanto à constitucionalidade estadual, resultando invencível a impossibilidade quanto à constitucionalidade federal. O que é válido não é a existência de qualquer controle, indiferentemente, mas daquele que é instituído no pressuposto da legitimidade ("Grundnorm") constitucional, que investe o poder originário, federal, mas não o decorrente, estadual.

Diferentemente sucede quando a matéria constitucional é versada "incidenter tantum", pois então ela é pressuposto para deslinde de controvérsia, in concreto, em que Juízes e Tribunais detêm o conhecimento e aplicam a normatividade incidente, sendo na base a Constituição Federal. Já na declaração "in abstracto" trata-se do controle de **edição** de lei ou de ato normativo, julgando-se-lhe a constitucionalidade material ou formal e a sua **validade geral**, razão por que se impugna aqui a competência de um ente federado atribuir-se o controle através do seu Poder Judiciário, **quanto à Constituição Federal**, que recaia sobre a faculdade legislativa de outro ente federativo. Uma coisa é o Tribunal, em julgando "in concreto", examinar a legalidade aplicável ao caso; outra é, seguramente, o Tribunal fazer o controle do poder legiferante do ente federativo – Município.

3. Trata-se de prática de excesso de poder, nada menos.

O Constituinte Estadual, com efeito, louva-se num poder que não detém e, mesmo à falta, passa a exercê-lo, o estatui o controle indébito sobre o ente federado que é o Município.

Daí, Eminentes Ministros, seja permitido afirmá-lo, não repousar, neste caso, a inconstitucionalidade em erro de interpretação, mas consistir na ausência ostensiva e manifesta de poder do Constituinte Estadual, tanto para estatuir sobre o controle constitucional federal, como para determinar a interferência judicante do Tribunal em um ente federativo, julgando a faculdade de legislar do último. É excesso, não havendo legitimidade.

As barreiras necessárias para o equilíbrio federativo, no caso, não ficam preservadas, mas delas se pressupõe a existência para impedir, inclusive, que o ente federado incursione na competência federal, o que é mais raro mas está visto como é possível acontecer. Este recíproco equilíbrio está advertido nas palavras de LOEWENSTEIN:

"Federalism – the juxtaposition and counterbalance of two territorially differentiated sets of state sovereignty. The existence of interfederal barriers restricts the power of the central state toward the member state and **vice versa**." (grifamos. Political Power and Governmental Process, Phoenix Books, p. 285).

Este texto, que versa sobre a formação do Estado federal, é completado pelo autor, quanto à evolução e atualização do sistema, que mostra, então, ser a soberania absorvida pela União, sem dualidade:

"Actually, the federal organization possesses only one, indivisible sovereignty that of the central state, which absorbs, within sovereignty of the member units. Shared power, in a federal organization, must not be equated with a system of dual sovereignty." (p. 290).

4. A Constituinte Estadual exorbitou e disso não há consequências, além de tudo o mais, práticas.

Conferiu à Justiça do Estado federado o controle da constitucionalidade federal, em tese, de forma a poder invalidar ou anular, ou simplesmente tornar ineficaz, à luz da Constituição Federal um texto legal de Município. Ora, havendo semelhança deste texto com o de Município de outro Estado, e os julgados sendo contraditórios nas respectivas Justiças Estaduais, ter-se-á comprometido o sentido uniforme aconselhado à interpretação constitucional no sistema federativo, que levou inclusive à criação do Supremo Tribunal Federal. Não se pode admitir hoje a inversão. Diversos tribunais não somam para a uniformidade; ao contrário, geram diferentes direitos em diferentes unidades federativas.

Um modelo difuso de tutela, ao invés do **concentrado** teria lugar, sem suporte; e sem conveniência, conforme já foi demonstrado neste Pretório Excelso, pois esta extensão do controle pode gerar situações reputadas como “esdrúxulas” em voto do Ministro **MOREIRA ALVES**, que, com toda a razão, pronunciou-se com as seguintes palavras:

“(...) se fosse possível aos Tribunais de Justiça dos Estados o julgamento de representações dessa natureza, com relação a leis municipais em conflito com a Constituição Federal, poderia ocorrer a seguinte situação esdrúxula. É da índole dessa representação – e isso hoje é matéria pacífica nesta Corte – que ela, transitando em julgado, tem eficácia erga omnes independentemente da participação do Senado Federal, o que só se exige para a declaração incidentes tantum. O que implica dizer que, se transitasse em julgado a decisão nele proferida por Tribunal de Justiça esta Corte Suprema estaria vinculada à declaração de inconstitucionalidade de Tribunal que lhe é inferior; mesmo nos casos concretos futuros que lhe che-

gassem por via de recurso extraordinário. O absurdo da consequência, que é da índole do instrumento, demonstra o absurdo da premissa.” (RTJ, 103:1115).

**5. MEDIDA LIMINAR.** O pedido de decisão concessiva de liminar que suspenda a eficácia do artigo 95, inciso XII, alínea d, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, **isto somente na parte que reconhece a pretensão quanto a inconstitucionalidade em face da Constituição Federal**, é pedido decorrente de que a norma estadual dá ensejo à concessão de liminares nos feitos ajuizados com o fundamento exatamente aqui hostilizado, o que constitui o risco a ser evitado. Por outro lado, o “fumus boni juris”, está indicado na colidência com o artigo 125, § 2º, da Constituição Federal, evidenciada pelo texto constitucional, pela doutrina e pelos precedentes jurisprudenciais desta mesma Excelsa Corte.

Na verdade, ambos os requisitos da medida liminar se caracterizam e particularmente adensam neste caso, pois tanto o risco como o direito indicado, dizem com a ordem constitucional que está afetada pela competência atribuída sem suporte ao Tribunal Estadual, que a exerce frequentemente. A relevância do assunto, a urgência e a conveniência da medida, são elementos demonstrados, e pede-se a concessão da liminar para suspender a eficácia da expressão “**e a Constituição Federal**”, constante do artigo 95, inciso XII, alínea d, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.

**6. ANTE O EXPOSTO**, submete o Governador do Estado à alta consideração desta Suprema Corte o requerimento de concessão de medida liminar, “inaudita altera parte”, quanto ao pedido de declaração de inconstitucionalidade do artigo 95, inciso XII, alínea d, **so somente na parte do dispositivo que confere a competência para o Tribunal de Justiça conhecer inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal**, suspendendo-se, assim, a eficácia desta parte do dispositivo. E submete mais,

e principalmente, o pedido do decreto da procedência de presente ação, para declarar por sentença a inconstitucionalidade aqui postulada, quanto à expressão “e a Constituição Federal”, constante do dispositivo versado.

REQUER, ainda, as comunicações do processo, com a citação do Advogado-Geral da União e ciência ao Ministério Público.

Pede deferimento.

Porto Alegre, 27 de novembro de 1990.

SINVAL GUAZZELLI  
GOVERNADOR DO ESTADO

JORGE ARTHUR MORSCH  
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

MÁRIO NUNES SOARES  
PROCURADOR DO ESTADO

## ADIN N. 192-2: Criação de Município por Dispositivo da Constituição Estadual

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO  
COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, no fim assinado, juntamente com os Procuradores do Estado nominados, que ficam desde já designados para, em conjunto ou separadamente, e independentemente de ordem de nomeação, representem-no em todos os termos da demanda, vem perante esse Egrégio Supremo Tribunal Federal, nos termos facultados pelo artigo 103, V, da Constituição Federal, propor AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE do artigo 45 e respectivos parágrafos e incisos do ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, promulgada em 03 de outubro de 1989.

O referido dispositivo da Constituição Estadual criou o Município de Ana Rech à margem da satisfação de qualquer dos requisitos constitucionais e legais para tanto assinados, com frontal ofensa à Carta Federal no seu artigo 18, § 4º (com desrespeito à preservação da continuidade e unidade histórico-cultural; sem consulta prévia às populações interessadas; independente de lei, em sentido formal, e sem a observância dos requisitos constantes de lei complementar estadual). Outrossim, e por decorrência, infringiu o princípio capital da independência dos Poderes constante do artigo 2º e a competência exclusiva privativa da União para legislar sobre direito eleitoral, prevista no inciso I do art. 22, ambos da Constituição Federal.

## I - DA COMPETÊNCIA DO ESTADO PARA DISPOR SOBRE A CRIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

Na vigência da Constituição Federal de 1946, a competência para dispor sobre a criação de Municípios foi reconhecida aos Estados-membros, como decorrência dos poderes remanescentes que lhes foram reservados por aquele texto constitucional federal. No uso dessa competência, o Estado do Rio Grande do Sul editou a Lei nº 4.054, de 29 de dezembro de 1960, que estabeleceu requisitos para a criação de Municípios, e dispôs sobre a incorporação, subdivisão, desmembramento e extinção dos mesmos.

A Constituição Federal de 1967, restringindo em diversos aspectos a autonomia dos Estados da Federação, no particular, por seu artigo 14, reduziu-lhes a competência, ao atribuir à União a fixação de requisitos mínimos de população e renda pública e a forma de consulta prévia às populações, com vistas à criação de Municípios.

A Lei Complementar, editada em obediência ao comando do artigo 14 da Constituição de 1967, além de dispor sobre os requisitos referidos pela Constituição Federal, fixou condições outras que diziam com o número de eleitores e de casas construídas, aspectos em que foi acimada de inconstitucional, visto que, claramente, invadia competência reservada aos Estados.

De enfatizar que, ainda na vigência da Constituição Federal de 1967, sempre se reconheceu aos Estados competência para definição de outros requisitos pertinentes à criação de Municípios, respeitado o disposto na Lei Complementar nº 1/67.

Conforta essa afirmação o ensinamento de HELY LOPES MEIRELLES:

“Aos requisitos mínimos federais, o Estado

poderá editar outras exigências, visando à conveniência da Administração e as peculiaridades regionais e locais, que nem sempre aconselham o fracionamento do território municipal para dar lugar a novas comunas.” (Direito Municipal Brasileiro”, 4ª ed., p. 41).

Quando do advento da Constituição Federal de 1988, disciplinavam a criação de municípios no Estado do Rio Grande do Sul a Lei Complementar nº 1/67, a Lei Estadual nº 4.054, de 29 de dezembro de 1960, com alterações posteriores, e a Lei Estadual nº 8.647, de 07 de junho de 1988.

Fortalecendo a autonomia dos Estados-membros, a Constituição Federal de 1988 deferiu-lhes, quanto a essa matéria, competência para, através de lei complementar, estabelecerem requisitos para a criação de Municípios, nos termos seguintes:

“Artigo 18 - .....

§ 4º - A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos estabelecidos em lei complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, à populações diretamente interessadas.”

É sabido que o advento de uma nova constituição não derroga o ordenamento jurídico vigente, ao contrário, o princípio da continuidade da ordem jurídica impõe seja preservada toda a legislação compatível com o novo texto constitucional.

Cessada, por força do artigo 18, § 4º da Constituição Federal, a competência da União para dispor a respeito de requisitos mínimos para a criação de Municípios, as regras da Lei Complemen-

tar nº 1/67 não mais podem conviver com o texto da Constituição Federal, que atribui ao Poder Legislativo do Estado a competência para edição da norma pertinente.

A Lei Estadual nº 4.054/60, no entanto, que dispõe a respeito de criação de Municípios no território do Estado do Rio Grande do Sul, ainda que formalmente não possa ser tida como lei complementar, disciplina matéria de natureza complementar à Constituição, a teor do que determina o artigo 18, § 4º da Constituição Federal. Tanto significa dizer que a criação de Municípios que se pretende fazer no território estadual, desde o advento da Constituição Federal de 1988, há de ater-se aos precisos termos do que dispõe a Constituição Federal e a Lei Estadual citada.

Tal solução, de resto, não inova o entendimento pacificamente adotado quando do advento da Constituição Federal de 1967, consoante deixa claro a lição de mestres abalizados:

“Não se trata de impossibilidade de lei ordinária revogar lei ordinária, mas de lei ordinária (a anterior) convertida em lei complementar (ratione materiae) pela Constituição, daí somente ser revogável por lei complementar.” (Geraldo Ataliba, “in” Lei Complementar na Constituição, ed. RT, SP, 1971, p. 56).

“Mas a lei ordinária com caráter de complementar, segundo a Constituição de 1946, não perde a sua vigência quando, para o caso, seja hoje necessário o processo do artigo 50 da Constituição Federal.” (Aliomar Baleeiro, Direito Tributário Brasileiro, 2ª ed., ed. Forense, 1970, p. 59).

“A ‘contrario sensu’, persiste a validade das normas que se não revelam em incompatibilidade com o direito constitucional novo. Daí porque a lei ordinária anterior à Constituição de 1967, que tenha regulado matéria hoje sob reserva de lei complementar formalmente considerada – a submetida ao

quorum do artigo 50 – persiste com a eficácia inalterada na vigência da atual Constituição. Permanece válida e eficaz a lei ordinária anterior à Constituição.” (José Souto Maior Borges, Lei Complementar Tributária, ed. RT, SP, 1975, p. 76).”

O Constituinte Estadual de 1989, no entanto, desconhecendo o mandamento do artigo 18, § 4º da Constituição Federal e as normas das Leis Estaduais nºs 4.054/60 e 8.647/88, criou, pelo artigo 45 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o Município de Ana Rech.

“Artigo 45 – É criado o município de Ana Rech, nos termos de consulta plebiscitária realizada em 24 de abril de 1988, pelo desmembramento, do Município de Caxias do Sul, da área descrita a seguir, instalando-se no dia 1º de março de 1990.

§ 1º - A área do Município de ANA RECH é assim delimitada:

ao norte – no rio São Marcos, no ponto em que este é interceptado pelo travessão oeste da Linha Porto; daí, sobe por esse rio até seu encontro com a estrada Criúva/Ana Rech.

ao leste – na estrada Criúva/Ana Rech, no ponto onde esta é interceptada pelo rio São Marcos; segue por essa em direção a Ana Rech até seu entroncamento com a Estrada BR-453; continua por esta última em direção a Ana Rech até seu encontro com o Arroio da Erva; desce por esse até sua foz no Arroio Faxinal; continua por esse, águas abaixo, até sua confluência com o Arroio Juca Stumpf; sobe por eses até sua confluência com o Arroio Guilherme Stumpf; segue por essas águas acima até sua nascente;

ao sul – da nascente do Arroio Guilherme Stumpf; daí se liga por linha seca e reta, direção geral

oeste, até o ângulo nordeste do lote rural nº 52 da Linha Cremona; desse ponto inflete, direção sul, pelo travessão leste da Linha Cremona até o ângulo sudeste do lote rural nº 2 da referida Linha; inflete, direção geral oeste, pelo travessão sul da mesma Linha Cremona até seu encontro com o travessão da Linha Diamantina; segue por este travessão até o ângulo sudoeste do lote rural nº 21;

a oeste – do ângulo sudoeste do lote rural nº 21, daí inflete, direção geral norte, pela divisa oeste dos lotes rurais 21 e 22 da Linha Diamantina até seu encontro com o travessão sul da Linha Diamantina até seu encontro com o travessão sul da Linha Gablontz; daí inflete, direção geral oeste, até o ângulo sudoeste do lote rural nº 45 da referida Linha; continua, direção geral norte, pela divisa oeste do lote 45, até seu encontro com a estrada vicinal que conduz a São Ciro; segue por essa direção a São Ciro, até seu encontro com a BR-116; segue por essa, direção geral norte, até seu entroncamento com a estrada que conduz à Fazenda Souza; daí, por linha seca e reta, direção geral nordeste, até o pico do morro cotado em novecentos e quatro metros; daí, por linha seca e reta, direção geral nordeste, até o entroncamento da estrada Santo Antônio/São João com uma vicinal que conduz a Olaria; segue pela estrada Santo Antônio/São João, direção geral norte, por um percurso de mil metros; daí, por linha seca e reta, direção geral noroeste, até o ângulo sudoeste do lote rural 114 da Linha Pedro Américo; daí, inflete, direção geral norte, até o travessão sul da Linha Henrique D'Avila; daí, prossegue até o ângulo sudoeste do lote rural 149; inflete para o norte seguindo a divisa oeste dos lotes 149 e 150 da Linha Henrique D'Avila até o ângulo noroeste do lote rural 150 da Linha Henrique D'Avila; daí inflete, direção geral leste, pelo norte dessa Linha, até a BR-116; continua por essa direção geral norte, até seu encontro com o travessão oeste da Linha Porto; daí, inflete, direção geral norte, seguindo o citado travessão até interceptar o rio São Marcos.

§ 2º - Será sede do Município a localidade de ANA RECH, transformada em cidade.

§ 3º - O Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores serão eleitos até cento e vinte dias da promulgação da Constituição, mas não antes de 15 de fevereiro de 1990, a critério do Tribunal Regional Eleitoral, observado o seguinte:

I - o prazo de filiação partidária dos candidatos será encerrado setenta e cinco dias antes da data da eleição;

II - a Justiça Eleitoral organizará calendário especial sobre propaganda, convenção municipal, deliberação quanto a coligações, registros de candidatos e demais procedimentos legais necessários à realização da eleição;

III - a comissão executiva regional de cada partido designará comissão provisória para o novo Município, à qual caberão as tarefas atribuídas à convenção municipal, até a instalação do Município;

IV - são inelegíveis os ocupantes de cargos municipais que não se tenham afastado até setenta e cinco dias da data da eleição;

V - os mandatos do Prefeito, Vice-Prefeito e dos Vereadores eleitos conforme o disposto neste parágrafo extinguir-se-ão na mesma data dos mandatos dos eleitos nas eleições municipais realizadas no dia 15 de novembro de 1988;

VI - na data de instalação do Município, os Vereadores eleitos reunir-se-ão, sob a presidência do mais velho, e elegerão a Mesa, que se empossará

imediatamente; a seguir serão tomados os compromissos do Prefeito e do Vice-Prefeito, seguindo-se sua posse perante a Câmara de Vereadores.

§ 4º - Fica o Município de Caxias do Sul liberado do pagamento de débitos encargos decorrentes de empreendimentos realizados no território do novo Município, e autorizado o Estado, a seu critério, a assumi-los.

§ 5º - A manutenção normal do abastecimento d'água e a preservação do manancial da bacia de captação do Arroio Faxinal, serão reguladas em convênio a ser celebrado entre Ana Rech e Caxias do Sul, no prazo máximo de sessenta dias após a instalação do novo Município."

O artigo 45 supra-referido nasce maculado pelo vício da inconstitucionalidade. Nem se argumente com o fato de que tendo o Constituinte Federal criado, no texto da carta Magna, Estado Federados, ao Constituinte Estadual seria dado, copiando-lhe o modelo, criar Município independentemente do que disponham a Constituição Federal e a Lei Complementar Estadual.

Conforme refere JOSÉ AFONSO DA SILVA:

"O poder constituinte, aquele que é fonte da Constituição Federal, é soberano, enquanto o poder constituinte estadual é autônomo. A soberania constituinte na autodeterminação plena, nunca dirigida por determinantes jurídicos extrínsecos à vontade do soberano, que é o povo na sua nacional; enquanto a autonomia pressupõe ao mesmo tempo um zona de autodeterminação, que é o propriamente autônomo, e um conjunto de limitações e determinantes extrínsecos que é o heterônomo. A zona de determi-

nação é imposta à Constituição Estadual pela Constituição Federal..." (Curso de Direito Constitucional Positivo, ed. RT, SP, 1985, págs. 129/130).

Não há que comparar, por isso, a poder de auto-organização reconhecido aos Estados da Federação, poder Constituinte decorrente (cfe. Ana Cândida da Cunha Ferraz, Poder Constituinte do Estado-membro) e o poder constituinte originário, de si ilimitado e fonte de todo o direito positivo. Daí porque, entendido o ordenamento jurídico como um sistema de normas que em si mesmo busca fundamento de validade, a norma inferior deve encontrar a causa de sua validade na norma imediatamente superior e assim, sucessivamente, até que seja alcançado o texto constitucional federal, vértice do sistema e geratriz de todo o direito.

A regra estadual que cria Município, portanto, para mostrar-se compatível com o ordenamento constitucional vigente, há de preencher os pressupostos colocados pela Constituição Federal e pela lei complementar estadual por aquela reclamada, o que não ocorre com a disposição impugnada.

## II - DO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA E HARMONIA DOS PODERES

O artigo 18, § 4º da Constituição Federal, quando atribui aos Estados competência para criação de Municípios, pressupõe, no exercício desta competência — por se consubstanciar o ato de criação em lei ordinária — a participação dos Poderes Legislativo e Executivo Estaduais.

O artigo 45 do ADCT da Constituição Estadual, por isso, ao alijar do processo o Poder Executivo, afronta meridianamente o princípio da independência e harmonia dos Poderes, ao qual está

inarredavelmente jungido o constituinte estadual no exercício do Poder Constituinte decorrente, que soberano não é, mas derivado e subordinado aos limites traçados pela Constituição Federal.

### III - DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS PARA A CRIAÇÃO DE MUNICÍPIOS

Além dos requisitos previstos em lei complementar estadual, a Constituição Federal estabeleceu mais dois pressupostos para a criação de município, quais sejam: a) a preservação da continuidade histórico-cultural do ambiente urbano e b) a consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas.

Com clareza e concisão o Jurista PINTO FERREIRA, comentando o § 4º do artigo 18 da Constituição Federal, diz que "A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de município deverão obedecer a critérios de preservação da continuidade e da unidade histórico-cultural do ambiente urbano. Elas serão feitas por lei estadual, porém previstos os requisitos, regras gerais e preceito abstratos de prévia lei complementar estadual. Todo esse processo complexo só permitirá, entretanto, a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento da comuna depois de consulta prévia às populações diretamente interessadas, mediante plebiscito". (in Comentários à Constituição Brasileira, 1º volume, arts, 1º a 21, editora Saraiva, 1989, p. 449).

Como se verifica, a criação exige uma complexidade de atos e de fatos obedientes aos comandos constitucionais e legais. Antes da Constituição de de 1988, a criação de município também se fazia através de um processo complexo que, igualmente, ia desde a consulta popular até a edição de lei criador da nova comuna. Por isso mesmo, importa, nesta altura, recordar que a anterior tentativa da criação do município de Ana Rech sofreu impugnação, a começar por uma ação popular, passando pela arguição de inconstitucionalidade da lei que autorizou

o plebiscito, culminando com o veto do Governo à lei que criava o município. Não pode, agora, o Constituinte Estadual criar o município de Ana Rech fundado em uma consulta popular realizada sob o comando legal revogado pela nova ordem jurídica constitucional.

Após a Constituição de 1988 necessário se faz que se inicie todo um novo processo de criação do pretendido município de Ana Rech, com obediência dos requisitos previstos no artigo 18, § 4º da Carta Federal.

### IV - DA CONTINUIDADE E DA UNIDADE HISTÓRICO-CULTURAL DO AMBIENTE URBANO

A Constituição Federal coloca como pressuposto primeiro da criação de Municípios a preservação da continuidade e da unidade histórico-cultural do ambiente urbano. A condição trazida pelo texto da Constituição Federal inova no direito posto, reclamando regramento da lei complementar estadual, que lhe defina os contornos e indique, inclusive, os órgãos públicos que, ouvidos, devam pronunciar-se a respeito do cumprimento do requisito. É curial que a lei estadual, que hoje faz as vezes de lei complementar, sendo anterior à Constituição Federal, seja omissa quanto a esse aspecto.

Essa só constatação já ensejaria a impossibilidade de criação de Município, enquanto ausente o comando complementar, pois que a norma do artigo 18, § 4º, da Constituição Federal há de ser tida, na magistral classificação de **JOSÉ AFONSO DA SILVA**, como regra de eficácia limitada, é dizer, regra constitucional que reclama como condição de executoriedade o advento de legislação complementar.

Aliás, esse Excelso Pretório, quando do advento da Constituição Federal de 1967, teve oportunidade de manifestar-se a respeito do artigo 220 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1967, que criara Municípios, declarando-o inconstitucional, em face

da ausência da lei complementar reclamada pelo texto da Constituição Federal (RTJ 50/837).

Mas ainda que assim não se entenda e, independentemente da regra complementar procedimental que, inexistente, inviabiliza a criação de Municípios, é de ressaltar que restou vulnerada a exigência constitucional, pertinente à preservação da continuidade e unidade histórico-cultural do ambiente urbano. Tanto atesta pesquisa realizada pela Universidade de Caxias do Sul, que afirma ter a criação do Município de Ana Rech seccionado o perímetro urbano definido por Lei Municipal de Caxias do Sul e atentado contra a unidade histórico-cultural local (doc. 1).

## V - DA REALIZAÇÃO DO PLEBISCITO

Diz a Constituição Federal que a criação de Municípios far-se-á ouvidas, em plebiscito, as populações diretamente interessadas.

Contudo, na criação do Município de Ana Rech, mediante disposição inserida no texto da Constituição Estadual, não se fez presente a manifestação de vontade das populações diretamente interessadas, através de plebiscito. Nem se pode pretender que a consulta plebiscitária, realizada em 24 de abril de 1988, em obediência ao que determinava a Lei Estadual nº 8.247, de 12 de novembro de 1986, pudesse produzir efeitos fora e além do processo de emancipação do qual era parte integrante. É que, como consectário natural do resultado do plebiscito favorável à emancipação e, dando cumprimento ao artigo 31 da Lei Estadual nº 4.054/60, a Assembléia Legislativa do Estado aprovou projeto de lei criando o Município de Ana Rech. O referido projeto, encaminhado à sanção, foi por mim vetado, com fundamento em "relevantes motivos de interesse público", pois, entre outras razões, entendi que:

"... a ocorrência de manifestar conurbação entre Caxias do Sul e a área de Ana Rech, com

complementaridade indiscutível das funções urbanas, econômicas e de gestão dos serviços públicos, desrecomenda que se pretenda separar aquilo para que o novo texto constitucional está a buscar novas formas publicísticas de reunir, em nome da necessidade de integração das funções públicas de interesse comum."

O veto assim aposto foi mantido pelo Poder Legislativo estadual, com o que se encerrou o processo de emancipação deflagrado em 1986, do qual fazia parte integrante a Lei nº 8.247/86, que autorizava e em cujo cumprimento realizou-se a consulta plebiscitária de 24 de abril de 1988, razão meridiana pela qual não pode a mesma consulta plebiscitária, extraída de processo emancipatório já encerrado, caracterizar o cumprimento de pressuposto necessário à criação do Município de Ana Rech, hoje efetuada pelo texto da Constituição Estadual de 1989, com afronta as regras da Carta Magna.

## VI - DO PROCESSO ESTABELECIDO PELA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL

A Constituição Federal, ao fixar condições para a criação de Municípios, remete à lei complementar estadual a fixação de requisitos outros, deixado claro que a competência assim deferida aos Estados-membros é competência que não se esgota em um único ato; ao contrário, supõe um procedimento a ser cumprido em diversas etapas, consoante disposto pela Lei Complementar Estadual. Já por isso se observa que a disposição constitucional estadual, ainda nesse aspecto, atenta contra o texto constitucional federal, porquanto desobservou o processo de criação de Municípios, pressuposto que decorre do disposto no artigo 18, § 4º da Constituição Federal, hoje disciplinado pela Lei Estadual nº 4.054/60, com alterações posteriores.

## VII - DO REQUISITO TEMPORAL

Através da Lei Estadual nº 8.647, de 7 de junho de 1988, artigo 1º, o Estado do Rio Grande do Sul, usando de competência própria, fixou requisito temporal para a criação de Municípios. Dispõe o artigo referido:

“Artigo 1º - A criação de Municípios e suas alterações territoriais só poderão ser feitas no período compreendido entre dezoito e cinco meses anteriores à data da eleição municipal.”

A Lei nº 8.647/88, tal como a Lei nº 4.054/60, disciplina matéria de natureza complementar a Constituição, pois que fixa requisito de tempo, pertinente à criação de Municípios, requisito ao qual está adstrito, por vigente o comando legal, o legislador estadual e que restou, da mesma forma, descumprido, quando da criação do Município de Ana Rech, feita pelo texto Constitucional Estadual.

## VIII - DA INCOMPETÊNCIA DO ESTADO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ELEITORAL

A Constituição Federal, no artigo 22, I, atribui à União competência privativa para legislar sobre direito eleitoral.

O § 3º do artigo 45 da Constituição Estadual, por sua vez, invadindo claramente competência deferida com privatividade à União, fixa regras para realização de eleições, determinando, inclusive, à Justiça Eleitoral prazo para concretização das mesmas; dispõe sobre filiação partidária, organização de calendário especial, propaganda e convenção municipal, regrando, até mesmo, o término do mandato de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores eleitos, matéria sobre a qual, a toda evidência, descabe ao Estado legislar.

Assim dispondo, o Constituinte Estadual extrapolou da sua competência, uma vez que sobre as atribuições da Justiça Eleitoral devem dispor a Constituição Federal e a Lei Federal. Por isso é de toda evidência inconstitucional o § 3º e incisos do artigo 45 do ADCT da Constituição Estadual.

## IX - DA MEDIDA CAUTELAR

Presentes estão os pressupostos para a concessão da Medida Cautelar de suspensão dos efeitos do “caput” do artigo 45, seus parágrafos e incisos do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Estadual, quais o do “*fumus boni juris*” e o do “*periculum in mora*”.

Ocorre que o Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio Grande do Sul, depois de apreciar pedido formulado pela Comissão de Emancipação de Ana Rech, expediu os atos relativos ao Calendário Eleitoral a as Normas Gerais para a realização das Eleições para Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador de Ana Rech, fixando a data de 08 de abril de 1990 (doc. 02: Resolução do TRE nº 50/89 e Resolução Normativa TRE nº 10/89).

Se efetivados todos os atos anotados no Calendário Eleitoral, que se iniciam no próximo dia 9 de fevereiro, e realizadas as eleições fixadas para o dia 8 de abril, importarão em prejuízos irrecuperáveis ao Poder Público, razão pela qual se impõe o deferimento da liminar de suspensão dos efeitos do artigo pra impugnado por esta Ação.

Diante de todo o exposto, REQUER, com fundamento no Regimento Interno desse Excelso Pretório, a concessão da Medida Cautelar de suspensão dos efeitos do artigo 45, seus parágrafos e incisos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Estadual e, afinal, o acolhimento integral da ação com a decretação da inconstitucionalidade da norma impugnada, observado o procedimento dos §§ 1º e 3º do artigo 103 da Constituição Federal.

Por último, pede sejam solicitadas informações à Assembleia Legislativa do Estado a fim de que esta se pronuncie sobre a questão levada ao conhecimento desse Tribunal.

Pede deferimento.

PEDRO SIMON  
GOVERNADOR DO ESTADO

MANOEL ANDRÉ DA ROCHA  
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

## Medida Cautelar Fiscal\*

*Paulo Roberto Basso*

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da \_\_ Vara Cível da Comarca de Santa Maria.

### MEDIDA CAUTELAR FISCAL COM PEDIDO DE LIMINAR

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pessoa jurídica de direito público interno, por intermédio de seu representante Judicial signatário, "ex vi" artigos 115 e 116 da Constituição Estadual vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fulcro nas disposições da Lei nº 8.397, de 06 de janeiro de 1992, **postular**

#### MEDIDA CAUTELAR FISCAL *contra*

TREVISAN - COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CGC/MF sob o no. 95.594.362/0001-64, com sede na avenida Nossa Senhora Medianeira, nº 1.321, em Santa Maria, tendo em vista os fatos e fundamentos a seguir expostos.

#### 1 - OS FATOS

Em auditoria parcial concluída no dia 27 de novembro do ano transato, realizada em 32 (trinta e dois) estabelecimentos comerciais da demandada, compreendendo os anos de 1989 a 1991, foram lavrados 43 (quarenta e três) autos lançamentos identificados através dos números 4979100405 a 4979100812 e 6039100340 (docs. 01 a 43). Tais autos de lançamento, somados aos de números 7298600088, 728600096 7298600100 e 7298600118 (docs. 44 a 47), lavrados ainda em 31 de julho de 1986, todos referentes à sonegação de **Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre**

**Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS)**, totalizam créditos tributários vencidos no valor de **Cr\$ 1.639.469.086,07** (um bilhão, seiscentos e trinta e nove milhões, quatrocentos e sessenta e nove mil, oitenta e seis cruzeiros, sete centavos), consoante demonstrativo incluso (doc. 48).

1.2. Instada a pagar o montante desse crédito tributário, mediante notificações formalizadas nos próprios autos de lançamento - conforme se pode observar na parte inferior dos aludidos documentos - a demandada deixou de fazê-lo, optando por apresentar impugnação administrativa. Nesse aspecto, relativamente aos autos de lançamento lavrados em 1986, a impugnação foi integral; e, em relação aos lançamentos realizados no ano passado, a irrisignação restringiu-se a uma parte da multa. No tocante ao principal do imposto e ao restante da multa não contestada, foi postulado, para pagamento, um parcelamento de 24 (vinte e quatro) meses. A Secretaria da Fazenda do Estado, entretanto, deferiu parcelamento de apenas 15 (quinze) meses (doc. 49). Até o presente momento, antes da ciência da decisão sobre a limitação do parcelamento, apenas duas parcelas foram pagas, equivalentes, cada uma delas, a 1/24 do débito.

1.3. Discriminadamente, com a ressalva de que ainda não consta a dedução relativa à segunda parcela paga no último dia 25, são os seguintes os saldos dos créditos fiscais de responsabilidade da demandada:

1.3.1. - **IMPUGNADOS**: CR\$ 910.691.534,26

1.3.2. - **PARCELADOS**: CR\$ 728.777.551,81

1.4. Abrindo-se um parêntese a propósito desses créditos, é necessário repetir que os mesmos decorrem de sonegação fiscal, fruto de inúmeras irregularidades praticadas pelos representantes legais da demandada. Inclusive, tamanha é a gravidade das irregularidades

que, mediante iniciativa do Ministério Público, foi oferecida denúncia contra os aludidos dirigentes, fato, aliás, amplamente divulgado pela imprensa. No processo crime que tramita perante a 4a. Vara Criminal desta Comarca - autuado sob o no. 27350005339 - após examinada a extensão dos ilícitos narradas na inaugural, foi imposta a prisão preventiva de todos os administradores da demandada, decretada - em sede de recurso - pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado. Essa medida restritiva da liberdade foi revogada apenas recentemente pelo juiz singular plantonista no recesso forense, decisão - importante gizar - imediatamente impugnada em recurso do Ministério Público.

1.5. Fechando o parêntese, impõe-se observar que - inobstante a gravidade das irregularidades engendradas com vista à sonegação de impostos, e apesar do elevado montante do crédito fiscal dela resultante, **cifra que ultrapassa a casa de um milhão e meio de dólares** - não possui a Fazenda Estadual uma única garantia que assegure a sua expectativa de recuperação integral desses valores **indevidamente desviados de seus cofres**.

1.6. Nesse sentido, considerando que as providências penais pertinentes já foram encaminhadas, urge que se tome uma medida assecuratória dos relevantes interesses financeiros do erário. E, por imposição legal, cabe ao Judiciário - de forma imperativa - decretar a indisponibilidade do patrimônio da demandada, até o limite da satisfação do crédito tributário. Os parâmetros e os requisitos legais para a concessão dessa medida acautelatória vão a seguir analisados.

## 2 - DO DIREITO

### 2.1. Os Requisitos para a Concessão da Medida

2.1.1. No início do ano em curso, mais precisamente no dia 06 de janeiro, foi editada a Lei no. 8.397 (doc. 50), aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, que instituiu a medida cautelar fiscal. É certo que esse instrumento, como

medida assecuratória para créditos tributários, surgiu a partir das necessidades e contingências criadas pela crescente sonegação fiscal que se propaga pelo país, acrescidas das dificuldades — muitas vezes definitivas e intransponíveis — encontradas na recondução desses valores ao seu verdadeiro destinatário: **o poder público**.

2.1.2. Pois bem, logo no artigo 1o. dessa Lei há previsão sobre a possibilidade de ser instaurado o procedimento cautelar fiscal antes mesmo do ajuizamento da execução fiscal. Trata-se de procedimento preparatório. No dispositivo seguinte, estão elencadas as situações em que a cautela pode ser requerida. Vale, aqui, transcrever aquela que embasará a postulação no caso vertente, qual seja:

“Art. 2o. A medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, regularmente constituído em procedimento administrativo, quando o devedor :

I - ...

II - ...

III - ...

IV - notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal vencido, deixa de pagá-lo no prazo legal, salvo se garantida a instância em processo administrativo ou judicial ;

V - ...”

2.1.3. No caso, é indispensável à concessão da medida cautelar, consoante prescrição do artigo 3o. da mesma Lei, que se faça prova literal da constituição do crédito fiscal, e, também, que se demonstre documentalmente a ocorrência da situação invocada.

## 2.2. A Prova da Constituição do Crédito Tributário e da Notificação do Sujeitos Passivo

2.2.1. O primeiro requisito a autorizar a cautela, é a demonstração da constituição do crédito tributário. A esse respeito, de bom alvitre recordar que, nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, a constituição do crédito tributário dá-se **“pelo lançamento”**. Com efeito, “o lançamento **cria a obrigação tributária em sentido formal**, isto é, sob a forma de um documento que resume todas as constatações feitas pelo Fisco e que é o aviso do lançamento que a final é expedido ao contribuinte; cria em sentido formal, porque a obrigação que existe em potencial na lei se concretiza com o fato gerador.” (LUIZ EMYGDIO F. ROSA JUNIOR, ‘in’ Manual de direito financeiro e de direito tributário, 4a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1983)

2.2.2. Aliás, sobre o fato de a constituição do crédito tributário dar-se através do lançamento, não há magistério discrepante no país, e nem poderia ser diferente diante da clareza da disposição do CTN. Nesse sentido, podem ser referidos FABIO FANUCHI (Curso de Direito Tributário Brasileiro, 4a. ed. São Paulo, Ed. Resenha Tributária, 1986, p. 269), ALIOMAR BALEEIRO (Direito Tributário Brasileiro, Forense, 8a. ed. p. 453), RUY BARBOSA NOGUEIRA (Curso de Direito Tributário, 9a ed. São Paulo, Saraiva, 1989, p. 293 e segs.), entre outros.

2.2.3. Concluída a digressão, cumpre retomar o exame da demonstração dos requisitos destacando que a prova literal da constituição do crédito consta das inclusas cópias dos autos de lançamento (docs. 01 a 47) - todas autenticadas - só não juntados nos originais, porque os mesmos instruem o processo crime antes comentado. Também a prova documental de que ocorreu a notificação da demandada, para a realização do recolhimento do crédito fiscal vencido, é encontrada nos aludidos autos de lançamento, na parte inferior dos documentos. Ali consta expressamente a notificação e a respectiva cientificação do representante legal do sujeito passivo.

### 2.3.A Imperativa Decretação da Indisponibilidade dos Bens

2.3.1. Importa destacar — para espancar qualquer eventual dúvida a respeito do cabimento e da legitimidade do pedido cautelar, apesar de terem sido impugnados os créditos, como no caso presente — que o exame sistemático e teleológico da Lei em evidência não deixa espaço para controvérsia a esse respeito. Basta observar o teor do artigo 11o., para se concluir da oportunidade do pedido cautelar, inobstante a apresentação de impugnação administrativa. Veja-se:

“Art. 11. Quando a medida cautelar fiscal for concedida em procedimento preparatório, deverá a Fazenda Pública propor a execução judicial da Dívida Ativa no prazo de sessenta dias, contados da data em que a exigência se tornar irrecoorrível na esfera administrativa.” (grifou-se).

2.3.2. Ainda é importante acentuar que - diferentemente da medida cautelar de arresto, onde há necessidade de restar caracterizado o “periculum in mora”, além do “fumus boni iuris” - na medida cautelar fiscal não é preciso fazer-se essa demonstração. E não é para menos. O arresto - como está no CPC - sofre, desde muito, severas críticas da doutrina em geral. O professor OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA, pugnando por maior liberalização na utilização do instituto, faz as seguintes observações:

“As severas limitações impostas ao campo de aplicação do arresto, assim como a tentativa feita pelo legislador no sentido de direcionar o juiz na avaliação do **periculum in mora**, sem a menor dúvida, causam mutilação grave e profunda no instituto, a ponto de relegá-lo praticamente ao desuso na experiência

judiciária brasileira.” (Comentários ao Código de Processo Civil; arts. 796 a 889; do processo cautelar. Porto Alegre, Letras Jurídicas, 1965, p. 264)

2.3.3. Não são diferentes as conclusões de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA e de GALENO LACERDA, externadas em seus Comentários ao Código de Processo Civil, volume VIII tomo II, arts. 813 a 889, 2a. edição, Rio de Janeiro, Forense, 1991, página 7 e seguintes.

2.3.4. Portanto, no caso concreto, na esteira dos reclamos da doutrina, para o deferimento da medida acautelatória, com a conseqüente decretação da indisponibilidade dos bens do sujeito passivo, cumpre, apenas, a demonstração de ter havido a constituição do crédito tributário em regular procedimento administrativo, e de ter sido realizada a notificação respectiva, sem o correspondente pagamento. Situações aqui devidamente comprovadas através dos inclusos autos de lançamento (docs. 01 a 47). Logo, por força do artigo 7o. da Lei em destaque, deverá ser concedida a medida cautelar, dispensando-se a Fazenda Pública de justificação prévia e de prestação de caução.

## 2.4. OS BENS A SEREM AFETADOS.

2.4.1. Demonstrados estarem presentes os requisitos ensejadores do deferimento da medida cautelar, necessário que examine a extensão do patrimônio a ser alcançado pelo efeitos da indisponibilidade. Nessa análise, levando em consideração o grande número de bens que compõe o ativo permanente da demandada, e atento ao disposto no artigo 4o. da Lei em referência - que fixa a indisponibilidade dos bens até o limite da satisfação da obrigação - o autor destacou apenas dois únicos imóveis para sofrerem a restrição da medida aqui alvitradas. São eles:

2.4.1.1. - Um prédio de alvenaria, sob o no. 1.321, com área construída de 7.731,90 m<sup>2</sup>, e o respectivo terreno, localizado na Rua Gaspar Martins, cuja descrição detalhada consta da matrícula no 23.788 do Registro de Imóveis desta Cidade (doc. 51);

2.4.1.2. - Uma fração de terras de campos e matos, com benfeitorias e aramados divisórios, situada no subdistrito de Cerrito do Ouro, município de São Sepé, denominada "Fazenda Vista Alegre", com 905,39,07 has, descrita detalhadamente na matrícula no 7.200 do Registro de Imóveis de São Sepé (doc. 52).

2.4.2. No alusivo aos bens, não se pode deixar de observar que, se de um lado, atualmente, há um vasto patrimônio de propriedade da demandada, capaz de garantir com sobras a total satisfação do crédito fiscal; de outro lado, não se pode ter a mesma certeza de que, no futuro, quando do ajuizamento da execução fiscal, ainda existirão bens suficientes para satisfazer o crédito do erário. Ilustrativamente, cabe chamar a atenção para recente notícia veiculada pelo economista POLIBIO BRAGA, no periódico CORREIO DO POVO do dia 30 do mês findo (doc. 53), no sentido de que o grupo Econômico estaria "**fechando a compra dos 12 supermercados restantes da rede Trevisan**", num "**dos maiores negócios dos últimos tempos na área dos supermercados no Rio Grande do Sul**". Ora, sem a receita diária dos supermercados, enquanto tramitam as impugnações administrativas apresentadas pela demandada, qual a outra garantia da Fazenda Estadual - de que receberá o seu crédito - senão a solidez de alguns imóveis?

2.4.3. Mas, independentemente do teor dessa veiculação sem caráter oficial, incumbe ao Judiciário - em consonância com o disposto no artigo 7o. da Lei em comento - estando presentes e demonstrados os requisitos legais, **decretar a indisponibilidade dos bens da requerida**, na hipótese, limitada àqueles bens especificados anteriormente. Do contrário, estará o Judiciário, baluarte da justiça e

detentor do monopólio da prestação jurisdicional, afiançando à demandada um crédito fiscal vencido e não pago, decorrente de sonegação fiscal, cujo valor ultrapassa, repita-se até o extremo, **a casa de um milhão e meio de dólares**. Ou, quiça, mais adiante, manifestar-se-á acerca do deferimento de eventual medida acautelatória já tardia e ineficaz, sucumbindo o erário público estadual e triunfando a sonegação, com danos inestimáveis à sociedade, pelas nefastas conseqüências financeiras e morais daí resultantes. Portanto, a decretação da indisponibilidade dos bens da demandada, por estar ao abrigo da Lei, é medida que se impõe.

Diante do exposto, **REQUER** a Vossa Excelência:

- na forma do artigo 7o. da Lei em evidência, conceder liminarmente a medida cautelar fiscal, decretando a indisponibilidade dos bens da demandada — especificados nos itens 2. 4. 1. 1 e 2.4.1.2 retro — comunicando-se, de imediato, aos Oficiais dos Registros de Imóveis das cidades de Santa Maria e São Sepé, onde localizam-se os imóveis, para que procedam os registros respectivos;

- posteriormente, determinar a citação da demandada, através de seu representante legal, no endereço constante no início, para, no prazo de 15 (quinze) dias, querendo, contestar o pedido, sob pena de revelia;

- por sentença, ao final, manter a liminar, ou, se não deferida liminarmente, decretar a medida cautelar fiscal, cuja eficácia deverá se estender até a integral satisfação do crédito tributário de responsabilidade da demanda, aplicando-lhe, igualmente, os demais consectários decorrentes da sucumbência;

- finalmente, afigurando-se necessário, seja-lhe deferida

a juntada de novos documentos, bem como a produção de quaisquer outros meios de prova permitidos.

Dá à causa o valor de alçada, nesta data, equivalente a Cr\$ 247.350,00.

Pede deferimento.

Santa Maria, 03 de fevereiro de 1992.

Paulo Roberto Basso,  
Procurador do Estado,  
OAB/RS 25.762.

ANEXOS:

- DOCS. 01 a 43 (Autos de Lançamento números 4979100405 4979100812 e 6039100340);
- DOCS. 44 a 47 (Autos de Lançamento números 729860088. 7298600096, 7298600100 e 7298600118);
- DOC. 48 (Demonstrativo atualizado dos créditos fiscais);
- DOC. 49 (Deferimento de parcelamento pela Secretaria da Fazenda);
- DOC. 50 (Cópia do D.O de 7/01/92, com o teor da Lei nº 8.397, de 6/01/92 );
- DOC. 51 (Matrícula no. 23.786 do Registro de Imóveis de Santa Maria);
- DOC. 52 (Matricula no. 7.200 do Registro de imóveis de São Sepé );
- DOC. 53 (Folha 12 do jornal Correio do Povo de 30/01/92)

ADIN N. 892: Composição do  
Tribunal de Contas do Estado

Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente do Supremo  
Tribunal Federal

Objeto: Ação Direta de Inconstitucionalidade c/ Pedido  
de Liminar

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, abaixo assinado juntamente com os Procuradores do Estado nominados, que ficam desde já designados para, em conjunto ou separadamente e independentemente da ordem de nomeação, representem-no em todos os termos da ação, vem perante esse Egrégio Supremo Tribunal Federal, propor ação direta de inconstitucionalidade do **artigo 74 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul e do artigo 21 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do mesmo Estado**, fazendo-o em razão dos fatos e fundamentos que se seguem:

I. Estabelece o impugnado art. 74 da Constituição do Estado, "verbis":

"Art. 74. Os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado serão escolhidos, satisfeitos os requisitos do art. 73, § 1º, da Constituição Federal:

I – cinco pela **Assembléia Legislativa**, mediante proposta de um terço de seus Deputados, com aprovação por maioria absoluta;

II – dois pelo **Governador**, mediante aprovação pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Legislativa, alternadamente, **dentre auditores**

**e membros do Ministério Público** junto ao Tribunal de Contas, **indicados em lista tríplice elaborada pelo Tribunal**, segundo os critérios de antiguidade e merecimento." (cf. doc. n.º 1<sup>1</sup>)"

E, por sua vez, dispõe o também impugnado art. 21 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, "verbis":

"As vagas de Conselheiro do Tribunal de Contas serão preenchidas: a primeira e a segunda por indicação do Governador do Estado, **conforme o art. 74**; a quinta, a sexta e a sétima por indicação da Assembléia Legislativa; **após, repetir-se-á a mesma ordem.**" (cf. doc. n.º 1)

2. Assim, conforme se pode verificar, composto que é o Tribunal de Contas do Estado de sete conselheiros (CF/88, art. 75, parágrafo único), segundo os dispositivos transcritos, cinco deles deverão ser escolhidos de modo **exclusivo e discricionário** pela Assembléia Legislativa e **dois** pelo Governador do Estado, esses últimos, no entanto, "**dentre auditores e membros do Ministério Público**" e, mais, "**indicados em lista tríplice elaborada pelo Tribunal**". Nenhum absolutamente nenhum, dos integrantes da Corte, portanto, há de resultar da **livre** escolha do Governador do Estado.

3. O indigitado conjunto normativo, no entanto, como se intui da sua leitura mais superficial, é manifestamente **inconstitucional**, pois, afastando a livre escolha do Governador do Estado na composição da Corte, e, pois, **desbordando do modelo federal** (CF/88, art. 73, § 2º, I), ofende não só o mencionado "modelo", de aplicação obrigatória no ponto aos Estados-membros por disposição constitucional expressa (CF/88, art. 75, "caput"), como o princípio da independência e harmonia entre os Poderes, a que também estão adstritas as entidades locais (CF/88, art. 25, comb. c/ art. 2º), e, aliás, exatamente em função do qual se assegurou no plano federal a

liberdade de escolha pelo Chefe do Poder Executivo de um dos membros do Tribunal de Contas.

4. Com efeito, outorgando aos Estados-membros o poder de auto-organização, estabeleceu a Carta Federal que "os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, **observados os princípios desta Constituição**" (art. 25, "caput").

E não obstante se reconheça difícil a identificação desde logo dos mencionados "princípios", até porque a revelação de muitos só se haverá de dar com a efetiva aplicação prática do texto constitucional, pode-se desde logo afirmar com segurança incluir-se entre eles não só os expressamente dirigidos às entidades locais como o da independência e harmonia entre os Poderes, que, sobre inserido entre os "**Princípios Fundamentais**" na condição de **cláusula pétrea** da Carta Federal (CF/88, art. 2º e art. 60, § 4º, III), enseja inclusive, na hipótese de descumprimento, a intervenção federal (CF, art. 34, IV).

Na verdade, se os Estados-membros **já nascem**, pela Constituição Federal, submetidos à observância da independência e harmonia entre os Poderes, que, desta forma, logica e historicamente, lhes é **anterior**, e se também é certo que não se pode falar em independência e harmonia entre os Poderes sem Poderes que **existam** (e sejam independentes) e sem regras de convivência entre eles, que viabilizem a "harmonia", infere-se que, antecedendo-lhes também lógica e historicamente, há um **modelo** de Poderes e de regras viabilizadoras da "harmonia" que, sob pena de ofensa à Carta Federal, **não pode ser desbordado**. Admitir-se-ia, por exemplo, que, na moldagem dos Poderes estaduais, a Constituição do Estado suprimisse do Poder Executivo as funções de administrar ou do Poder Judiciário as de julgar, outorgando-as a outro Poder ou, o que dá no mesmo, chamando-as a si? Evidentemente, não! Mas não porque, **anterior** ao Constituinte estadual, e, "a fortiori", ao legislador ordinário estadual, há uma gama mínima de regras

<sup>1</sup> Doc. n.º 1: exemplar da Constituição do Estado do RGS c/ ADCTE/89

modeladoras dos Poderes e de sua forma de convivência à qual se encontram eles absolutamente adstritos.

Esse “modelo”, evidentemente, há de ser buscado na Constituição Federal. Poder-se-ia, é certo, pretender extraí-lo da doutrina, erigindo como tal aquilo que, segundo ela, constituísse, por exemplo, a forma “ideal” de Poder Executivo, de Poder Legislativo, de “freios e contrapesos”, etc., mas, “data venia”, tal entendimento não se afigura correto. É que, existindo o princípio na nossa ordem constitucional positiva, e, mais, resultando essa de longo, discutido e, principalmente, legítimo processo constituinte, não parece lógico ignorar, “sic et simpliciter” o recorte de Poderes e de suas inter-relações adotado pela sociedade brasileira como um todo para ir buscá-lo fora do direito positivo.

Não se trata, frise-se bem, de retornar às asfíxiantes normas ou do art. 188 da Constituição de 1867, que impunha aos Estados a “adaptação” das suas Cartas às normas constitucionais federais sob pena de àquelas essas considerarem-se “incorporadas definitivamente”, ou do art. 200 da Emenda Constitucional n. 1/69, que, perdendo o constrangimento, as incorporava desde logo, dispensando até o “ato receptivo”. Trata-se, sim, de, no desvelar dos contornos da separação dos Poderes – básico para o sistema e, pois, de observância obrigatória para os Estados-membros – erigir como parâmetro aquilo que, em Assembleia Nacional Constituinte livre e legítima, recebeu a chancela do povo brasileiro.

Não podem, portanto, os Estados, seja por norma constitucional, seja por lei ordinária, subtraírem-se às regras constitucionais federais a eles expressamente dirigidas ou atingir aquele substrato mínimo de cada Poder que, extraído da Carta Federal, o caracteriza e viabiliza como tal.

Ora, no caso, segundo o art. 73, § 2º, I, da Constituição Federal, compete ao Presidente da República a escolha de **três (um terço)** dos **nove** integrantes do Tribunal de Contas da União, a qual

por sua vez, em relação a **dois**, deve recair “dentre auditores e membros do Ministério Público” e, em relação ao outro, é... **absolutamente livre** (observados, é óbvio, os demais requisitos exigidos constitucionalmente) (CF/88, art. 73, § 2º, I).

E, se assim é, é evidente que a mesma faculdade se deve reconhecer aos Chefes dos Poderes Executivos dos Estados-membros, seja porque a respeito é expressa a Constituição Federal no seu art. 75, “caput”, onde se dispõe que “as normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à **organização, composição** e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados”, seja porque se inclui ela naquele **substrato mínimo** que a Carta reconhece como inerente às atribuições do Poder Executivo, insuscetível, como tal, de ser subtraída pelas entidades locais. Na verdade, tantas e tão relevantes foram as funções atribuídas às Cortes de Contas, tão significativa e marcante desenhou-se na Carta sua presença na esfera administrativa que quis o Constituinte federal não ficasse o Poder Executivo afastado do processo de sua composição. E exatamente por isso outorgou ao seu Chefe, no plano federal, não só a escolha **condicionada** (“dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal”) de dois de seus integrantes como a escolha **livre**, “ad instar” da conferida ao Congresso Nacional (CF/88, art. § 2º, II), de outro. Não se concebe, assim, à luz do texto constitucional federal, e, portanto, do “modelo” aí criado, o Poder Executivo despido desta marcante e relevantíssima prerrogativa, que, de resto, ela também, se liga de alguma forma ao poder de administrar.

Em síntese: é vedado ao legislador estadual, constituinte ou ordinário, sob pena de ofensa à Carta Federal, ignorar a regra da **liberdade de escolha** sem quaisquer condicionamentos (exceto, como se disse, os previstos na Constituição Federal) pelo Chefe do Poder Executivo de pelo menos um dos membros do Tribunal de Contas estadual.

5. Posta assim a questão, exsurge, manifesta, a inconstitucionalidade das normas impugnadas.

Isto porque, como se viu, segundo a sistemática por ela criada, não se abre ensejo ao Governador do Estado de **livre escolha** de qualquer dos membros da Corte de Contas. Nos precisos termos dos impugnados artigos 74 da Constituição do Estado e 21 do ADCTE/89, que remete àquele, deverá o Chefe do Poder Executivo estadual, na sua escolha, ater-se aos “**auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas**” e, mais, ... “**indicados em lista tríplice elaborada pelo Tribunal**” (CE/89, art. 74, II). Sem qualquer possibilidade, portanto, de optar livremente por outrem, como acontece no plano federal com o Presidente da República, em função, repita-se sempre, de regra exarada em homenagem ao princípio da harmonia entre os Poderes e, mais, mandada aplicar expressamente às Cortes de Contas estaduais.

6. Aliás, na ADIn nº 374-7/600, apreciando dispositivo constitucional paulista em que se alterava simplesmente a **ordem de escolha** em relação ao modelo federal (embora, frise-se, assegurando ao Governador a livre escolha de um dos membros, o que... **não acontece aqui**), o Supremo Tribunal Federal houve por bem suspender a eficácia da norma, entendendo relevantes os fundamentos da ofensa pela regra ao mencionado art. 75, “caput”, da Constituição Federal.

Eis, com efeito, a ementa do acórdão, “*verbis*”

“Os Estados-membros estão sujeitos, na organização e composição de seus Tribunais de Contas a um modelo jurídico estabelecido pela própria Carta Federal, que lhes restringe o exercício e a extensão do poder constituinte decorrente de que se acham investidos. A norma consubstanciada no art. 75 do texto constitucional torna extensíveis aos Estados-membros as regras nele fixadas. É indiscutível o relevo jurídico da questão suscitada, e a ele associa-se uma situação configuradora do **periculum in mora**, que se expressa na conveniência de evitar que o caráter abrangente da norma venha a gerar situação

de possível conflito institucional entre os Poderes Legislativo e Executivo do Estado, com evidente repercussão na ordem jurídica local. O preceito questionado abrange não apenas uma, mas as quatro próximas vagas de Conselheiro, afetando-as, em bloco, à exclusiva escolha da Assembléia Legislativa, com absoluta supressão, ainda que de forma provisória, da possibilidade de participação do Governador do Estado no processo de investidura dos membros integrantes do Tribunal de Contas estadual” (cf. acórdão anexo, doc. nº 2<sup>o</sup>)

E, no corpo do aresto, lê-se:

“Com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais, distanciados do modelo inicial consagrado na Constituição republicana de 1891 – que limitava a sua atuação à mera liquidação das contas da receita e despesa e à verificação de sua legalidade (art. 89) – foram investidos de poderes mais amplos, que ensejam, agora, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das pessoas estatais e das entidades de sua administração direta e indireta. A atuação do Tribunal de Contas, por isso mesmo, assume importância fundamental no campo do controle externo e constitui, como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, tema de inquestionável relevância. / Os Estados-membros estão sujeitos, na organização e composição de seus Tribunais de Contas, a um modelo jurídico estabelecido pela própria Carta Federal, que lhes restringe o exercício e a extensão do poder constituinte decorrente de que se acham investidos. A norma consubstanciada no art. 75 do texto constitucional torna extensíveis aos Estados-membros as regras nele fixadas.” (cf. acórdão excerto do voto do Ministro CELSO DE MELLO, Relator, doc. nº 2)

<sup>1</sup> doc. nº 2: acórdão na ADIn nº 374-7/600 – Medida Liminar, Relator Ministro CELSO DE MELLO, julg. em 26.10.1990

E, prossegue:

“Diz o art. 75: / “As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios”/ A Carta Federal, por sua vez, ao delinear o modelo de organização do tribunal de Contas da União, extensível, de modo cogente e imperativo, à organização e composição dos Tribunais de Contas locais, prescreve, em seu art. 73, § 2º, incisos I e II, que os componentes da Corte de Contas serão escolhidos na proporção de 1/3 pelo Chefe do Poder Executivo e de 2/3 pelo Poder Legislativo” (cf. acórdão anexo, excerto do voto do Ministro CELSO DE MELLO, Relator)

Ora, se assim é em relação a um sistema normativo que simplesmente alterou, em relação ao parâmetro federal, a **ordem de escolha** dos membros do Tribunal, ocasionando, conseqüentemente como se disse no aresto, a “supressão, **ainda que de forma provisória**, da possibilidade de participação do Governador do Estado no processo de investidura dos membros integrantes do Tribunal de Contas estadual” (cf. acórdão, ementa), com tanto mais razão haverá de sê-lo quando, como no caso, não mais se fez do que... afastar, de modo **definitivo e total**, a livre escolha pelo Chefe do Poder Executivo de pelo menos um dos membros da Corte.

8. Desta forma, em tudo e por tudo, é de ser julgada procedente a ação para declarar-se a inconstitucionalidade dos textos impugnados.

## DA MEDIDA CAUTELAR

9. Presentes estão também os requisitos – “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*” – exigidos à sustação cautelar das normas impugnadas, razão pela qual permite-se o Autor pleiteá-la.

10. Com efeito, sendo relevantes, como se demonstrou, os fundamentos da invocada inconstitucionalidade (“*fumus boni iuris*”), há risco de lesão irreparável na hipótese de que não se suspenda desde logo as indigitadas normas (“*periculum in mora*”).

Na verdade, muito não é necessário para demonstrá-lo. Tratam-se de regras que, se cumpridas, determinarão a pura e simples **subtração** ao Chefe do Poder Executivo da relevantíssima prerrogativa que, exatamente em função do Poder que representa e, mais, para que, de alguma forma, tenha a Corte a participação da Administração, lhe quis a Constituição assegurar na composição do Tribunal de Contas. Parece óbvio que, não suspensa a eficácia dos dispositivos, o Tribunal há de compor-se, e, principalmente, nessa condição **funcionar, ... indevidamente**, ou melhor, **inconstitucionalmente!** Com todas as gravíssimas, e, obviamente, **irreparáveis**, conseqüências daí resultantes.

E esta perspectiva torna-se tanto mais concreta quando se consideram as notícias da imprensa de que alguns conselheiros estão prestes a aposentar-se (doc. n.º 3<sup>3</sup>). Afigura-se evidente que, concretizada a abertura da vaga, ver-se-á o Autor no dilema, absolutamente inconveniente à tranquilidade da ordem jurídica e a boa convivência entre os Poderes, de ou descumprir a regra tida por inconstitucional ou, cumprindo-a, colaborar para a **inconstitucional** composição e funcionamento do Tribunal.

Aliás, na ADIn 374-700 foi exatamente este o fundamento da ocorrência do “*periculum in mora*”, “*verbis*”:

doc. n.º 3: recorte do jornal “Zero Hora”, edição de 12.6.1993, em que se notícia a próxima aposentadoria de conselheiros do Tribunal de Contas

“É indiscutível o relevo jurídico da questão supracitada, e a ele associa-se uma situação configuradora do **periculum in mora**, que se expressa na conveniência de evitar que o caráter abrangente da norma impugnada venha a gerar situação de possível conflito institucional entre os Poderes Legislativo e Executivo do Estado, com evidente repercussão na ordem jurídica local. / É preciso ter presente que o preceito questionado abrange não apenas uma, mas as quatro próximas vagas de Conselheiro, afetando-as, **em bloco**, à exclusiva escolha da Assembleia Legislativa, com absoluta supressão, **ainda que de forma provisória**, da possibilidade de participação do Governador do Estado no processo de investidura dos membros integrantes do Tribunal de Contas estadual.” (cf. acórdão anexo, excerto do voto do Ministro CELSO DE MELLO, Relator)”

Ora, no caso, sequer se trata de supressão “provisória”, mas de uma **absoluta, definitiva e permanente** subtração ao Chefe do Poder Executivo do poder que lhe é constitucionalmente assegurado, no interesse, frise-se bem, não dele, mas da **heterogeneidade** da composição do órgão, de escolher livremente pelo menos um dos membros do Tribunal de Contas.

11. Desta forma, e sabendo-se do asoerbaramento que se encontra submetido esse Egrégio Tribunal, o que, por certo, determinará demora no julgamento da presente ação, e satisfeitos que estão os requisitos, em tudo e por tudo é de ser deferida a liminar para sustar os dispositivos impugnados, na linha, repita-se, da jurisprudência já formada no Supremo Tribunal Federal a respeito.

ISTO POSTO, REQUER se digne esse Egrégio Supremo Tribunal Federal, em regime de urgência, deferir cautelarmente a suspensão da eficácia da integralidade dos ora impugnados arti-

gos 74 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul e 21 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do mesmo Estado, havendo-se por bem, ao final, solicitadas as informações à Colenda Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul e cumpridas as formalidades legais, inclusive a citação do Senhor Advogado-Geral da União e a ouvida do Senhor Procurador-Geral da República, julgar a ação procedente para o efeito de declarar a inconstitucionalidade pleiteada com as cominações e consequências de estilo.

Nestes termos pede deferimento  
Brasília, 16 de junho de 1993

Alceu Collares  
Governador do Estado

Gabriel Pauli Fadel  
Procurador-Geral do Estado

Caio Martins Leal  
Procurador do Estado

Informações do Estado do Rio Grande do Sul na  
ADIN N. 1851: Substituição Tributária

*Márcia Regina Lusa Cadore Weber*

REQUERENTE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO  
REQUERIDOS: GOVERNADOR DO ESTADO DE ALAGOAS,  
MINISTRO DA FAZENDA E SECRETÁRIOS DE FAZENDA DOS  
ESTADOS  
INFORMAÇÕES DA FAZENDA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO  
SUL

**I - Do resumo da demanda:**

Objetiva a Confederação argüente ver declarada a inconstitucionalidade da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 13/97 e de disposições do Decreto Estadual Alagoano nº 35.245/91. Alega, em síntese, que a Cláusula Segunda do mencionado Convênio, ao dispor que não caberá a restituição ou a cobrança complementar do ICMS quando a operação ou a prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, se realizar com valor inferior àquele estabelecido com base no art. 8º da Lei Complementar 87/96, afronta o par. 7º do art. 150 da Constituição Federal, que prevê imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Também sustenta a inconstitucionalidade do Decreto Estadual aludido frente à referida norma e ao art. 5º, incisos XXXIV e XXXV da Lei Maior, na medida em que tal diploma condiciona o gozo de benefício fiscal à opção do substituído pelo regime da substituição tributária e a renúncia pelo mesmo, na esfera administrativa ou judicial, a eventual pretensão à diferença entre o preço praticado

nas vendas que realiza e o valor que serviu de base de cálculo para substituição tributária.

Considerando que o interesse da Fazenda Pública Estadual na espécie centra-se na preservação da eficácia do Convênio ICMS 13/97, as razões expostas nesta peça focar-se-ão na constitucionalidade do mesmo, até porque os vícios imputados ao Decreto alagoano mencionado foram afastados com maestria na decisão deferiu em parte a medida liminar.

## II - Preliminarmente:

Impossibilidade Jurídica do Pedido: Inexistência de "lei ou ato normativo federal ou estadual":

Nos termos do art. 102, inciso I, da Constituição Federal de 1988 compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Fixado neste dispositivo o objeto da ação direta de inconstitucionalidade (ADIn): lei ou ato normativo federal ou estadual.

No caso em tela, tem-se a arguição de inconstitucionalidade do Convênio ICMS 13/97, instrumento que em absoluto enquadra-se no conceito de lei ou ato normativo federal ou estadual. Com efeito trata-se de Convênio de caráter interpretativo que sequer foi firmado por todos os entes da federação, na medida em que a ele não aderiram os Estados de Pernambuco, São Paulo, Santa Catarina e do Paraná. Sendo assim, é despido de caráter normativo, não contendo a essência prevista para os acordos referidos na alínea g do inciso II do art. 155 da Constituição Federal, que vêm sendo instrumentalizados na forma da Lei Complementar 24/75. Este diploma legal prevê a edição de Convênios para concessão de benefícios fiscais, desde que aprovados de forma unânime por todos os Estados da Federação que se fizerem representa-

na reunião para tal objetivo convocada. Os Convênios que dispõem sobre a instituição e revogação de benefícios fiscais constituem-se, sem dúvida, ato normativo, fonte formal do direito tributário, podendo ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, como ensina Gilmar Ferreira Mendes: "Assim podem ser apreciados, no juízo abstrato de inconstitucionalidade, fundamentalmente, as leis, as normas constitucionais estaduais, as emendas à Constituição federal e os atos normativos federais e estaduais, incluídos aqui os regimentos dos tribunais e os convênios interestaduais de natureza normativa." (in *Controle de Constitucionalidade, Aspectos Jurídicos e Políticos*, Editora Saraiva, pág. 262)

Mas na hipótese presente, como se mencionou, não se trata de Convênio com caráter normativo, que concede ou revoga isenções, mas sim de mero diploma que enuncia o entendimento de algumas Unidades da Federação. Tem-se, de fato, apenas um Protocolo de Intenções, de conteúdo meramente programático, que não obriga sequer os Estados da Federação que o firmaram. Tanto é assim que no âmbito da legislação gaúcha dito Convênio não produziu qualquer alteração. Isto porque a interpretação nele fixada coincide com a adotada pela Fazenda Pública Estadual desde a edição da Lei Estadual nº 8.820, de 1989, que instituiu o ICMS no Estado do Rio Grande do Sul.

Entendendo-se como lei o preceito comum e obrigatório, emanado do poder competente e provido de sanção (Barros Monteiro, in *Curso de Direito Civil*, São Paulo Ed. Saraiva, 1967, 5ª ed., pág. 14) e como ato normativo aquele que expressa de maneira concreta o conteúdo abstrato da lei, estabelecendo regras de conduta a serem observadas (Hely Lopes Meirelles in *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 2ª ed., pág. 185), forçoso é concluir-se que o Convênio ICMS 13/97 não tem conteúdo e nem forma de "lei ou ato normativo federal", razão pela qual impõe-se a extinção da demanda sem apreciação do mérito (art. 267, inciso VI do CPC).

### III - No mérito:

#### 3.1 Do instituto da substituição tributária: Considerações gerais e arcabouço jurídico:

Poucos institutos do direito tributário têm sido tão combatidos como a substituição tributária. A cada dia surgem teses novas voltadas a demonstrar sua inconstitucionalidade ou ilegalidade, sem o mínimo êxito, é bom que se diga. O E. STF sempre entendeu legítima a substituição tributária na vigência do Decreto-Lei nº 406/68, desde que houvesse lei com a respectiva previsão. O E. STJ, após alguma vacilação, pacificou a matéria, como se infere do julgado abaixo transcrito:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. Operações de Venda de Material Têxtil Hospitalar. Antecipação do Recolhimento. Regime de Substituição Tributária. ADCT, art. 34, § 8º. Decreto-Lei 406/68. Convênio 66/88.

1. Assoalhou-se a legalidade da exigência de antecipado recolhimento do ICMS, nos lindes da substituição tributária.

2. Jurisprudência harmonizada em Embargos de Divergência.

3. Recurso improvido”.  
(Recurso Especial nº 110.786-RS, STJ, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. em 8 de abril de 1997).

Primeiro alegavam os contribuintes a inexistência de previsão constitucional para a substituição. Depois, mesmo feita referência expressa no art. 155, par. 2º, XII, alínea *b* da Lei Maior, também não houve conformidade, ao argumento de que este dispositivo não fazia alusão à substituição na forma progressiva.

Com o advento da Emenda Constitucional 03/93, ficou reafirmada a substituição. A inconformidade, contudo, não cessou. Chegou-se a arguir em determinadas demandas a inconstitucionalidade da aludida Emenda Constitucional. Isso sem falar das alegações contra o Convênio nº 66/88. Mesmo com a edição da Lei Complementar 87/96 não diminuíram as demandas. Agora pretendem os chamados contribuintes substituídos obter restituição que não encontra qualquer amparo na Constituição Federal e na legislação, restituição essa que importa, como se verá, em verdadeiro desmonte do regime de substituição tributária. A razão para tanta inconformidade, na verdade, reside em um fato singelo, mas incontroverso: É inegável tratar-se a substituição tributária da forma de sujeição passiva que melhor consulta os critérios da economia, segurança e certezas fiscais, sobretudo em se tratando de tributação do consumo. Atua em determinadas e necessárias situações, como importante instrumento para, salvaguardando o interesse público, materializar a arrecadação do tributo. Em outras palavras: O REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTARIA IMPEDE (ou pelo menos dificulta) A SONEGAÇÃO FISCAL. É aí, infelizmente, que parece residir a razão maior para tamanha inconformidade de parte das empresas....

A orientação exarada no Convênio ICMS 13/97, segundo a qual não cabe a restituição ou cobrança da diferença a cobrança complementar do ICMS quando a operação ou a prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, se realizar com valor inferior àquele estabelecido com base no art. 8º da Lei Complementar 87/96 está em estrita conformidade com a natureza de tal regime.

A substituição tributária não surgiu com a Carta Política de 1988. Já encontrava previsão nos arts. 121 e 128 do CTN. Ademais, mesmo antes deste diploma já, de algum modo, havia sido aplicada. Ressalte-se, igualmente, a expressa previsão no que se refere ao ICM, contida no Decreto-Lei nº 406/68, com a modificação introduzida pela Lei Complementar nº 44, de 07.12.83.

Na lição de Bernardo Ribeiro de Moraes, no regime da substituição tributária a norma jurídica elege pessoa diversa no lugar do contribuinte, passando ela a ocupar o pólo negativo da relação jurídico-tributária (in *Compêndio de Direito Tributário*, 2º Volume, Editora Forense, pág. 290). No mesmo sentido, Rubens Gomes de Souza ao afirmar que a substituição ocorre quando, em virtude de uma disposição expressa da lei, a obrigação tributária surge desde logo contra uma pessoa diferente daquela que esteja em relação econômica com o ato, fato ou negócio tributado (in *Compêndio de Legislação Tributária*, Ed. Resenha Tributária, São Paulo, pág. 93). Considerando a precisão com que cuida do tema, é indispensável trazer-se à colação, ainda, as lições do mestre Alfredo Augusto Becker:

“O extraordinário desenvolvimento econômico-social nos últimos cinquenta anos atingiu tal ritmo vertiginoso que levou os historiadores à constatação do princípio da aceleração da História: a centripetação dos indivíduos ao redor dos centros urbanos formando massas, enormes de indivíduos: a crescente multiplicidade de relações sócio-econômicas; a complexidade e a variedade cada vez maior de negócios são os principais fatores que estão tornando impraticável aquela solução do legislador na parte que figurará no pólo negativo da relação jurídico-tributária. Até alguns decênios atrás, este indivíduo era, quase sempre, aquele determinado indivíduo de cuja renda ou capital a hipótese de incidência é fato-signo. Entretanto, os fatores que acabaram de ser apontados estão induzindo o legislador a escolher um outro indivíduo para a posição de sujeito passivo da relação jurídico-tributária. E este outro indivíduo consiste precisamente no substituto legal tributário cuja utilização, na época atual, já é freqüentíssima, de tal modo que, dentro de alguns anos, o uso do substituto legal pelo legislador será a regra geral. (...) O substituto legal tributário é uma espécie do gênero contribuinte de jure. Contribuinte *de jure* é a pessoa a que a regra jurídica põe no pólo negativo da relação jurídico-tributária.

assumindo posição de sujeito passivo da mesma (...) O fenômeno da substituição opera-se no momento político em que o legislador cria a regra jurídica. E a substituição que ocorre neste momento consiste na escolha pelo legislador de qualquer outro indivíduo em substituição daquele determinado indivíduo de cuja renda ou capital a hipótese de incidência é fato-signo presuntivo”. (in *Teoria Geral do Direito Tributário*, São Paulo; Ed. Saraiva, 1972, pp. 501/2).

Esta lição, como adiante se verá, é de fundamental importância para correta interpretação do parágrafo 7º do art. 150 da Constituição Federal e do art. 10 da Lei Complementar nº 87/96.

De invocar-se, finalmente, acerca da substituição, o magistério de Hector Villegas:

“O legislador cria o substituto tributário quando resolver substituir *ab initio* o destinatário legal tributário da relação jurídica tributária principal. Surge, ali, um só vinculum juris entre o sujeito ativo ‘fisco’ e o sujeito passivo ‘substituto’ (...). O substituto existe porque o legislador criou para possibilitar ou facilitar a melhor consecução de principal finalidade para a qual o tributo é criado (levar fundos ao tesouro público). Basta então caracterizá-lo devidamente e assinalar suas diferenças em relação a contribuintes e responsáveis solidários. As realidades legislativas compelem o jurista tributário a, não raro, assumir atitudes pragmáticas. No direito tributário argentino tem-se produzido significativo avanço no instituto em foco.” (in “Curso de Direito Tributário”, Revista dos Tribunais, 1980, pág. 112/113).

Vê-se, pois, que a substituição tributária não constitui novidade nem mesmo no direito comparado, mas representa técnica de tributação simplificada, que melhor diz com a comodidade, economia e

conveniência administrativas, assecuratória do efetivo ingresso do tributo e inibidora de sonegação fiscal, sobretudo em se tratando de tributação do consumo. Na forma progressiva não reflete instrumento a serviço da ganância do Estado. Se assim fosse a substituição regressiva, em nosso meio conhecida por diferimento, informada pelos mesmos princípios, representaria um ato de liberalidade do ente público em relação à receita tributária. Não é o que ocorre. Ambas representam técnica de tributação simplificadora: na substituição legal tributária há só uma obrigação tributária, e não várias, porque seu efeito é exatamente, o de suprimir obrigações tributárias que corresponderiam às etapas do ciclo de comercialização anteriores ou posteriores, conforme a substituição se processe 'para trás' ou 'para frente'; o que o fato imponível tem de especial é a base de cálculo, que considera valores agregados em outras etapas do ciclo de comercialização. São legítimos instrumentos de justiça social, uma vez que garantem a arrecadação dos tributos em mercados pulverizados, obstando com maior facilidade a evasão de receitas.

Feitas essas considerações acerca do instituto da substituição tributária, vale lembrar, uma vez mais, que o mesmo mereceu expressa menção do legislador constituinte de 1988:

"Art. 155 - ...

par. 2º - ....

XII - Cabe à lei complementar:

b) dispor sobre substituição tributária"

Este mesmo legislador, antevendo demora na edição da necessária Lei Complementar autorizou, nos termos do art. 34, § 8º do ADCT/88, a que os Estados e o Distrito Federal, vencido o prazo de 60

dias da promulgação da Lei Maior sem a edição de lei complementar, fossem regulando provisoriamente a matéria, mediante Convênio celebrado nos termos da Lei Complementar 24/75.

Em decorrência, o Convênio nº 66/88, editado em estrita conformidade com as normas constitucionais, podia legitimamente dispor sobre substituição tributária e o fez nos seguintes termos:

"Art. 25 - A lei poderá atribuir a condição de substituto tributário a:

.....

II - produtor, extrator, gerador, inclusive de energia, industrial, distribuidor, comerciante ou transportador, pelo pagamento do imposto nas operações subseqüentes,;

.....

Parágrafo único: Caso o responsável e o contribuinte estejam situados em Estados diversos, a substituição dependerá de acordo entre estes."

Com a Emenda Constitucional nº 03/93 a substituição tributária passou a ser tratada também no § 7º do art. 150 da CF/88, segundo o qual a lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento do imposto ou contribuição cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a preferencial restituição da quantia paga caso não se realize o fato imponível. Por esta emenda constitucional, o instituto, antes afeto apenas ao ICMS, ganhou maior abrangência, podendo, inclusive, alcançar a figura da contribuição.

Atualmente, a LC 87/96, editada em conformidade com os arts. 155, par. 2º, XII e 146 da Constituição Federal, dispõe sobre a matéria nos arts. 6º e seguintes:

“Art. 6º - Lei Estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que o contribuinte assumirá a condição de substituto tributário. (...)

Art. 8º - A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário.

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro relativa às operações ou prestações subseqüentes.

§ 1º - ...

§ 2º - ...

§ 3º - Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço.

§ 4º - A margem a que se refere a alínea c do do inciso II do *caput* será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei”.

No âmbito estadual, a substituição tributária atinente às operações realizadas com veículos vem estabelecida na Lei Estadual nº 8.820/89, com a redação dada pela Lei/RS 10.908/96:

“Art. 30 - A substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado com outras Unidades da Federação interessadas, ficando recepcionados os acordos que trata da matéria, celebrados anteriormente a 31 de outubro de 1996.

Art. 33. Na condição de substituição tributária, são responsáveis pelo pagamento do imposto devido:

(...)

II - na operação subseqüente promovida por contribuinte deste Estado com veículos novos motorizados, inclusive duas rodas, indicados em acordo celebrado com outras Unidades da Federação, os contribuintes deste Estado relacionados nas alíneas do inciso anterior que a ele tenham remetido mercadorias;

§ 1º - O disposto neste artigo exclui a responsabilidade dos contribuintes substituídos em relação ao pagamento devido nas operações subseqüentes por eles promovidas, com mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária (...)"

Em relação às operações interestaduais realizadas com veículos, o regime de substituição tributária foi objeto do Convênio ICMS 132/92, alterado pelos Convênios ICMS 143/92, 148/92, 01/93, 87/93, 44/94, 52/94, 88/94 e 163/94, normas que estão em estrita conformidade com a Lei Complementar 87/96.

Este, pois, o arcabouço jurídico da substituição tributária que, em momento nenhum, prevê a restituição na hipótese de o valor praticado na operação subseqüente ser inferior à base de cálculo fixada para fins de substituição tributária. Tampouco existe qualquer previsão no sentido de cobrança complementar se tal operação realizar-se com valor superior à referida base de cálculo. E nem poderia haver, sob pena de desnaturar-se o regime da substituição tributária, voltando-se ao regime da tributação comum (crédito/ débito em todas as etapas de circulação). Certamente este não foi o intuito do legislador constituinte ao prever a substituição tributária.

Conforme já se disse, o efeito da substituição tributária é, exatamente, o de suprimir obrigações tributárias que corresponderiam às etapas do ciclo de comercialização anteriores ou posteriores, conforme a substituição se processe 'para trás' ou 'para frente' e o que esse fato gerador tem de especial é a base de cálculo, a qual considera valores agregados em outras etapas do ciclo de comercialização, segundo critérios especificados na lei, os quais, evidentemente reportam-se à média dos preços verificados no mercado. Desta forma, a restituição que se pretende, a partir do valor da operação subseqüente praticada pelo contribuinte substituído, importa em afronta direta ao disposto no art. 8º da Lei Complementar 87/96 e, em consequência ao disposto no art. 146

inciso III, *a*, da Constituição Federal, que delega à Lei Complementar a função de definir a base de cálculo.

A prosperar a tese da inicial restaria fixada, operação a operação, base de cálculo em total desconformidade com a Lei Complementar 87/96 e em momento subseqüente ao fato gerador previsto no regime da substituição inculcado na mesma. Interessante observar que a inicial nada refere acerca de eventual pagamento complementar do ICMS nas hipóteses - que se constituem a maioria - em que o valor da operação praticado pelo substituído é maior do que a base de cálculo fixada para o recolhimento de substituição tributária, de acordo com o art. 8º da Lei Complementar 87/96.

Se nesta hipótese descabe a cobrança complementar do ICMS, muito menos se pode cogitar de eventual devolução se por estratégia de mercado, promoção ou qualquer outro motivo, tiver o substituído praticado preço inferior à aludida base de cálculo.

3.2 Da inexistência de relação jurídica entre o Estado e o substituído que autorize a restituição vedada pelo Convênio ICMS 13/97.

Para espantar qualquer dúvida quanto à constitucionalidade do regime da substituição tributária, que já vinha previsto no art. 155, par. 2º, XII, alínea *b* da Carta Magna, a Emenda Constitucional 03/93 acrescentou o seguinte parágrafo ao art. 150 da aludida Carta:

"§7º - A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador."

Conforme se referiu, passou o legislador constituinte a prever a substituição tributária na forma progressiva expressamente, abrindo a possibilidade de a mesma alcançar a figura da contribuição. A substituição tributária, na esteira da lição de Alfredo Augusto Becker, consiste na escolha pelo legislador de qualquer outro indivíduo em substituição daquele determinado indivíduo de cuja renda ou capital a hipótese de incidência é o fato-signo presuntivo. (in Teoria Geral do Direito Tributário, São Paulo; Ed. Saraiva, 1972, pp. 501/2). Como corolário lógico desta definição, aduz o ilustre tributarista:

“Quando a lei outorga ao substituto o direito de reembolso ou retenção na fonte contra o substituído, esta relação jurídica entre o substituto e substituído não é de natureza tributária. A prestação jurídica, mas não é prestação jurídica, porém não jurídico-tributária. Em síntese: o que o substituído paga ao substituto não é tributo. (...) Não existe qualquer relação jurídica entre o substituído e o Estado. O substituído não é o sujeito passivo da relação jurídica tributária, nem mesmo quando sofre a repercussão jurídica do tributo em virtude do substituto legal tributário exercer o direito de reembolso do tributo ou de sua retenção na fonte. Em todos os casos de substituição legal tributária, mesmo naqueles em que o substituto tem perante o substituído o direito de reembolso do tributo ou de sua retenção na fonte, o único sujeito passivo da relação jurídico-tributária (o único cuja prestação jurídica reveste-se de natureza tributária) é o substituto (nunca o substituído). O substituído não paga tributo ao substituto. A prestação jurídica do substituído que satisfaz o direito (de reembolso ou de retenção na fonte) do substituto, não é de natureza tributária, mas sim de natureza privada (...) A inexistência de qualquer relação jurídica entre o substituído e o Estado é conclusão que decorre facilmente das duas premissas já analisadas. Primeira: embriogenia e conceito do substituto legal tributário. Segunda natureza da relação jurídica entre substituto e substituído” (ob. cit. págs. 513/514).

Se o substituído não mantém relação jurídica tributária com o ente público estadual, por certo não pode cogitar de qualquer restituição, até porque a legislação gaúcha é expressa em afastar sua responsabilidade caso a operação subsequente venha a ocorrer em preço superior à base de cálculo fixada de acordo com o art. 8º da LC 87/96.

Caso entenda o substituído (concessionária de veículos, por exemplo) que o preço que adquire (no qual está embutido obviamente o imposto pago por substituição em função da repercussão econômica) está excessivo, deve gestionar junto ao substituto (fabricante) e este, na forma da Lei Complementar 87/96, buscará junto ao Poder Público, as adequações na margem de lucro fixada. De fato. Eventual interesse jurídico somente poderia decorrer da relação mercantil, regrada pelo Direito Privado, existente entre o substituído e o substituto tributário. Alheio, portanto, à relação tributária, de Direito Público, que diz respeito apenas ao substituto legal tributário e ao Estado.

A ilegitimidade do substituído para questionar o regime da substituição tributária vem sendo reiteradas vezes reconhecida na jurisprudência pátria, como se infere dos acórdãos abaixo transcritos:

“A expressão substituição tributária não é uma boa expressão para definir esse instituto. Juridicamente o substituto tributário não substitui ninguém. O fenômeno da substituição - ainda nas palavras de Becker - opera-se no momento político em que o legislador cria a regra jurídica. E a substituição que ocorre neste momento consiste na escolha pelo legislador de qualquer outro indivíduo em substituição daquele determinado indivíduo de cuja renda ou capital a hipótese de incidência é fato-signo presuntivo. (ibid. p. 505/506). Quando essa escolha do legislador se torna regra jurídica, e ela incide criando a obrigação tributária, essa obrigação já nasce contra o substituto legal tributário. “Entre o Estado e o substituído não existe qualquer

relação jurídica". (ibid. 507) (...) à vista do exposto, não se pode dizer que o substituído recolhe antecipadamente o ICMS; ele não recolhe nem antes nem nunca, porque é alheio à relação jurídica tributária. Ainda no magistério de Alfredo Augusto Becker, não existe qualquer relação jurídica entre o substituído e o Estado (ibid. p. 513). É preciso que isso fique claro: na substituição legal tributária há só uma obrigação tributária, e não várias, porque seu efeito é, exatamente, o de suprimir obrigações tributárias que corresponderiam às etapas do ciclo de comercialização anteriores ou posteriores, conforme a substituição se processe "para trás" ou "para frente"; o que esse fato gerador tem de especial é a base de cálculo, a qual considera valores agregados em outras etapas do ciclo de comercialização. A questão de saber quem suporta esse encargo é de natureza econômica, nada tendo a ver com o fenômeno jurídico. Fora de dúvida, é um custo de quem adquire o produto para revendê-lo. Mas, como está embutido no preço, é repassado ao consumidor. Nessa linha, substituto tributário, na espécie, é o fabricante das bebidas e não o distribuidor. A ILEGITIMIDADE AD CAUSAM DA RECORRENTE É O COROLÁRIO LÓGICO DESSAS RAZÕES. Superada que fosse, ainda assim, a substituição tributária, em hipóteses desse jaez, está autorizada desde a Lei Complementar nº 44, de 1986. Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial pela letra c, negando-lhe provimento" (grifos apostos) (Recurso Especial nº 86.465 - RS (964595-0).

Também assim a decisão prolatada no Resp nº 50.760

SP:

"TRIBUTÁRIO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ICMS INCIDENTE SOBRE A VENDA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES NOVOS. 1. SUBSTITUTO LEGAL TRIBUTÁRIO E RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO. DISTINÇÃO. O substituto legal tributário é a pessoa, não vinculada ao fato gerador, obrigada

originariamente a pagar o tributo; o responsável tributário é a pessoa, vinculada ao fato gerador, obrigada a pagar o tributo se este não for adimplido pelo contribuinte ou pelo substituto legal tributário, conforme o caso. 2. SUBSTITUÍDO OU CONTRIBUINTE DE FATO. O substituído ou contribuinte de fato não participa da relação jurídico tributária, carecendo, portanto, de legitimação para discuti-la. Recurso Especial conhecido e provido" (grifos apostos) (Resp 50.760-SP, 2ª Turma do E. STJ, Rel. O Exmo. Min. Ari Pargendler, publicada no DJU de 20.10.97, pág. 5302)

No mesmo sentido, julgou o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

"Mandado de Segurança - Substituição Tributária - Aspiração do substituído em creditar-se de alegado excesso de tributação - Pretensão autônoma que afastaria a do substituto, contribuinte de direito, em razão de serem ambos alcançados pela 'res judicata', ilegitimidade 'ad causam' reconhecida. Sujeito passivo da obrigação tributária, no regime de substituição tributária, para creditar-se de eventual excesso do imposto cobrado, é o substituto, isto é, o fabricante que aparece na norma tributária com obrigação de efetuar o pagamento. Por ser inafastável a legitimidade ativa ad causam do substituto, em creditar-se da exigência indevida do imposto, não é a de aceitar-se a legitimidade concorrente autônoma do substituído, em relação à mesma é indivisível relação jurídica de direito tributário, porque a improcedência do pedido faria coisa julgada para ambos (pela incidibilidade da relação tributária), o que afastaria, inusitadamente, o substituto contribuinte do imposto por força de lei, de rediscutir as questões julgadas." (AC nº 69718, 4ª Câmara Cível, julgada em 24.06.96, JUIS - Jurisprudência Informatizada, Saraiva, 07)

Se o substituído não detém relação jurídico-tributária com

Estado, por certo não se pode cogitar da restituição referida na inicial e vedada no Convênio ICMS 13/93 que, como se viu está em estrita conformidade com o par. 7º do art. 150 retrotranscrito. Este prevê a restituição apenas na hipótese de incorrência do fato imponible e não destina, expressamente, tal repetição ao contribuinte substituído.

Poder-se-ia dizer: como então o faz o art. 10 da Lei Complementar nº 87/96? Efetivamente tal artigo ao prever a restituição ao substituído na hipótese de incorrência do fato gerador presumido, parece desbordar do conteúdo do art. 150, par. 7º da Lei Maior, que faz referência apenas ao substituto (tratado no dispositivo como responsável), mormente se considerarmos a doutrina antes transcrita. Contudo, considerando o princípio da constitucionalidade das leis, indispensável à segurança jurídica, pertinente é a interpretação no sentido de que o art. 10 da LC 87/96 apenas esclareceu a norma constitucional, indicando o destinatário da restituição, no caso, o substituído. Conferiu-lhe legitimação extraordinária apenas e tão-somente na hipótese em que prevê: incorrência do fato gerado presumido, isto é, da operação subsequente. Tal situação não se confunde absolutamente com as situações em que tal operação ocorra por preço inferior à base de cálculo prevista para substituição tributária, o que será examinado no tópico subsequente.

3.3 Da correta interpretação da expressão "caso não se realize o fato gerador" contida no par. 7º do art. 150 da Constituição Federal:

"No decorrer da inicial tenta o argüente demonstrar que a incorrência do fato imponible presumido equivale à sua realização com preço inferior à base de cálculo fixada nos termos do art. 8º da Lei Complementar 87/96. No entanto, não logra êxito em sua tarefa, na medida em que à fl. 4 de forma expressa admite tratar-se de duas situações distintas." (...) Não

ocorrendo este evento; ou ocorrendo em dimensão menor do que a prevista".

O fato gerador presumido é a operação relativa à circulação de mercadoria subsequente à saída da mesma do estabelecimento do contribuinte substituto. Nos termos do art. 114, do CTN, fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. Ora, tendo havido a comercialização do veículo pelo substituído, parece certo afirmar que o fato imponible presumido ocorreu e, não fosse a substituição tributária, seria devido o ICMS pelo mesmo. Se, eventualmente, a venda ocorre por preço inferior à base de cálculo estabelecida em conformidade com os critérios estabelecidos pelo art. 8º da Lei Complementar nº 87/96 tal não pode ser equiparado não ocorrência da venda, única hipótese em que se admite a repetição. Tal interpretação importaria em admitir-se conceito de fato gerador completamente desconhecido na legislação e na doutrina pátria, ampliando-se de forma indevida a possibilidade de repetição prevista na Lei Maior e explicitada no art. 10 da LC 87/96.

Ademais disso, não se pode olvidar que ocorrido o fato imponible previsto na norma que regula a substituição, saída do estabelecimento do contribuinte substituto, a base de cálculo definitiva e inalterável é aquela estabelecida de acordo com o artigo 8º da LC 87/96, que contempla o valor médio ponderado a ser pago por todos os consumidores em todas as aquisições. O valor recolhido pelo substituto, em conformidade com esta regra, é devido e legal, descabendo qualquer restituição.

Ao tratar do controle de constitucionalidade pela via da ação direta, ensina Themistocles Brandão Cavalcanti (*in Do Controle da Constitucionalidade*, Rio, Forense, 1ª edição, pág. 70), sugere as algumas regras para aferição de eventual violação à Carta Magna, tais como: 1) A Constituição deve ser considerada como um todo harmônico; 2) não se deve decidir contra a letra da Constituição; a presunção é no sentido de que a letra exprima o pensamento da Constituição; 3) As palavras devem ser entendidas em sua acepção costumeira, desde que não tenham sentido técnico próprio.

Referindo a Lei Maior a circunstância de não ocorrer o fato gerador presumido, impossível é, sem que se decida contra sua letra e se adote sentido técnico impróprio, equiparar tal situação à operação realizada por preço inferior à base de cálculo fixada em conformidade com a Lei Complementar 87/96. Desta forma, a cláusula segunda do Convênio ICMS 13/97 não sofre de qualquer vício de inconstitucionalidade na medida em que trata de situação distinta e não prevista pelo já tantas vezes referido par. 7º do art. 150 da Constituição Federal.

O E. Tribunal de Justiça do Estado já teve oportunidade de manifestar-se acerca do tema, adotando o mesmo entendimento previsto no Convênio ICMS 13/97:

“Se o valor da venda é presumido, é da sua essência não se compensar eventuais diferenças para mais ou para menos. Com efeito, certamente há e devido à inflação deve ser hipótese bastante comum hipóteses em que o substituto faz venda por valor superior àquele resultante da presunção legal. Não tem nem ele, nem o substituído, que recolher imposto a maior. Também assim deverá ser em que por algum motivo faça vendas por valores inferiores àqueles presumidos pela lei”. (Apelação Cível nº 595010109, 2ª Câmara Cível. Relator: Arnaldo Rizzardo. 22/03/95)

Esta decisão foi confirmada pelo E. STJ quando do julgamento do Recurso Especial nº 86.465 antes citado.

No mesmo sentido, julgado da Colenda 1ª Câmara Cível:

“Direito Tributário. Regime de substituição tributária. Valor presumido e real.

No regime de substituição tributária, a possível inadequação entre o valor presumido, sobre o qual foi pago imposto, e o valor real negociado, não tem qualquer reflexo que importe em restituição do pago a mais ou complementação do pago a menos.” (Agravo de instrumento nº 597115120)

#### IV - Em conclusão:

Tendo em vista a finalidade da substituição tributária, voltada à otimização da arrecadação, não é de se presumir que o legislador constituinte ao contemplá-la criasse mecanismo que representasse a inviabilização da mesma. Além disso, estando a base de cálculo para substituição prevista na Lei Complementar (art. 8º), lei esta que encontra previsão constitucional no art. 146, inciso III e 155, par. 2º XII da Constituição Federal, sua modificação posterior, para mais ou para menos importaria, sem dúvida, em violação a tais normas constitucionais e ao princípio da legalidade (arts. 5º, inciso II e 37 da Lei Maior). Não há cogitar-se, por outro lado, de afronta ao princípio da igualdade, por que todos os contribuintes congregados pela argüente submetidos ao regime da substituição tributária são tratados da mesma forma. Também não se configura qualquer pagamento a maior ou indevido vez que, como mencionado, a base de cálculo no regime de substituição está em conformidade com o disposto na Lei Complementar 87/96.

Forçoso é concluir-se, pois, considerando a interpretação sistemática da Constituição Federal e as características próprias do regime da substituição tributária, bem delineadas na lição de Alfredo Augusto Becker, que a cláusula segunda do Convênio ICMS 13/97 reveste-se de absoluta constitucionalidade.

Assim, espera e confia a Fazenda Pública Estadual seja

a presente ação extinta sem apreciação do mérito ou, na pior das hipóteses, julgada totalmente improcedente.

Porto Alegre, 05 de novembro de 1998  
Paulo Michelucci Rodrigues  
Secretário de Estado da Fazenda

Márcia Regina Lusa Cadore Weber  
Procuradora do Estado  
OAB nº 29.266

Memoriais do Estado do Rio Grande do Sul no RESP  
N. 22.724-4 RS: Transferência de Créditos do ICMS

*Jorge Arthur Morsch*

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PRIMEIRA TURMA  
RECURSO ESPECIAL Nº 22.724-4-RS.  
RECORRENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
RECORRIDO: CALÇADOS GILBECKER LTDA.  
RELATOR: MIN. DEMÓCRITO REINALDO

#### MEMORIAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

##### EMINENTE MINISTRO:

1. Apesar das longas peças, a questão jurídica dos autos é singela. Trata-se da **concessão de favor fiscal sem suporte legal**, e com contrariedade manifesta ao DL 406/68, à Lei Complementar nº 24/75, e sobretudo **com implosão da legislação federal que regula o princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS**, na parte em que dispõe sobre o crédito fiscal por entradas e a sua finalidade de **compensação (abatimento)** com o débito fiscal por saídas **por ocasião da realização do fato gerador subsequente**.

2. Enquanto o Estado recorrente reconhece três diferentes graus de benefício fiscal, legalmente previstos, a decisão recorrida concedeu ao contribuinte um **quarto, novo, ilegal e desastroso benefício fiscal**, pondo-se ao total desamparo do direito federal

disciplinador da matéria. Pior. Subverteu toda a sistemática legal, com hierarquia de lei complementar, reguladora do processo de apuração do valor do imposto a pagar, cujo molde está na Constituição, quando impõe o sistema não-cumulativo ao tributo.

3. O direito positivo federal e local criou um sistema integrado de benefícios ao setor industrial exportador, que compreende três níveis: **a) a imunidade na saída** para o exterior de produtos industrializados (CF, art. 155, § 2º, inciso X; DL 406/68, art. 1º, § 3º); **b) a manutenção (não-anulação) do crédito fiscal** relativo às matérias-primas dos produtos intensamente industrializados **exportados** (CF, art. 155, § 2º, inciso II, parte final, e art. 3º, § 3º); **c) a possibilidade de transferência a terceiros do crédito fiscal** relativo às matérias-primas de produtos intensamente industrializados **exportados**, que tenham sido **mantidos (não-anulados)**. (Convênio AE-7/71. Lei 8.820/89, art. 31. D. 33.178/89, art. 38).

4. Quanto ao primeiro grau de benefício, a imunidade diz respeito à operação de circulação consistente na **saída** do produto; a operação de circulação consistente na **saída** do produto industrializado **para o exterior** (DL 406/68, art. 1º, § 3º, inciso I), **ou seja transposição das fronteiras nacionais**.

5. Como o crédito fiscal é o direito de **abater** (compensar) **do imposto a pagar hoje o imposto pago ontem**, estabeleceu-se que, se não há imposto a pagar **hoje**, deve ser anulado o imposto pago **ontem**, ou seja, **deve ser estornado o crédito fiscal** (CF, Art. 155, § 2º, inciso I e inciso II, letra b; DL 406/68, art. 3º, caput e §§ 1º e 3º). Porém. Não obstante essa **regra geral de anulação do crédito fiscal quando ocorre operação não tributada**, foi permitido um segundo grau de benefício fiscal à indústria exportadora, consistente na **manutenção (não-anulação) do crédito fiscal** relativo à matéria-prima dos produtos intensamente industrializados **exportados** (CF, art. 155, § 2º, inciso II e XII; DL 406/68, art. 3º, § 3º). Também aqui, quando se cogita deste segundo grau de benefício fiscal, a realização de uma efetiva operação de exportação, como saída física da mercadoria de nosso País para o

exterior, constitui pressuposto óbvio inarredável. Se sem a saída não existe imunidade, sem saída muito menos poderá haver **manutenção (não-anulação) do crédito fiscal**. Em outras palavras, a **manutenção (não-anulação) do crédito fiscal** se situa lógica e cronologicamente em momento posterior à saída do produto industrializado para o exterior do País.

6. O terceiro grau de benefício fiscal à indústria exportadora consiste na possibilidade da **transferência a estabelecimentos de terceiros** deste crédito fiscal correspondente à matéria-prima de produtos intensamente industrializados **exportados**, que **foram mantidos (não anulados)**. Sua origem está no convênio AE-7/71, vigente até 05.10.1990 (ADCT, art. 41, § 3º; Convênio ICMS 60/90 (DOU 18.09.90, p. 17.842), que permitiu a transferência dos créditos fiscais **acumulados** em razão da entrada de matéria-prima **empregada na fabricação de produtos que sejam objeto de saída para o exterior, à exceção daqueles cujo estorno é obrigatório**. A legislação local (Lei 8.820/89, e D. 33.178/89) também facultou a transferência dos **excedentes de crédito acumulados em virtude de não-anulação do imposto que incidiu sobre a matéria-prima empregada na fabricação de produtos industrializados**. Certo, portanto, que se permite a transferência do crédito fiscal **acumulado e mantido (não-anulado) em razão de benefício fiscal, após uma operação de exportação**.

7. Inobstante, com evidente maltrato à legislação federal, a decisão recorrida **criou em prol da indústria exportadora um quarto benefício fiscal**, consistente na possibilidade de transferência a terceiro de **QUAISQUER CRÉDITOS FISCAIS EXISTENTES EM SUA CONTABILIDADE, INCLUSIVE AQUELES RELATIVOS ÀS MERCADORIAS DEPOSITADAS EM SEUS ARMAZÉNS, COMO ESTOQUE**. Ai inclui tanto as matérias-primas, quanto os produtos semi-elaborados e os produtos industrializados. Não se apercebeu de que tais mercadorias tanto podem ser remetidas ao exterior, como comercializadas no mercado interno. Ignorou a circunstância de que podem até não ingressar no

próprio estabelecimento, bem assim parecer. Esqueceu que o benefício visa angariar dividas para o País, através da exportação, e a formação de estoques, eventualmente especulativos, não gera qualquer ganho ao País.

8. A decisão recorrida contraria a legislação federal do ICMS tanto topicamente, como enquanto sistema. Topicamente, porque contraria o art. 3º, **caput** e §§ 1º e 3º do DL 406/68, pois frustra a possibilidade de realização do princípio da não-cumulatividade, na forma disciplinada nesses textos. Enquanto o DL 406/68 determina que o montante pago nas operações anteriores (crédito por entradas) será utilizado para compensar o imposto pago na operação atual (débito por saídas) para apurar o montante devido do imposto, a decisão recorrida permite a transferência (alienação) a terceiros desses créditos **antes da ocorrência da operação atual, impedindo a compensação** (abatimento) e **gerando a cumulatividade do imposto**. Enquanto o DL 406/68 determina o estorno (anulação) do crédito fiscal por entrada quando a saída não gera débito fiscal (como na imunidade), a decisão recorrida impede a incidência da regra: **torna impossível anular o crédito fiscal ... porque ele não está mais na contabilidade da empresa, transferido que foi a terceiros**.

9. A decisão local também afrontou o **próprio sistema** federal regulador do ICMS não-cumulativo, centralizado no crédito fiscal por entradas. Segundo decorre desse sistema, a sorte do crédito fiscal está ligada à sua **finalidade única** de implementar a não-cumulatividade, através do **abastecimento**, no imposto a pagar hoje, do imposto pago ontem. Assim, se a **mercadoria sai** com imposto a pagar, o crédito fiscal realiza sua finalidade: abate (compensa) e **se exaure**. Desaparece, cumprida a missão. Se a **mercadoria sai** sem imposto a pagar, o crédito fiscal perde sua finalidade de abater (compensar) e por isso é anulado. Aqui desaparece por tornar-se desnecessário. Se a **mercadoria sai** do circuito de circulação econômica através de seu consumo no próprio estabelecimento ou pelo perecimento (incêndio), o crédito fiscal também perde sua finalidade, e é anulado

Agora, desaparece por inútil. Ora, se está implícito no sistema que o crédito fiscal desempenha seu papel **se e quando** a mercadoria circula, resta evidente que **enquanto a mercadoria permanecer no estabelecimento** (não sair), **lá também há de ficar o crédito fiscal gerado na sua entrada**. Para, quando for o caso, servir para abater (compensar). Certo. O crédito fiscal se libera da mercadoria numa única hipótese: quando **mantido** (não-anulado) **após uma operação de exportação de produtos intensamente industrializado**. Então a mercadoria **sai**, o crédito fiscal **fica**, e se torna **livre**, pois deixa de ser o direito de abater e supera a não-cumulatividade. **Toma a feição de benefício fiscal**. A partir desse momento, e somente então, poderá ser transferido livremente a terceiros.

10. Ora, a decisão recorrida **desestrutura** todo este delicado mecanismo de efetivação da não-cumulatividade através do instrumento do crédito fiscal, quando permite a transferência a terceiros de **quaisquer créditos fiscais** por entrada existentes na contabilidade das empresas, **inclusive os relativos às mercadorias em estoque**. Desrespeitando a não-cumulatividade, frustrando o abatimento, impedindo a anulação, confundindo a utilização irregular do crédito fiscal, permitindo a utilização irregular do crédito fiscal, facultando a saída dos créditos independente da saída das mercadorias, a resultante imediata da decisão é a **agressão ao próprio sistema** concretizador da não-cumulatividade.

11. Mais. A criação de favor fiscal sem suporte legal implica contrariedade aos incisos I, II e VI do art. 97 do Código Tributário Nacional, na medida em que institui hipótese de **extinção, redução ou exclusão de tributo independente de lei**. E afronta ainda o art. 111 do mesmo diploma, quando determina a **interpretação literal da legislação tributária** em matéria de favores fiscais, regra que objetiva exatamente impedir a criação de novos favores fiscais por via de interpretação extensiva, como efeito no caso.

12. Ao estabelecer um novo benefício fiscal, não previsto em Convênio, a decisão recorrida entrou em testilhas com a Lei Complementar n° 24/75. Art. 1º, parágrafo único, incisos III e IV. O ICMS é um tributo **nacional** de competência dos Estados, que estão inibidos de prodigalizarem favores fiscais a seu talante.

13. É sabido em matéria de ICMS que o crédito fiscal por entradas é um direito virtual, que só adquire utilidade para o contribuinte quando surge um débito fiscal por saídas que o abata (compense), vale dizer, só adquire significado econômico quando o contribuinte promove uma operação tributada, isto é, realiza o fato gerador do tributo. Equivocadamente, a decisão recorrida permite a utilização do crédito fiscal **antes e independente** da realização de qualquer operação de circulação de mercadorias. Com isto, em verdade, está criando um novo fator gerador do tributo, o armazenamento de mercadorias, com a formação de estoque, fato não previsto como hipótese de incidência no art. 1 do DL 406/68, que por isso mesmo está violado.

**Eminente Ministro:**

14. Não só o despacho presidencial que deu seguimento ao presente recurso admitiu expressamente que a legislação federal disciplinadora do ICMS foi contrariada pela decisão recorrida (fl. 201). O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já apreciou a matéria, em decisões singulares. Ao negar seguimento ao AI 28.234-4 RS interposto pelo contribuinte (DJU 11.03.93, p. 3.496), o ilustre Ministro César Rocha assim se manifestou quando ao mérito:

“O v. Acórdão recorrido, ademais, é percuciente na análise da controvérsia, e correto ao concluir pela impossibilidade de creditamento do ICMS (verificado na entrada da matéria-prima) se inocorrente a saída do produto fabricado, ao que, a evidência não se equipara o estoque sugerido pela recorrente.

Igual sorte teve o AI 30.822-9-RS interposto pelo contribuinte (DJU 18.02.93, p. 1974), ao qual o ilustre Min. José de Jesus Filho negou seguimento.

Pelo contrário, sendo recorrente o Estado do Rio Grande do Sul, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem determinado o processamento do recurso especial. Assim fez Vossa Excelência no AI 14470-RS (DJU 27.11.91, p. 17.200), quando deixou ressaltada a gravidade do assunto e ter havido **demonstração plausível da possível ofensa à lei federal**. No mesmo sentido o despacho proferido no AI 15.286-RS (DJU 04.12.92, p. 23.106) pelo Ilustre Ministro Hélio Mosimann.

**O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL** pede o conhecimento e o provimento do recurso.

Brasília, 16 de agosto de 1993.

Jorge Arthur Morsch

Procurador do Estado

**RECURSO ESPECIAL N. 22.724-4 — RS  
(92.0012334-1)**

**Primeira Turma (DJ, 01.08.1994)**

Relator: Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Calçados Gilbecker Ltda.

Advogados: Drs. Helena Acauan Pizzato e outro e Cláudio Otávio Xavier e outros

**EMENTA:** — TRIBUTÁRIO. ICM. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. EMPRESA EXPORTADORA. CRÉDITO REFERENTE À ENTRADA DE MATÉRIA-PRIMA. TRANSFERÊNCIA PARA ESTABELECIMENTOS SITUADOS NO MESMO ESTADO.

CONDICIONAMENTO À EXPORTAÇÃO DA MERCADORIA. PRECEDENTES.

I — O direito à transferência do crédito fiscal do ICM relativo à entrada de matéria-prima necessária à produção de mercadorias destinadas ao mercado exterior, só se torna exercitável com a efetiva saída dos produtos, através da exportação, a teor do estatuído na cláusula 2ª do Convênio AE 7/71.

II — A permanência da matéria-prima em estoque não autoriza a transferência do crédito, que, antes de concretizada a saída com destino ao mercado estrangeiro, constitui mero direito expectativo.

— Precedentes desta Egrégia Corte.

— Recurso provido, à unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, César Asfor Rocha e Garcia Vieira.

Custas, como de lei.

Brasília, 15 de junho de 1994 (data do julgamento)

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: — Trata-se de recurso especial interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, com arrimo na alínea a do preceptivo autorizador, contra acórdão que autorizou a transferência de créditos fiscais de ICMS, relativos à entrada de matéria-prima no estabelecimento do contribuinte exportador de produto industrializado, mesmo antes de efetivamente ocorrida a saída da mercadoria, com a sua exportação.

Alega violação aos arts. 97, incisos I a III, e 111 do CTN; art. 1º do Ato Complementar n. 34/67; art. 1º, incisos I a III e art. 3º, § 1º do Decreto-lei n. 406/68.

Admitido na origem, subiram os autos a esta superior instância, onde o "Parquet" Federal manifestou-se pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): — Trata-se de hipótese idêntica à do Recurso Especial n. 45.179-5/RS, em que funcionei como Relator, pelo que peço vênha a meus ilustres pares para reportar-me às razões de decidir ali consignadas, "verbis":

"A empresa recorrida tem por objetivo social o fabrico e comercialização de sapatos, estando toda sua produção destinada à exportação para diversos países estrangeiros.

Por beneficiar-se da imunidade prevista no art. 155, X, *a*, que exclui da incidência do ICMS “operações que destinem ao exterior produtos industrializados...”, estava a recorrida impedida de utilizar-se do crédito surgido na entrada dos insumos para abate na operação posterior, porquanto a saída (no caso exportação), está ao abrigo de norma constitucional.

Visando transpor esta dificuldade, a Lei Estadual n. 6.485/72 permitiu a transferência de crédito entre estabelecimentos situados naquele mesmo Estado, havendo a Circular n. 1/81, do Diretor-Geral do Tesouro, estabelecido que tal transferência não poderia ocorrer quanto a créditos relativos a mercadorias ainda estocadas.

Esta limitação foi julgada ilegal pelo v. aresto objurgado que entendeu bastante e suficiente a mera expectativa de saída da mercadoria para proporcionar à recorrida o direito de transferir a terceiros os créditos acumulados.

Entendo, todavia, assistir razão ao Estado recorrente, por isso que os diversos dispositivos que regulam a espécie referem-se, sem exceção, à necessidade de saída da mercadoria, idéia esta ínsita ao sentido do vocábulo “operação”, contido na norma constitucional imunizadora (art. 155, X, *a*).

Assim, por exemplo, estatui a cláusula 2º do Convênio AE 7/71 que:

“é permitida a transferência de crédito para estabelecimentos situados na mesma unidade da Federação, fornecedores de matéria-prima, material secundário ou material de embalagem, e de bens destinados à aplicação como ativo fixo a título de pagamento das respectivas aquisições até o limite de pagamento de 40 por cento do valor das operações”.

Da mesma forma o art. 3º, § 1º, onde se lê:

“A lei estadual disporá de forma que o montante devido resulte da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente às mercadorias saídas do estabelecimento e o pago relativamente às mercadorias nele entradas...”.

Parece evidente, pois, que o aproveitamento de tais créditos está condicionado à verificação da saída do produto com destino ao exterior. A manutenção em estoque é a antítese da circulação de mercadoria, inexistindo padrão lógico-tributário a fundamentar o pleito da recorrida.

Demais disso, as normas de caráter exonerativo, no sistema tributário vigente, não podem ser objeto de interpretação extensiva, a teor do que expressamente estabelece o art. 111 do “Codex” tributário. Inexiste, na espécie, dispositivo legal que socorra a pretensão da empresa exportadora.

Como bem consignou o recorrente, “Tal ocorreu porque, em reconhecendo, o aresto, ao Recorrido, o direito ao crédito fiscal, e de transferi-lo, por virtude de mera intenção de exportar, o mesmo ampliou as hipóteses taxativamente previstas como fato gerador do ICMS, violando, destarte, a regra do art. 1º Decreto-lei n. 406/6S, que as estabelece “*numerus clausus*”.

A r. decisão atacada, entendendo ilegítima a vedação que se contém no RICMS/RS e na Circular n. 1/81 do Sr. Diretor-Geral do Tesouro do Estado, relativamente à transferência de créditos do ICMS correspondente aos estoques, por certo deixou de observar que essa restrição origina-se em preceito constitucional (art. 155, § 2º, X, *a*), que estabelece a não-incidência do ICMS “nas operações que destinem ao exterior produtos industrializados e outros que a lei indicar”.

Logo, a base do benefício é a "operação de exportação de produto industrializado", que se revela pela saída imune desse produto para o exterior. Ou seja: os favores fiscais têm como pressuposto a circunstância fática da saída de produto industrializado para o exterior, o que acarreta a consequência jurídica da imunidade do imposto.

Mas se não ocorrer uma saída posterior tributada, o crédito relativo às entradas torna-se-á inútil por não haver do que compensar, motivo pelo qual deve ser anulado (= estornado), conforme previsão expressa do § 3º do artigo do Decreto-lei n. 406/68.

A expressão "operações que destinem produtos ao exterior" deve ser entendida como direito consumado, não se podendo dizer, "*data venia*", que uma operação futura, ainda não realizada efetivamente, possa produzir tal efeito.

De notar que o preceito constitucional não usou da expressão "operações que tenham se realizado", mas também não utilizou a expressão "operações que venham a realizar-se".

Impende assinalar, por outro lado, que a doutrina pátria não ousou jamais equiparar o conceito de "operação" com o de "armazenamento", ou "estocagem de mercadoria", como bem demonstra Alcides Jorge Costa, referindo-se às opiniões de José Souto Maior Borges, Geraldo Ataliba, Aliomar Baleeiro e Rubens Gomes de Souza, dentre outros tributaristas, que não adotam o entendimento que se contém no julgado hostilizado ("*in*" "ICM na Constituição e na Lei Complementar"). Ao contrário, as opiniões são sempre no sentido de entender que a expressão "operação" significa transmissão de domínio, transação comercial, transferência de mercadorias e, até mesmo, troca, doação, comodato, locação, jamais a estocagem de mercadorias.

O autor citado, na obra também citada, assevera, com inteira pertinência para o presente caso, que "a operação é um ato material em que a vontade se manifesta no sentido de promover a circulação de mercadorias. Esta manifestação de vontade pode ter relevância para o direito privado e será então um negócio jurídico; pode não ter relevância e será um fato jurídico "*stricto sensu*". Em qualquer caso, será um fato jurídico para o direito tributário, pois este leva em conta não a vontade de promover a circulação da mercadoria mas o resultado do fato resultante do ato; para o direito tributário é irrelevante a vontade do promover a circulação" (p. 93, ed. de 1978) (fls. 212/214).

Demais disso, a imunidade instituída pelo legislador constituinte tem por desiderato estimular as exportações, com o propósito de melhorar o perfil da balança comercial brasileira. Estender tal privilégio às mercadorias estocadas não se compadece com o real intento perseguido pelo legislador.

Não há negar, por outro lado, que tal interpretação, significaria indevido estímulo à manutenção de estoques especulativos, por isso que desnecessária a saída do produto para usufruir-se do benefício tributário "*in comento*".

Destarte, assiste razão ao recorrente quando insiste que "antes de realizada a operação de exportação de produto industrializado, não se acumulam créditos fiscais relativos a mercadorias estocadas. Por isso, quando um texto legal qualquer, ou mesmo uma circular, ou uma portaria proibem a transferência de crédito fiscal relativo aos estoques, estão a esclarecer o óbvio: estoque é a mercadoria que não saiu, ou que ainda não saiu, não se sabe para onde nem em que condições. Daí que o crédito contabilizado de sua entrada não possa ser transferido. E um crédito virtual que ainda poderá vir a ser desconstituído (anulado ou estornado).

De salientar que foi a própria legislação federal que deu ao crédito fiscal uma configuração de ente contábil de existência condicionada e provisória, como direito expectativo, dependendo do implemento

de nova operação de circulação, tributada ou não. Antes da nova operação de circulação, ou de perecimento da mercadoria, o destino do crédito fiscal é um enigma: ele pode mesmo ser simplesmente anulado, conforme seja a operação subsequente. Daí que não possa em absoluto ser transferido antes da operação seguinte (fls. 217/218)".

Esta Colenda Primeira Turma tem referendado a posição aguerridamente defendida pelo Estado-recorrente, como se depreende dos acórdãos unânimes nos Recursos Especiais ns. 27.761-2/RS (Rel. eminente Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS) e 35.846-9/RS (Rel. eminente Ministro GARCIA VIEIRA), portando este último a seguinte ementa:

"ICM. CRÉDITO. MATÉRIA-PRIMA. EMPRESA EXPORTADORA. TRANSFERÊNCIA ENTRE ESTABELECIMENTOS SITUADOS NO ESTADO.

I — O exportador só adquire o direito à transferência do crédito, na forma da cláusula 2º do Convênio AE 7/71, quando realiza a exportação do seus produtos e não quando estoca a matéria-prima.

II — Recurso provido"

Assim, em resumo, entendo que a transferência do crédito fiscal a terceiro, conforme disciplinado na cláusula 2º do Convênio AE 7/71 está condicionada à saída da mercadoria, via exportação, vedada sua implementação enquanto o produto ainda se ache estocado no estabelecimento do exportador.

Por isso, perfilhando o escólio que vem se firmando nesta Egrégia Turma, conheço do recurso para dar-lhe provimento".

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

É como voto.

### EXTRATO DA MINUTA

Resp. n. 22.724-4 — RS — (92.0012334-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Calçados Gilbecker Ltda. Advogados: Drs. Helena Acauan Pizzato e outro e Cláudio Otávio Xavier e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 15.06.94 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, César Asfor Rocha e Garcia Vieira.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

### PRECEDENTES:

RECURSO ESPECIAL N. 14.972 — RS (91 .0019729-7)

Primeira Turma (DJ, 08.04.1996)

Relator: Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: J. A. Wirth e Companhia Ltda.

Advogados: Drs. Helena Acauan Pizzato e outro e Cristov Becker e outros

**EMENTA:** — ICM. MERCADORIA DESTINADA À EXPORTAÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TRANSFERÊNCIA. MATÉRIA-PRIMA EM ESTOQUE.

— A transferência de créditos, permitida na Cláusula 2ª do Convênio AE n. 7/71, somente é possível após consumada a exportação. A simples estocagem de material não basta.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e José Delgado. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros José de Jesus Filho e Demócrito Reinaldo.

Custas, como de lei.

Brasília, 4 de março de 1996 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Presidente e Relator.

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: — O Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul, fomentado em delegação legislativa, baixou decreto, estabelecendo restrições ao exercício de incentivos fiscais outorgados, por Lei.

A Recorrida, beneficiária de incentivo, pleiteou se declarasse inconstitucional a lei estadual que formalizara a delegação.

O E. Tribunal de Justiça declarou procedente o pedido. O V. Acórdão está resumido assim:

"ICM. TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITO FISCAL PARA ESTABELECIMENTOS DE TERCEIROS NO ESTADO, SEGUNDO LIMITE PREVISTO NA CLÁUSULA 2ª DO CONVÊNIO AE 7/71, COM A

REDAÇÃO DADA PELO CONVÊNIO ICM 5, DE 1987. PERMISSÃO CONSTITUCIONAL, QUE DECORRE DO ART. 23, § 6º DA CARTA MAGNA VIGENTE QUANDO DA FORMAÇÃO DO CRÉDITO.

I — Lei Complementar n. 24/75 que não excedeu os limites da outorga constitucional.

II — Interpretação dos arts. 23, § 6º e 18, § 1º, da Constituição anterior.

III — Ilegalidade e inconstitucionalidade do Regulamento do ICM — Decreto Estadual n. 28.809/80 — na parte em que outorgou ao Poder Executivo e/ou à autoridade fazendária inferior, poderes para restringir o direito de transferência de crédito fiscal e a manter o ICM sobre os estoques.

IV — Sentença confirmada para considerar válidos os limites estabelecidos no Convênio AE n. 7/71, na atual redação da cláusula 2ª, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 2.888/71" (fl. 276).

O Estado manifestou, em um só arrazoado, recursos especial e extraordinário (fl. 294).

No Recurso Especial, procura conforto no permissivo da alínea a. Finca-se em alegações de ofensas a vários dispositivos infraconstitucionais, a saber:

- a) art. 97, I e III do CTN;
- b) art. 111 do CTN;
- c) art. 1º do AC n. 34/67;
- d) art. 1º, I, II e III, e art. 3º do Decreto-lei n. 406/68.

O Apelo após reprovação no Juízo de admissibilidade foi admitido por decisão do eminente Ministro JOSÉ DE JESUS, provendo agravo de instrumento.

O Ministério Público Federal, em manifestação lançada pelo E. Subprocurador-Geral RONALDO BONFIM SANTOS, recomenda o desprovimento do apelo.

Esta, a controvérsia.

### VOTO

**EMENTA:** — ICM. MERCADORIA DESTINADA À EXPORTAÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TRANSFERÊNCIA. MATÉRIA-PRIMA EM ESTOQUE.

— A transferência de créditos, permitida na Cláusula 2ª do Convênio AE n. 7/71, somente é possível após consumada a exportação. A simples estocagem de material não basta.

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): — O Apelo merece conhecimento no que respeita ao creditamento relativo a mercadorias estocadas, à espera de exportação.

O tema já é conhecido. Esta Turma o apreciou, na sessão do dia 1º deste mês; no julgamento do REsp n. 35.846-9/RS.

Naquela assentada, conduzidos pelo E. Ministro GARCIA VIEIRA, decidimos que transferência de créditos, na hipótese, só é possível, quando se efetiva a saída dos produtos finais para a exportação; a simples estocagem de matéria-prima não gera o crédito e, portanto, não dá ensejo à transferência.

Reporto-me aos fundamentos do voto-condutor daquele acórdão, nestes termos:

“Verifica-se pela cláusula 2ª do Convênio AE n. 7/71 que,

“é permitida a transferência de crédito para estabelecimentos situados na mesma Unidade da Federação, fornecedores de matéria-prima, material secundário ou material de embalagem, e de bens destinados à aplicação como ativo fixo a título de pagamento das respectivas aquisições até o limite de 40 por cento do valor das operações”.

As autoras ao exportar os calçados por elas fabricados, estão imunes ao ICM. Mas, na entrada das matérias-primas, destinadas à fabricação de seus produtos, reconhece o Estado o seu direito de crédito que não é compensado na saída isenta. Com isto acumulam os créditos. De acordo com a 2ª cláusula do Convênio citado, tem o direito de transferir até quarenta por cento deste crédito para “estabelecimentos situados na mesma Unidade da Federação, fornecedores de matéria-prima, material secundário ou material de embalagem e de bens destinados à aplicação do ativo fixo a título de pagamento das respectivas aquisições...”.

Entendo que as autoras só adquirem o direito ao crédito quando efetivam as exportações e não quando mantêm matérias-primas estocadas. Adquirem elas o direito ao crédito na entrada da matéria-prima em seu estabelecimento e só adquirem o direito a sua transferência no momento da saída de seus produtos, na concretização da exportação deles. Estabelece o art. 3º, § 1º que,

“A lei estadual disporá de forma que o montante devido resulte da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente às mercadorias saídas do estabelecimento e o pago relativamente às mercadorias nele entradas...”.

O exportador, no caso, só adquire o direito à transferência do crédito, quando realiza a exportação.

Com razão acentuou o recorrente, na sua petição dos embargos infringentes:

“5. O contribuinte exportador, porém, a prevalecer a tese da apelante, não estaria sujeito àquelas regras gerais que só permitem o aproveitamento dos créditos relativos a *entradas* quando ocorra a respectiva *saída de mercadorias* de seu estabelecimento. Veja-se que a norma supramencionada diz claramente “mercadorias saídas do estabelecimento”. No entanto, sem nenhuma lei que o autorize, poderia o exportador — e o que quer a apelante — valer-se dos créditos de ICM relativos à *mercadorias que jamais saíram de seu estabelecimento*. A simples existência de mercadorias em estoque, ou pior, a simples *declaração contábil da existência de um estoque* passaria a constituir-se, pasmem, em *fato gerador* capaz de autorizar ao exportador, ou melhor, ao cessionário de créditos transferidos pelo exportador valer-se daqueles créditos como se moeda corrente fossem.

6. Essa situação, se merecer desse Tribunal o respaldo gerará inconstitucional diferença de tratamento tributário entre contribuintes. Enquanto o contribuinte exportador poderá valer-se de seus créditos de ICM para pagar parte do preço de novas aquisições que faça, *sem que tenha ainda feito qualquer exportação*, outro contribuinte, não exportador, só poderá valer-se de seus próprios créditos se promover *saídas de mercadorias*, de nada lhe valendo seus estoques. E note-se que *não há norma expressa que autorize essa diferença de tratamento*.

7. Ainda no tocante aos estoques, veja-se a espécie por outro ângulo. Não houvesse a norma imunizadora do art. 23, § 7º da CF de 1967, ocorreria

a incidência do ICM, *no momento da saída de mercadoria*. Por que, simplesmente declarando o contribuinte sua *pretensão de exportar* a mercadoria, haveria de alterar-se o momento da incidência? Ora, são as *saídas* imunes que geram os créditos acumulados pelos exportadores. Como já se disse na contestação, esse foi o sentido encontrado na norma constitucional por *Pontes de Miranda* em seus “Comentários à Carta de 1967”:

“Tal imunidade objetiva supõe que a *destinação no exterior já existia* no momento em que se verifica se há de incidir, ou não, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias. Se ainda não se caracterizou a destinação, não há imunidade” (Ed. RT/67, p. 499) (grifei).

É claro que o objetivo do legislador, ao incentivar as exportações e trazer divisas para o Brasil e isto somente acontece quando é efetivada a exportação, como bem salientou o Eminentíssimo Desembargador Relator (fl. 260). Não é estocando a matéria-prima que o fabricante traz divisas para o nosso País. Para ele, invocando precedente seu, acentuou, com razão, que:

“Afirmar-se que a Circular n. 1/81, na sua redação original, não vedava o aproveitamento do crédito dos estoques, o que somente teria ocorrido com a Circular n. 14/85. O Estado, ao contestar a ação, disse, às fls. 52/53, o seguinte:

“Quanto ao fato de a Circular n. 1/81 ter impedido o cômputo dos créditos referentes a mercadorias ainda estocadas no estabelecimento dentre aqueles aptos à transferência, temos que, efetivamente, não foi a Circular que criou tal limitação.

Esta limitação é antes uma decorrência lógica do próprio sistema de incentivo, como estímulo adicional às exportações.

A efetiva exportação constitui suporte fático à norma imunizadora do art. 23, § 7º da Carta Maior. Enquanto aquela não tiver ocorrido, não incidiria o preceito exonerativo, como não incidiria a norma de tributação se a operação fosse tributada.

Portanto, enquanto não se realizar a exportação, não há que falar em "crédito" apto à transferência porque não podemos dizê-lo excedente ou acumulado em face da imunidade (não até que a saída exonerada se verifique).

Assim, mesmo que a Circular n. 1/81 nada estabelecesse no sentido de excluir da transferência os créditos por insumos, material de embalagem ou material secundário ainda estocados no estabelecimento, o impedimento existiria por igual, como pressuposto lógico da sistemática legal em vigor".

"E mais adiante observou que tanto a cláusula segunda como a cláusula quarta do convênio dependem da ocorrência da situação prevista na cláusula primeira, ou seja, a existência de créditos eventualmente acumulados não vindo por isso diferença entre as cláusulas segunda e quarta. A questão, portanto, é verificar quando ocorre a denominada acumulação de créditos. Isso se verifica, apesar de ter sido realizada operação de saída de mercadoria isenta, em que seria necessário o estorno, mas em face do benefício fiscal há possibilidade do aproveitamento do crédito que, na ausência ou de pequena venda no mercado interno, tal inoconteria. Ai, então, surge uma cumulação, mas sempre dependendo da existência de um fato que seria o gerador de débito fiscal. Por isso, o convênio diz na mesma cláusula, inciso I, letra a: "o crédito é o proveniente da entrada de matérias-primas empregadas em produtos que sejam objeto de saída para o exterior".

"Na Apelação n. 588076687, afirmou-se que o emprego da expressão "sejam objetos de saída para o exterior" não quer dizer que já tenham saído. Também se sustentou que o art. 37 do Regulamento do ICM, ao registrar que "tiveram destinação ou que vierem a sair", não exige que já tenham sido exportados.

Embora interprete as expressões de forma diversa, de qualquer modo, além de uma interpretação extensiva, também é preciso que se analise toda a sistemática.

O Regulamento do ICM fala em excedente de crédito, não no ingresso do crédito, e é certo que, no mercado interno, é permitida a utilização do crédito gerado no período, desde que, evidente, ocorra a venda, com o decorrente débito. Se na exportação não há débito, o benefício fiscal resultante do não-estorno só haverá quando houver a exportação com a utilização da matéria-prima geradora do referido crédito.

Portanto, excedente de crédito é a diferença maior em relação ao débito na escrituração, e disso não se pode concluir que a intenção do convênio ou o decreto regulamentador tenha sido a alcançar todo o crédito relativo a estoques, independentemente da operação de exportação.

Por isso, não é exato que o Estado esteja negando aplicação ao § 3º do art. 3º do Decreto n. 406, pois não está exigindo o estorno do imposto relativo à entrada de mercadorias utilizadas nos produtos exportados.

Também não é correto afirmar-se que a Circular n. 1/81 desconsideraria as operações tributadas no mercado interno, que realmente diminuem o saldo credor, permitindo a utilização de todo o crédito sobre estoque, porque, se não houver saldo credor, o que afastaria

também o crédito acumulado, haverá pagamento, o que não acontece na hipótese de exportação.

Se é certo que o convênio não fala em estoques, não precisaria explicitar, sendo que a cláusula décima terceira, ao falar em aproveitamento de crédito gerado, não está entrando em choque com o disposto na cláusula primeira, que pressupõe créditos acumulados, ou seja, excedente de crédito.

Na hipótese de operações pelo ICM, evidentemente que os créditos gerados podem ser imediatamente utilizados, mas o que se quer é que, independente do fato gerador, hipótese de haver mera possibilidade de exportação, sejam utilizados os créditos gerados em situação mais privilegiada que o mercado interno, quando o crédito sobre estoques também permanece se não houver operação tributável.

O fato de pretender exportar não autoriza, com a devida vênia, a transferência imediata de um crédito. E, no caso presente, há uma circunstância relevante contida na inicial de que a autora afirma que exporta toda a sua produção para o exterior, de modo que, neste caso, há possibilidade de aproveitamento do crédito no momento em que ocorrer a exportação" (fls. 261/264).

Assiste razão ao recorrente, ao sustentar, em seu recurso que:

"Parece espantoso que seja necessário argumentar demonstrando que os benefícios fiscais à exportação só são justificáveis e aceitáveis se *houver* exportação. Do mesmo modo, assombra ser necessário evidenciar que a palavra "operação" envolve a noção de *ação* movimento. Não se concebe uma "operação estática" como na estocagem de mercadorias. Que "operação" é essa onde não se realiza nenhum negócio jurídico, nenhuma *circulação* de mercadorias onerosa ou gratui-

ta? Qual o interesse público em conceder benefício fiscal à estocagem de mercadorias?

O legislador quis privilegiar o exportador na medida em que suas operações carregam para o país divisas tão necessárias para o equilíbrio das contas internacionais. Agora, daí a premiar a *intenção* de exportar, vai grande distância. Mercadorias estocadas, quiçá com fins especulativos, não geram divisas e, pois, não podem ser causa de estímulo ao estocador. Ainda mais quando não há norma expressa nesse sentido.

A doutrina tributária nunca ousou equiparar o conceito de "operação" com o de "armazenamento" ou "estocagem" de mercadorias. Na excelente obra "ICM na Constituição e na Lei Complementar", Alcides Jorge Costa, ao examinar o conceito de "operação" refere às opiniões de José Souto Maior Borges, Geraldo Ataliba, Aliomar Baleeiro, Geraldo de Camargo Vidigal, Rubens Gomes de Sousa, entre outros, inclusive estrangeiros, e nenhum autor citado adota o entendimento contido no julgado ora atacado. As opiniões são sempre do que *operação* significa transmissão de domínio, transação comercial, transferência de mercadorias e até mesmo a troca, a doação, comodato, locação, mas *jamais* a estocagem de mercadorias" (fls. 273/274).

Dou provimento ao recurso para declarar que as autoras só adquirem o direito à transferência do crédito, na forma da cláusula 2ª do Convênio AE n. 7/71, quando se efetiva a saída, a exportação de seus produtos e não quando estocam a matéria-prima".

Neste processo, valho-me dos fundamentos que acabo de reproduzir, para dar provimento ao recurso.

Este, o meu voto.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp n. 14.972 — RS — (91.0019729-7) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: J. A. Wirth e Companhia Ltda. Advogados: Drs. Helena Acauan Pizzato e outro e Cristov Becker e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 04.03.96 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e José Delgado.

Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Ministros José de Jesus Filho e Demócrito Reinaldo.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

### RECURSO ESPECIAL Nº 27.394-1 — RS

(Registro nº- 92.0023573-5)

Relator: O Sr. Ministro Hélio Mosimann  
Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul  
Advogado: Luiz Carlos Adams Coelho  
Recorrido: Calçados Klaser S/A Indústria e Comércio  
Advogados: Cláudio Otávio Xavier e outros

EMENTA: Tributário. ICM. Crédito. Matéria-prima. Estoque. Empresa exportadora.

A empresa exportadora só adquire o direito à transferência do crédito quando realiza a exportação de seus produtos e não quando apenas estoca a matéria-prima, sem a operação de saída.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus.

Brasília, 18 de abril de 1994 (data do julgamento).  
Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Presidente.  
Ministro Hélio Mosimann, Relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Ação declaratória ajuizada por Calçados Klaser S.A. — Indústria e Comércio contra o Estado do Rio Grande do Sul, por dependência à ação cautelar inominada entre as mesmas partes, foi julgada improcedente e revogada a liminar antes concedida.

Cuida o feito de crédito do ICM sobre os estoques destinados à fabricação de produtos para exportação.

Apreciando recurso de apelação, a Egrégia Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, manteve a sentença recorrida, abrindo ensejo a embargos infringentes que, julgados pelo Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, também por votação majoritária, foram acolhidos, admitindo o Tribunal, segundo resume a ementa (fls. 223) a

“Possibilidade de transferência de créditos fiscais sobre os estoques destinados ao fabrico de produtos a serem exportados, antes da saída da mercadoria para o exterior.”

Não se conformando com o julgamento, interpôs o Estado do recurso extraordinário e especial, ambos admitidos.

O recurso especial, baseado na letra a do art. 105, inciso III, da Constituição Federal, dá por contrariados os arts. 97, I e III e 111, do CTN; o art. 1º do Ato Complementar n- 34/67 e os arts. 1º, I a III e 3º § 1º, do Decreto-lei n- 406/68.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Merece prosperar o reclamo do recorrente.

No Tribunal de origem, o Desembargador **Tupinamba M. C. do Nascimento** coloca bem a controvérsia, ao dizer, de forma clara e objetiva (fls. 231):

... "Considero fundamental, à utilização do crédito fiscal (saldo credor), a ocorrência de dois fatos *um* gerador de tributo, quando da entrada da mercadoria na empresa, e *outro*, fato que não causa incidência tributária, quando da exportação. É neste momento que, não fosse a não-incidência constitucional (art. 23, § 1º, da Constituição de 1969), haveria a constituição de débito fiscal e o cálculo para constatação do saldo devedor, ou credor, relativamente ao erário público. É neste momento que se identificam os fatos que justificaram o tratamento finalisticamente igualitário e a própria edição do Convênio.

Tenho para mim, por isso, que só com a realização da exportação é que nasce o direito à utilização do crédito, interpretação que extraio dos próprios ter-

mos do Convênio e dos elementos históricos que o possibilitaram. E, assim entendendo, afastado do Convênio a hipótese relativa a estoques, por sinal palavra não usada no Convênio.

É cediço que o fato gerador do ICM é a circulação de mercadoria. *Estoque*, parado e estagnado na empresa, não configura qualquer tipo de circulação, seja a econômica — que exige a passagem para a comercialização após a industrialização — seja a jurídica — porque esta exige a transferência de propriedade — ou seja a física — porque esta importa em deslocamento especial da coisa. A circulação, ou fato gerador, que permitiria a criação de débito fiscal, na hipótese, é a exportação.

Por fim, os benefícios assentados no Convênio AE 7/71 são para quem *exporta* e não para quem tem simplesmente a intenção de exportar, a pretensão de exportação. A destinação de exportar só se aperfeiçoa quando há efetiva exportação; antes é simples pretensão limitada à área da intenção" (fls. 231/232).

Diferente não é o tom de outro voto, igualmente vencido, do Desembargador **Celeste Rovani**, valendo recordar o seguinte trecho, também pela sua clareza e objetividade (fls. 232/234):

"Cuida-se de ação em que as empresas requerentes pretendem lhes seja declarado o direito de creditamento e de transferência de crédito fiscal sobre o estoque de insumos — matéria-prima e material secundário e/ou de embalagem — destinados à industrialização e comércio externo.

O litígio surgido entre as partes — Fisco e contribuinte — resume-se em se saber se é lícita e jurídica a pretensão de a empresa recorrente transferir créditos

relativos ao ICM sobre insumos em estoque, destinados ao fabrico de produtos a serem exportados, independentemente da saída do produto já industrializado para o exterior.

Para se definir a matéria e se chegar a uma conclusão, faz-se necessário, antes do mais, conceituar o que sejam creditamento, crédito fiscal, débito fiscal, saldo devedor e saldo credor, e estoque.

“Segundo a Lei nº 6.485, de 20.12.72, crédito fiscal é o valor do imposto pago sobre as mercadorias entradas no estabelecimento (art. 17, § 2º, inc. I); débito fiscal, o produto resultante da aplicação da alíquota sobre a base de cálculo relativamente às operações realizadas (art. 17, § 1º, inc. I); saldo credor, o resultado da diferença a menor advindo da mesma operação (art. 17, § 3º).

“Para a espécie, creditamento é o benefício ou favor legal concedido pelo Poder Público tributante ao contribuinte exportador de se apropriar, no momento da saída da mercadoria industrializada para o exterior, do valor pago referente ao ICM pela aquisição de insumos empregados na industrialização de produtos destinados ao comércio externo. Estoque, para o caso, é a porção armazenada de insumos (matéria-prima e material secundário e/ou de embalagem), adquirida pela empresa para a fabricação de produtos destinados ao comércio, interno ou externo.

“Assim, em relação ao ICM só é possível o creditamento, quando o produto industrializado sai do país, posto que, para a espécie, fica vedado o estorno desse tributo (Decreto-Lei nº 406, de 31.12.68, art. 3º, § 3º).”

Já em outro julgamento sobre a mesma matéria, a emen-

ta do mesmo Tribunal do Rio Grande do Sul, em embargos infringentes, sintetizou, dando guarida aos argumentos do Estado:

*“Ação Declaratória.*

Direito Tributário. Estoque de matéria-prima e insumos.

Acumulação de créditos fiscais com o não aproveitamento da não-incidência tributária sobre a mercadoria vendida para o exterior.

O direito à apropriação do crédito fiscal, acumulado pela não-incidência tributária, decorre de dois fenômenos mercantis: entrada da mercadoria no estabelecimento e saída dele pela venda. Sem a venda da mercadoria já industrializada, não se integra o crédito fiscal, surgido com a entrada da mercadoria. Tão-somente a saída da mercadoria do estabelecimento é que gera o direito ao creditamento, no período da entrada ou nos períodos seguintes.

O **quantum** do creditamento surge do encontro de créditos e débitos fiscais, e o encontro só se faz depois da ocorrência da segunda operação, quando o contribuinte recebe ou receberia do comprador o valor do imposto integrativo do preço da venda, tornando-se devedor do Fisco pelo tributo incidente sobre a diferença entre os preços de compra (entrada) e de venda (saída).

Inexiste, por isso, direito à apropriação de crédito fiscal sobre estoque de matéria-prima e insumos, por falta da operação de saída.

Embargos infringentes desacolhidos, por maioria.”

Contra a decisão acima, houve recurso especial a que se negou provimento, tendo o eminente Ministro Cesar Rocha, ao desacolher o agravo, assim se manifestado na conclusão:

“O v. acórdão recorrido, ademais, é percuciente na análise da controvérsia e correto ao concluir pela impossibilidade do creditamento do ICM (verificado na entrada da matéria-prima) se inócua a saída do produto fabricado, ao que, à evidência, não se equipara o estoque sugerido pela recorrente. Nego provimento ao agravo” (AI nº 28.234-4-RS, em 1º.03.93)

É que a Egrégia Primeira Turma tem posição firme e unânime sobre a questão, adotada em processos idênticos:

“ICM — Crédito — Matéria-prima — Empresa exportadora — Transferência entre estabelecimentos situados no Estado.

O exportador só adquire o direito à transferência do crédito, na forma da cláusula 2ª do Convênio AE 07/71, quando realiza a exportação de seus produtos e não quando estoca a matéria-prima” (REsp nº 35.846-9-RS, em 12-09-93, Min. Garcia Vieira).

Em sentido idêntico: REsp nº 27.761-2-RS, em 06-10-93, Min. Gomes de Barros.

Esta Segunda Turma também enfrentou o problema, em acórdão que teve como relator o eminente Ministro Pádua Ribeiro, assim ementado:

“Tributário. ICM. Empresa exportadora. Convênio AE nº 07/71.

I — Só quando realiza a exportação do produto, e não quando estoca a matéria-prima, o exportador adquire o direito de transferência de crédito.

II — Ofensa aos arts. 1º, parágrafo único, IV, 2º, parágrafo 2º, e 7, da Lei Complementar nº 24, de 1975, não caracterizada.

III — Recurso especial não conhecido” (REsp nº- 29.285-RS, em 10.11.93).

Na linha dos precedentes de ambas as Turmas desta Seção de Direito Público, conheço do recurso e lhe dou provimento.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 27.394-1 — RS — (92.0023573-5) — Relator: O Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Estado do Rio Grande do Sul. Advogado: Luiz Carlos Adams Coelho. Recdo.: Calçados Klaser S/A Indústria e Comércio. Advogados: Cláudio Otávio Xavier e outros. Sustentou, oralmente, a Dra. Vera Lúcia Zanette, pelo recorrente.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro-Relator conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro Peçanha Martins. Aguardam os Srs. Ministros Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus (em 04.04.94 — 2º Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribe-

### VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, o eminente Relator, quando da exposição que fez do caso, referiu-se a voto meu em torno da matéria. No momento, não dispondo ainda do computador que nos auxiliará quanto ao contexto dos nossos votos proferidos, resolvi pedir vista dos autos para examinar melhor a questão.

Realmente, no Recurso Especial nº 11.348, manifestamos a posição pelo não conhecimento porque o recurso do Estado não prequestionara matéria federal e sim, exclusivamente, discutira a Lei Estadual. Por isso mesmo é que não conheci do recurso naquela oportunidade. Agora, o Estado do Rio Grande do Sul, neste recurso, faz uma abordagem também da Lei Estadual, mas em face à Lei Federal, e por isso mesmo correto o pronunciamento do eminente Ministro Hélio Mosimann, examinando o mérito.

No particular, comungo da opinião do Relator, que foi também antes manifestada por V. Exa. quando julgou o Recurso Especial nº 29.285 e cuja ementa assim diz:

“Tributário. ICM. Empresa exportadora. Convênio AE nº 07/71.

I — Só quando realiza a exportação do produto e não quando estoca a matéria-prima, o exportador adquire o direito de transferência de crédito.

II — Ofensa aos arts. 1º, parágrafo único, IV, 2º § 2º, e 7º da Lei Complementar nº 24, de 1975, não caracterizada.

III — Recurso especial não conhecido.

Quanto ao mérito acompanho também o voto do eminente Relator, que reproduz a opinião pacífica da Turma.

### VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Acompanho o voto do Ilustre Relator. Farei anexar, a título de fundamentação, o voto que proferi no precedente mencionado por S. Exa.

### ANEXO

“RECURSO ESPECIAL N° 29.285-6 — RS

(92.0029077-9)

### VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Com relação aos pretendidos créditos de ICM, relativos a estoques, aduziu o voto do Desembargador **Mário Rocha Lopes**, ilustre Relator do acórdão recorrido (fls. 553-555):

“Na Câmara, cheguei a votar a favor da tese da autora, como vogal, numa oportunidade em que se discutia a mesma matéria, mas que deu ênfase ao problema dos 40 e 20%. Entendia que estava discutindo-se tão-somente o problema dos 40 e dos 20%, por isso que acompanhei o Relator. Entendi que o Estado não podia alterar percentual estabelecido em legislação convenial, e, por esse escopo, o acompanhei, mas, na realidade, estava sendo reconhecido o direito da autora a apropriar-se também do ICM apurado relativamente a estoque, e quando por primeira vez fui Relator de matéria igual, dei-me conta de que tinha laborado em erro ao votar da forma que o fiz

nas circunstâncias agora mencionadas. Defendi a tese de que o direito à apropriação de crédito de ICM, em se tratando de exportador, e por motivo de exportação, só é possível se houver a exportação. Sem esta sem o fato gerador do benefício não há sequer de cogitar da apropriação dos créditos eventualmente acumulados. E isto, na oportunidade em que votei como Relator a primeira vez, declarei. Em mais uma vez posteriormente na Câmara, reafirmei a posição assumida, invocando, em mais de uma oportunidade, parecer que tenho da melhor qualidade lançado nos autos de uma daquelas ações pela Dra. Maria Isabel Souza Pargendler, onde com objetividade e, a meu juízo, com proficiência, ela convence de que o fato gerador do benefício é sem dúvida nenhuma a exportação. Daí não ser possível, como quer a embargante, com base no respeitável voto vencido, a apropriação de créditos relativos a estoque. Penso que sem a exportação, sem que haja a saída da mercadoria de créditos do ICM para efeito nenhum. Não só para efeito de transferência, mas para efeito nenhum, porque o benefício repousa num fato objetivo que tem que ser comprovado pelo contribuinte.

Por essas razões aduzidas ao douto voto orientador da maioria, rejeito os embargos, salientando que no pertinente ao percentual de 40%, quando esta ação foi ajuizada, ou logo depois, esse percentual já tinha sido corrigido por instrução normativa.

O próprio Estado reconheceu que procedera incorretamente ao pretender diminuir o percentual através dessa Circular 01/81.

Por estas considerações, acolho em parte os embargos, unicamente quanto ao percentual de 40% ilegalmente reduzido pela Circular 01/81."

Acompanhando-o, disse o Desembargador **Tupinambá M. C. do Nascimento** (fls. 555-557):

"Penso que o Convênio AE-07/71 veio possibilitar a utilização do crédito para obstaculizar uma diferenciação prejudicial para quem exporta mercadorias, em relação àquele que opera internamente, provavelmente fulcrado no princípio da isonomia.

Nas operações internas, o credenciamento obedece a certas regras. A Lei 6.485, de 20.12.72, que dispunha acerca do ICM definia como crédito fiscal "o crédito correspondente ao imposto pago relativamente às mercadorias entradas no estabelecimento" e como débito fiscal "o débito resultante da aplicação da alíquota sobre a base de cálculo relativamente às operações realizadas", (art. 17, § 1º, inc. I e § 2º, inc. I). E no **caput** do mesmo art. 17 conclui: "O montante devido resultará da diferença maior (saldo devedor), em cada período de operação fixado em regulamento entre as operações escrituradas a débito fiscal e as operações escrituradas a crédito fiscal, tratando o saldo credor em seu 3º.

Saliente, portanto, que o creditamento exige a ocorrência de duas situações fáticas: a operação que resulta no crédito fiscal e a operação que importa no débito fiscal. Em outras palavras: a ocorrência de duas operações que se pretendeu estender à situação dos autos. Daí, para evitar uma interpretação ofensiva à isonomia, e na busca de uma solução de transferência de crédito para as empresas que fazem a circulação de mercadorias para o exterior que não gera hipótese de incidência. A interpretação que se deve dar ao dito Convênio, portanto, não pode importar em benefício a mais a tais empresas relativamente às que operam internamente.

Por isso, considero fundamental à utilização do crédito a ocorrência de dois fatos: um, gerador do tributo quando da entrada da mercadoria na empresa, e ou-

tro, fato que não causa incidência tributária, quando da exportação. É nesse momento que, não fosse a não-incidência constitucional, haveria a constituição de débito fiscal e o cálculo para constatação do saldo devedor ou credor relativamente ao erário público. É neste momento que se identificam os fatos que justificaram o tratamento finalisticamente igualitário e a própria edição do Convênio. Tenho para mim, por isso, que só com a realização da exportação é que nasce o direito à utilização do crédito, interpretação que extraio dos próprios termos do Convênio e dos elementos históricos que o possibilitaram. E, assim entendendo afastado do Convênio a hipótese relativa a estoques, por sinal palavra não usada no Convênio.

Ponderei muito, Sr. Presidente, na elaboração deste voto, uma situação juridicamente possível: admitida, hoje, a utilização do denominado crédito sobre estoques, como se resolverão amanhã as exportações e os estoques se transformarem em produtos semi-elaborados e forem assim exportados, permitindo a tributação? A resposta seria certamente que a empresa deveria pagar imposto. Claro fica, porém, que, antes, se considerou fato não tributável aquele que, quando realizado, seria tributável. Em outras palavras, definira-se, como hipótese de não-incidência, fato que, por ter ocorrência posterior. As mesmas indagações faço nas hipóteses de incêndio com perecimento do estoque ou de realização pela empresa de operações internas. A antecipação pretendida não resiste, Sr. Presidente, a esses questionamentos.

Daí vou acolher os embargos em parte somente para assegurar a transferência de até 40%. Estou acompanhando o voto do eminente Relator.

Os textos transcritos traduzem os fundamentos do julgado recorrido e, segundo se

depreende, nem de leve violam os dispositivos da lei federal colacionados pela recorrente. Com efeito, cingiu-se a decisão malsinada, à vista da cláusula 2º do Convênio nº 07/71, a proclamar que o exportador só adquire o direito à transferência do crédito, quando realiza a exportação de seus produtos e não quando estoca a matéria-prima. Limitou-se, pois, à vista da cláusula de Convênio, a fixar o momento da transferência do crédito no instante em que ocorre o fato excludente da incidência tributária, ou seja, a exportação. A leitura dos arts. 1º, parágrafo 1º, inciso IV, 2º, § 2º, e 7º da Lei Complementar nº 24, de 7-1-75, deixa claro que nada têm a ver com a referida questão, porquanto consubstanciam regras gerais atinentes a aplicação e eficácia dos Convênios a que se refere o citado diploma legal.

Isto posto, não conheço do recurso.”

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 27.394-1 — RS — (92.0023573-5) — Relator: O Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Estado do Rio Grande do Sul. Advogado: Luiz Carlos Adams Coelho. Recdo.: Calçados Klaser S/A Indústria e Comércio. Advogados: Cláudio Otávio Xavier e outros.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (em 18.04.94 — 2º Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO.

## RECURSO ESPECIAL Nº 35.846-9 – RS

(Registro nº 93.0016277-2)

Relator: O Sr. Ministro Garcia Vieira

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Recorridos: Calçados Status Ltda. e outros

Advogados: Drs. Cláudio Otavio Xavier e outro, e Carlos do Amaral Terra

EMENTA: ICM. Crédito. Matéria-prima. Empresa exportadora. Transferência entre estabelecimentos situados no Estado. 1. O exportador só adquire o direito à transferência do crédito, na forma da cláusula 2ª do Convênio AE nº 07/71, quando realiza a exportação de seus produtos e não quando estoca a matéria-prima. 2. Recurso provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Cesar Rocha.

Brasília, 1º de setembro de 1993 (data do julgamento)

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Calçados Status Ltda. e outros ajuizaram ação cautelar inominada e, posteriormente, ação declaratória contra o Estado do Rio Grande do Sul pedindo, alternativamente, o reconhecimento de que “a relação jurídica existente entre elas e o requerido, Estado do Rio Grande do Sul, no atinente ao direito da transferência de crédito fiscal de ICM a outros estabelecimentos situados no Estado, é regida exclusivamente pelo art. 23 da Lei nº 6.485/72, independentemente das limitações instituídas pelos arts. 37 e 39, do Decreto nº 29.809, de 18 de setembro de 1980, e Circular nº 01/81, do Diretor-Geral do Tesouro, alterada pela Instrução Normativa nº 071/87, de 01.12.87, do Superintendente de Administração Tributária “ou que” a relação jurídica, na espécie, é regida pela Lei nº 6.485/72, sendo ineficaz a Circular nº 01/81, na parte em que proíbe a transferência dos créditos de ICM relativos aos estoque”, assim como correção monetária sobre os créditos fiscais não transferidos, a partir da vigência da Circular nº 1/81.

Esclareceu que tem por objetivo social a fabricação de calçados e sua comercialização, exportando toda sua produção para o estrangeiro.

Alegou que em razão da imunidade consagrada na Constituição Federal (art. 23, II) tem direito a crédito referente à matéria-prima empregada, mas, como só exporta, ficou impossibilitada de efetuar o abatimento na operação posterior, tendo a Lei Estadual nº 6.485 permitido a transferência de crédito entre estabelecimentos situados no Estado.

Insurgiu-se contra as normas posteriores que, regulamentando o ICM, estabeleceu limitações à mencionada transferência dos créditos entre estabelecimentos situados naquele Estado.

Em primeira instância, as ações foram julgadas improcedentes (fls. 120/127), tendo o E. Tribunal de Justiça provido em parte o apelo interposto pelas autoras, exceto quanto à correção monetária, em acórdão assim ementado:

“ICM. Imunidade constitucional relativa a operações que destinam ao exterior produtos industrializados. A transferência do crédito fiscal havido com a entrada dos insumos desses produtos no estabelecimento exportador rege-se pelo Convênio AE nº 7/71 e abrange o material estocado. As normas do referido Convênio não podem ser alteradas por circular do Diretor-Geral do Tesouro. Apelo provido em parte” (fls. 167).

Opostos embargos infringentes, foram os mesmos rejeitados (fls. 255/268).

Inconformado, o Estado do Rio Grande do Sul interpôs o presente recurso especial, com apoio na alínea a do permissivo constitucional apontando como violados os arts. 97, incisos II e III, do CTN; art. 1º da Lei Complementar nº 34/67; art 1º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 24/75, e arts. 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406/68.

Sustenta, em síntese, que o v. acórdão recorrido laborou em interpretação extensiva, já que “não há operação imune sem que haja saída imune”.

Alega ainda que a r. decisão hostilizada criou hipótese não estabelecida em lei como caso de ocorrência do fato gerador de ICM, ao reconhecer ao exportador o direito de creditar-se e de transferir o crédito respectivo em caso de simples intenção declarada de exportar (fls. 270/275).

Indeferido o processamento do recurso, subiram os autos a esta C. Corte.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator):  
Vários dispositivos legais, versando questões devidamente prequestionadas, foram apontados pelo recorrente como violados.

Conheço do recurso pela letra a.

O recurso é admissível e, a meu ver, merece provimento.

Verifica-se pela cláusula 2ª do Convênio AE nº 07/71,

que

“é permitida a transferência de crédito para estabelecimentos situados na mesma unidade da Federação, fornecedores de matéria-prima, material secundário ou material de embalagem, e de bens destinados à aplicação como ativo fixo a título de pagamento das respectivas aquisições até o limite de 40 por cento do valor das operações.”

As autoras ao exportar os calçados por elas fabricados, estão imunes ao ICM. Mas, na entrada das matérias-primas, destinadas à fabricação de seus produtos, reconhece o Estado o seu direito de crédito que não é compensado na saída isenta. Com isto acumulam os créditos. De acordo com a 2ª cláusula do Convênio citado, tem o direito de transferir até quarenta por cento deste crédito para “estabelecimentos situados na mesma unidade da Federação, fornecedores de matéria-prima, material secundário ou material de embalagem e de bens destinados à aplicação ativo fixo a título de pagamento das respectivas aquisições...”

Entendo que as autoras só adquirem o direito ao crédito quando efetivam as exportações e não quando mantêm matérias-primas estocadas. Adquirem elas o direito ao crédito na entrada da matéria-prima em seu estabelecimento e só adquirem o direito a sua transferência no momento da saída de seus produtos, na concretização da exportação deles. Estabelece o artigo 3º, § 1º, que

“A lei estadual disporá de forma que o montante devido resulte da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente às mercadorias saídas do estabelecimento e o pago relativamente às mercadorias nele entradas...”

O exportador, no caso, só adquire o direito à transferência do crédito, quando realiza a exportação.

Com razão acentuou o recorrente, na sua petição dos embargos infringentes:

“5. O contribuinte exportador, porém, a prevalecer a tese da apelante, não estaria sujeito àquelas regras gerais que só permitem o aproveitamento dos créditos relativos a **entradas** quando ocorra a respectiva **saída de mercadorias** de seu estabelecimento. Veja-se que a norma supramencionada diz claramente “mercadorias saídas do estabelecimento”. No entanto, nenhuma lei que o autorize, poderia o exportador — o que quer a apelante — valer-se dos créditos de ICM relativos a **mercadorias que jamais saíram de seu estabelecimento**. A simples existência de mercadorias em estoque ou, pior, a simples **declaração contábil da existência de um estoque** passaria a constituir-se, pasmem, em **fato gerador** capaz de autorizar ao exportador, ou melhor, ao cessionário de créditos transferidos pelo exportador valer-se daqueles créditos como se moeda corrente fossem.

6. Essa situação, se merecer desse Tribunal o respaldo, gerará inconstitucional diferença de tratamento tributário entre contribuintes. Enquanto o contribuinte exportador poderá valer-se de seus créditos de ICM para pagar parte do preço de novas aquisições que faça, **sem que tenha ainda feito qualquer exportação**, outro contribuinte, não exportador, só poderá valer-se de seus próprios créditos se promover **saídas** de mercadorias, de nada lhe valendo seus estoques. E note-se que **não há norma expressa que autorize essa diferença de tratamento**.

7. Ainda no tocante aos estoques, veja-se a espécie por outro ângulo. Não houvesse a norma imunizadora do art. 23, § 7º, da CF de 1967, ocorreria a incidência do ICM, **no momento da saída de mercadoria**. Por que, simplesmente declarando o contribuinte sua **pretensão de exportar** a mercadoria, haveria de alterar-se o momento da incidência? Ora, são as **saídas** imunes que geram os créditos acumulados pelos exportadores. Como já se disse na contestação, esse foi o sentido encontrado na norma constitucional por PONTES DE MIRANDA em seus “Comentários à Carta de 1967”:

“Tal imunidade objetiva supõe que **destinação ao exterior já existia** no momento em que se verifica se há de incidir, ou não, o imposto sobre circulação de mercadorias. Se ainda não se caracterizou a destinação, não há imunidade” (Ed. RT/67, p. 499). (Grifei).

É claro que o objetivo do legislador, ao incentivar as exportações e trazer divisas para o Brasil e isto somente acontece quando é efetiva da a exportação, como bem salientou o eminente Desembargador Relator (fls. 260). Não é estocando a matéria-prima que o fabricante traz divisas para o nosso País. Para ele invocando precedente seu, acentuou com razão, que:

"Afirma-se que a Circular nº 01/81, na sua redação original, não vedava o aproveitamento do crédito dos estoques, o que somente teria ocorrido com a Circular nº 14/85. O Estado, ao coniestar a ação, disse, as fls. 52/53, o seguinte:

"Quanto ao fato de a Circular nº 01/81 ter impedido o cômputo dos créditos referentes às mercadorias ainda estocadas no estabelecimento dentre aqueles aptos à transferência, temos que, efetivamente, não foi a circular que criou tal limitação.

Esta limitação é antes uma decorrência lógica do próprio sistema de incentivo, como estímulo adicional às exportações.

A efetiva exportação constitui suporte fático a norma imunizadora do art. 23, § 7º, da Carta Maior. Enquanto aquela não tiver ocorrido, não incidiria o preceito exonerativo, **como não incidiria a norma de tributação se a operação fosse tributada.**

Portanto, enquanto não se realizar, a exportação, não há que falar em 'crédito' apto à transferência porque não podemos dizê-lo excedente ou acumulado em face da imunidade (não até que a saída exonerada se verifique).

Assim, mesmo que a Circular nº 01/81 nada estabelecesse no sentido de excluir da transferência os créditos por insumos, material de embalagem ou material secundário ainda estocados no estabelecimento, o impedimento existiria por igual, como pressuposto lógico da sistemática legal em vigor."

"E mais adiante observou que tanto a cláusula segunda como a cláusula quarta do convênio dependem da ocorrência da situação prevista na cláusula primeira, ou seja, a existência de créditos eventualmente acumulados, não vindo por isso diferença en-

tre as cláusulas segunda e quarta. A questão, portanto, é verificar quando ocorre a denominada acumulação de créditos. Isso se verifica, apesar de ter sido realizada operação de saída de mercadoria isenta, em que seria necessário o estorno, mas em face do benefício fiscal há possibilidade de aproveitamento do crédito que, na ausência ou de pequena venda no mercado interno, tal inoconterria. Aí, então, surge uma cumulação, mas sempre dependendo da existência de um fato que seria o gerador de débito fiscal. Por isso o convênio diz na mesma cláusula, inciso I, letra a: "o crédito é o proveniente da entrada de **matérias-primas empregadas** em produtos que sejam objeto de saída para o exterior".

"Na Apelação nº 588076687 afirmou-se que o emprego da expressão "sejam objetos de saída para o exterior" não quer dizer que já tenham saído. Também se sustentou que o art. 37 do Regulamento do ICM, ao registrar que "tiveram destinação ou que vierem a sair", não exige que já tenham sido exportados.

"Embora interprete as expressões da forma diversa, de qualquer modo, além de uma interpretação extensiva, também é preciso que se analise toda a sistemática.

O Regulamento do ICM fala em excedente de crédito, não no ingresso do crédito, e é certo que, no mercado interno, é permitida a utilização do crédito gerado no período, desde que, evidente, ocorra a venda, com o decorrente débito. Se na exportação não há débito, o benefício fiscal resultante do não-estorno só haverá quando houver a exportação com a utilização da matéria-prima geradora do referido crédito.

"Portanto, excedente de crédito é a diferença maior em relação ao débito na escrituração, e disso

não se pode concluir que a intenção do convênio que o decreto regulamentador tenha sido a de alcançar todo o crédito relativo a estoques, independentemente da operação de exportação.

“Por isso, não é exato que o Estado esteja negando aplicação ao § 3º do art. 3º do Decreto nº 406, pois não está exigindo o estorno do imposto relativo a entrada de mercadorias utilizadas nos produtos exportados.

“Também não é correto afirmar-se que a Circular nº 01/81 desconsideraria as operações tributadas no mercado interno, que realmente diminuem o saldo credor, permitindo a utilização de todo o crédito sobre estoque, porque, se não houver saldo credor, o que afastaria também o crédito acumulado, haverá pagamento, o que não acontece na hipótese de exportação.

“Se é certo que o convênio não fala em estoques, não precisaria explicitar, sendo que a cláusula décima terceira, ao falar em aproveitamento de crédito gerado, não está entrando em choque com o disposto na cláusula primeira, que pressupõe créditos acumulados, ou seja, excedente de crédito.

“Na hipótese de operações pelo ICM, evidentemente que os créditos gerados podem ser imediatamente utilizados, mas o que se quer é que, independente do fato gerador, hipótese de haver mera possibilidade de exportação, sejam utilizados os créditos gerados em situação mais privilegiada que o mercado interno, quando o crédito sobre estoques também permanece se não houver operação tributável.

“O fato de pretender exportar não autoriza, com a devida vênia, a transferência imediata de um crédito

to. E, no caso presente, há uma circunstância relevante contida na inicial de que a autora afirma que exporta toda a sua produção para o exterior, de modo que, neste caso, há possibilidade de aproveitamento do crédito no momento em que ocorrer a exportação” (fls. 261/264).

Assiste razão ao recorrente, ao sustentar, em seu recurso, que:

“Parece espantoso que seja necessário argumentar demonstrando que os benefícios fiscais à exportação só são justificáveis e aceitáveis se houver exportação. Do mesmo modo, assombra ser necessário evidenciar que a palavra “operação” envolve a noção de ação, movimento. Não se concebe uma “operação estática” como na estocagem de mercadorias. Que “operação” é essa onde não se realiza nenhum negócio jurídico, nenhuma **circulação** de mercadorias onerosa ou gratuita? Qual o interesse público em conceder benefício fiscal à estocagem de mercadorias?

O legislador quis privilegiar o exportador na medida em que suas operações carregam para o País divisas tão necessárias para o equilíbrio das contas internacionais. Agora, daí a premiar a **intenção** de exportar, vai grande distância. Mercadorias estocadas, quiçá com fins especulativos, não geram divisas e, pois, não podem ser causa de estímulo ao estocador. Ainda mais quando não há norma expressa nesse sentido.

A doutrina tributária nunca ousou equiparar o conceito de “operação” com o de “armazenamento” ou “estocagem” de mercadorias. Na excelente obra “ICM na Constituição e na Lei Complementar”, ALCIDES JORGE COSTA, ao examinar o conceito de “operação” refere as opiniões de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, GERALDO ATALIBA, ALIOMAR BALEIRO, GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL, RUBENS GOMES DE SOUSA, entre outros, inclusive estran-

geiros, e nenhum autor citado adota o entendimento contido no julgado ora atacado. As opiniões são sempre de que **operação** significa transmissão de domínio, transação comercial, transferência, de mercadorias e até mesmo a troca, a doação, comodato, locação, mas jamais a **estocagem** de mercadorias" (fls. 273/274).

Dou provimento ao recurso para declarar que as autoras só adquirem o direito à transferência do crédito, na forma da cláusula 2ª do Convênio AS nº 07/71, quando se efetiva a saída, a exportação de seus produtos e não quando estocam a matéria-prima.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 35.846-9 — RS — (93.0016277-2) — Relator: Exmo. Sr. Min. Garcia Vieira. Recte.: Estado do Rio Grande do Sul. Advogado: Carlos do Amaral Terres. Recdos.: Calçados Status Ltda. e outros. Advogados: Cláudio Otávio Xavier e outro. Sustentou oralmente a Dra. Vera Lúcia Zanette, pelo recorrente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator (em 1º 09/93 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Cesar Rocha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

#### SÚMULA STJ 129

(publicada no DJU 23/03/1995, p. 6730)

O exportador adquire o direito de transferência de crédito do ICMS quando realiza a exportação do produto e não ao estocar a matéria-prima.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Esta Súmula teve origem nos reiterados precedentes do STJ a favor do Estado do Rio Grande do Sul, motivada pelo trabalho desenvolvido pelo Dr. Jorge Arthur Morsch e demais acórdãos publicados retro.

Memoriais do Estado do Rio Grande do Sul: Correção  
Monetária de Saldos Credores de ICMS

*Magda Brossard Iolovitch*

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1. NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por força da Lei 8820/89 (art. 30), que instituiu o ICMS, era vedada a utilização de correção monetária como imposto no conta-corrente fiscal dos contribuintes. Ao mesmo tempo, os contribuintes contavam com largo prazo para efetuar o recolhimento do valor apurado, pelo valor nominal, isto em época da alta inflação.

2. O confronto entre os "créditos fiscais" por entrada e "débitos fiscais" por saída para apurar o ICMS a pagar, ocorria exclusivamente sob as respectivas importâncias nominais até a Lei Estadual nº 10.079/94, que estabeleceu, a partir de 1º de janeiro de 1994, a atualização monetária dos tributos devidos a partir do quinto dia-calendário subsequente à ocorrência do fato gerador, ou do encerramento do período de apuração, dando nova redação ao parágrafo 3º do art. 33 da Lei nº 8.820/89, determinando também a correção monetária do saldo do imposto verificado a favor do contribuinte, apurado de acordo com o mesmo artigo, a partir do quinto dia subsequente ao do encerramento do período a que correspondesse.

Posteriormente, a Lei nº 10.183, de 26 de maio de 1994 encurtou ambos os prazos, trazendo-os para o dia seguinte ao do encerramento do período de apuração.

3. Antes de 1994, a correção era aplicável aos débitos de ICMS apurados e impagos somente uma vez caracterizada a mora. Vencido o período de apuração e o prazo concedido para recolhimento, aplicava-se a correção monetária caso não tivesse sido pago; não sendo aplicado durante todo o período de apuração, nem no largo período que, transcorria entre o fim do período de apuração e a data do pagamento.

Esta situação favorecia os contribuintes, que giravam com o dinheiro durante todo este período, em época de alta inflação, pagando o ICMS pelo valor nominal, já tendo recebido do consumidor final embutido no preço da mercadoria.

4. Foram ajuizadas muitas demandas de caráter declaratório, principalmente por parte de empresas exportadoras que tinham saldos credores excedentes de um mês para outro, ou de empresas que recebiam créditos como pagamento de matéria-prima, postulando a declaração de direito de corrigir monetariamente os saldos credores pretéritos, anteriores à Lei.

Encontrava-se dividido o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quanto à matéria, quando foi suscitado Incidente de Uniformização de Jurisprudência, que a sumulou contrariamente à vedação contida na Lei 8820/89, através da Súmula 16 do 1º Grupo de Câmaras Cíveis, verbis:

“São corrigíveis monetariamente os créditos excedentes do ICM/ICMS, sem embargo do disposto no art. 30 da Lei Estadual nº 8.820/89.”

5. Em face da observância obrigatória da Súmula, os julgamentos passaram a deferir a correção monetária, ignorando várias questões, constitucionais e infraconstitucionais, suscitadas pelo ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

Alguns destes processos chegaram e estão chegando a essa E. Corte, pela via do recurso extraordinário, e deverão ser aqui apreciados.

Em razão da uniformidade da tese, e da quantidade significativa de feitos que possivelmente merecerão apreciação dessa E. Corte, o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL oferece memorial conjunto.

#### **PRELIMINARMENTE - IMPOSSIBILIDADE DO DEFERIMENTO DE CORREÇÃO MONETÁRIA EM AÇÃO DECLARATÓRIA**

6. O deferimento da correção monetária sobre saldos credores excedentes, com base na Súmula 16 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, vem se processando em ações declaratórias, o que contraria a jurisprudência dessa E. Corte.

A ação declaratória não comporta execução, na medida em que, valendo como preceito, não importa em condenação.

Em razão disto, não é possível adequar o que seria ação de declaração com condenação (ou restituição, que em realidade é o que ocorre, pois creditando-se de importâncias de correção monetária no conta-corrente fiscal, os contribuintes acabam por reduzir o eliminar o imposto a pagar, alguns por muito tempo), porque não obstante o pe-

dido de declaração, em verdade se pretende repetição do indébito, de caráter condenatório.

As decisões judiciais dadas com base na questionada Súmula importam em revisão de lançamentos pretéritos, para agregar atualização monetária a valores que compuseram a escrita fiscal dos contribuintes, e chancelam a desconstituição da apuração pretérita, ignorando que se tratou de **ato jurídico perfeito**, consumado de acordo com a legislação vigente à época.

7. Essa E. Corte tem sistematicamente repellido pretensões semelhantes às deferidas pelas decisões exaradas contra o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, amparadas na Súmula 16 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em face da notória **ausência de interesse processual e da impossibilidade jurídica do pedido** (art. 267, VI, CPC) que as mesmas encerram quando formuladas através de ações declaratórias (RE 111.733-8-SP (DJU 10.04.87, Ementário n° 1456-3, publicado no DJU de 10.04.87, RTJ 116.385 e TR 610/268).

Decisão, publicada no DJU de 19.04.1996, é elucidativa a respeito da posição desse E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO ICM. ISENÇÃO. Na importação de matéria-prima direito de creditamento do valor da parcela isenta operação realizada anteriormente à EC/23/83.

correção monetária.

(...)

**2. Correção monetária. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de ser incabível a incidência de correção**

**monetária em razão de ação declaratória.**” (RE 116.176-1 - Rel. Min. Maurício Correa).

Assim, há essa questão preliminar, em face do caráter condenatório que tem decorrido das decisões proferidas em ações ditas declaratórias.

### **LEI EM VIGOR DESPREZADA PELA SÚMULA 16 DO TJRS; VIOLAÇÕES CONSTITUCIONAIS DAÍ DECORRENTES**

8. A correção monetária era **vedada pela legislação**, até 31 de dezembro de 1993, antes da edição da Lei n° 10.079/94.

O art. 30 da Lei 8.820/89, não revogado nem declarado inconstitucional, proibia o uso da atualização monetária para a apuração dos valores do tributo; seu deferimento, como vem sendo feito pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apoiado na Súmula 16, importa em violação do **art. 5º, II e XXXVI e art. 37, ambos da Constituição Federal**, porque decisão contra norma expressa **ferre o princípio da legalidade, e o ato jurídico perfeito**, consubstanciado na apuração do imposto segundo as normas em vigor.

Afrontado, ainda, foi disposto no art. 97 da Constituição Federal. O E. TJRS, a par de ter insinuado a inconstitucionalidade do art. 30 da Lei/RS 8.820/89 não suscitou o incidente respectivo, negando-se a aplicar a lei sem declará-la inconstitucional.

Admitido o direito das contribuintes de utilizarem-se em seu conta-corrente fiscal os valores relativos à correção monetária sobre créditos fiscais há muito escriturados, as decisões baseadas na Súmula 16 chancelam com modificação de **ato jurídico perfeito** (apuração), perfectibilizado sob a égide das normas que regulavam a matéria à época e não permitiam tal atualização, o que é defeso - e portanto jurídica-

mente impossível -, nos termos do art. 5º, XXXVI da CF/88, sendo esta mais uma razão para a extinção do feito sem julgamento do mérito, na forma do art. 267, VI, do CPC.

Igualmente, violam o **princípio da não-cumulatividade**, art. 155, § 2º, I, CF/88, porque, ao determinar a correção monetária dos saldos credores, desestabilizou a relação de harmonia existente entre créditos e débitos. Não se pode olvidar que os créditos que deram origem ao saldo credor advêm de débitos que foram recolhidos ao erário na segunda quinzena do mês subsequente à apuração sem qualquer atualização.

Muitas das recorridas acumularam créditos de ICMS porque gozam de amplos benefícios fiscais, mantendo créditos no conta-corrente fiscal exatamente porque não pagam impostos. A **correção monetária desses saldos credores** importa numa verdadeira "máquina de fazer dinheiro", mormente porque acabam transferindo os créditos para terceiros, quando é mais conveniente do que usá-los para abater com débitos no conta-corrente fiscal. Assim, o Ente Público, que já concedeu benefícios fiscais, acaba por ser penalizado mais uma vez, vendo ser reduzida sua receita, ao ser condenado a aceitar a escrituração da correção monetária, que reduzirá ou anulará o ICMS a pagar das autoras das ações, ou daqueles a quem transferir os créditos.

Os créditos, muitas vezes transferidos, comporão o conta-corrente fiscal das recorridas ou de terceiros, e reduzirão, de forma indevida, a receita do Estado. E as recorridas, que muitas vezes não pagam ICMS, terão transformado os créditos existentes por força de benefício fiscal em dinheiro, após corrigi-los e transferi-los.

Aliás, o deferimento da correção monetária para os créditos não-anulados, chamados "créditos fiscais benéficos", importa em

ampliação de benefício fiscal sem lei e sem Convênio, com violação ao art. 155, par. 2º XII, g da e 150, par. 6º da Constituição Federal.

9. A declaração de direito de aplicar a correção monetária sobre créditos escriturais, desde a data de fechamento do período de apuração, viola também a imunidade e a isonomia, já que à época o tributo apurado não era atualizado entre a data do fechamento do período de apuração e a data do efetivo pagamento, que em alguns casos era superior a trinta dias.

10. A atualização monetária viola aos princípios constitucionais da isonomia, da igualdade, e da não-cumulatividade.

Determinada constitucionalmente, a não-cumulatividade se realiza através da compensação entre o ICMS creditado na entrada de mercadorias no estabelecimento e o ICMS devido pela ocorrência de operações de saída num mesmo período. O fato de não ser aplicada a correção sobre créditos excedentes da escrita fiscal, mormente quando não incidente sobre o imposto apurado, até a data do recolhimento, não viola o princípio da não-cumulatividade. O sistema de creditamento periódico previsto na legislação assegura a não-cumulatividade, que nunca deixou de ser observada.

Mas a aplicação da correção monetária sobre os saldos credores excedentes, quando todo o sistema de apuração e de recolhimento do imposto, com largos prazos para tanto, não era passível de correção, ocorrendo sob valores nominais, importa em violar o princípio da não-cumulatividade. Isso porque seria corrigido apenas um dos elementos de composição do conta-corrente fiscal, o crédito fiscal transportado de um período de apuração para o seguinte, enquanto à época o ICMS apurado não era corrigido até a data do recolhimento, em período altamente inflacionário.

11. Os chamados "créditos fiscais" de ICMS são simples elementos de realização da não-cumulatividade tributária, a compensação

entre créditos e débitos fiscais, relativos a uma dada relação obrigacional não-convencional (obrigação legal), de natureza público-impositiva, onde é flagrante a supremacia do interesse coletivo sobre o privado, em razão do que concede-se estreito espaço à conduta volitiva do último.

Se, do confronto entre créditos fiscais e débitos fiscais, resultasse saldo devedor, daí surgiria o valor que, após conferido e homologado pelo Fisco, corresponderia ao crédito tributário definitivo, ou seja, ao imposto devido, a ser pago em data estabelecida na legislação pertinente.

Se, ao contrário, o "crédito fiscal" excedesse o débito idêntico, isso não significava que o primeiro houvesse perdido sua função e natureza estritamente escritural e se transformado, sabe-se lá sob que fundamento, num crédito definitivo oponível, desde então, à Fazenda Pública. Nesse caso, ele prosseguia dispondo da função estritamente escritural, transferindo-se para o período ou períodos seguintes, onde se agregava aos "créditos fiscais" gerados nesses últimos, prosseguindo-se com o ciclo compensatório inerente à contabilização.

12. Os créditos não são moeda, o Estado nada "paga" via compensação; o contribuinte não "recebe" crédito de ICMS - apenas há um encontro de contas entre créditos e débitos, para apuração do imposto a pagar.

Créditos e débitos são figuras meramente contábeis, que nada pagam e que ninguém recebe. Tanto é assim que, se uma empresa encerra suas atividades com créditos de ICMS, não tem como opô-los ao fisco.

13. Somente seria igual, eqüitativa, a correção monetária que se desse em ambas as pontas. Se o Estado não aplicava correção monetária ao ICMS devido, antes do vencimento, e com largos prazos para o recolhimento, sua condenação a aceitar, na escrita fiscal das

recorridas, a aplicação da correção monetária sobre os créditos excedentes, fere os princípios da isonomia e da igualdade.

14. A matéria está explicitada de maneira lapidar no despacho proferido pelo E. Ministro MOREIRA ALVES, ao negar seguimento ao AI n° 181838-2 -SP, em que foi agravante SANOFI DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA (DJU 22.11.96, p. 45.761), assentando o caráter escritural dos créditos, e a impossibilidade de se lhes aplicar correção monetária:

"Segundo a própria sistemática da não-cumulatividade, que gera os 'créditos' que o contribuinte tem direito, a compensação deve ocorrer pelos valores nominais. Assim dispõe a lei paulista. A correção monetária dos 'créditos', além de não permitida pela lei, desvirtuaria a sistemática do tributo.

23.) - Em outras palavras, o tributo incide e opera-se o sistema de compensação do imposto devido com o tributo já recolhido sobre a mesma mercadoria, o qual impede a incidência do ICMS em cascata. Do quantum simplesmente apurado pela aplicação da alíquota sobre a base de cálculo, deduz-se o tributo já recolhido em operações anteriores **com aquela mercadoria ou seus componentes, ou sua matéria-prima, produto que esteja incluído no processo de sua produção de forma direta**. Assim, os eventuais **créditos** não representam o lado inverso de uma obrigação, constitui apenas um registro contábil de apuração do ICMS, visando a sua incidência de forma não-cumulativa.

24.) - Uma vez abatido o débito, desaparece. Não se incorpora de forma alguma ao patrimônio do contribuinte. Tanto que este, ao encerrar suas atividades, não tem o direito de cobrar seus 'créditos' não escriturados da Fazenda. Estes créditos não existem sem o débito correspondente.

25.) Na realidade, compensam-se créditos e débitos pelo valor nominal constituídos no período de apuração. Incidindo correção monetária nos créditos, sendo contabilizado, um que for, em valor maior que o nominal, haverá ofensa ao princípio da não-cumulatividade. É um efeito cascata ao contrário, porque estará se compensando tributo não pago, não recolhido.

26.) O ato de creditar tem como correlativo o ato de debitar. O correspondente dos 'créditos contábeis em discussão são os valores registrados na coluna dos débitos, os quais também não sofrem nenhuma correção monetária, o que configura mais uma razão a informar a invocação de 'isonomia' para justificar a atualização monetária dos chamados 'créditos'. Somente após o cotejo das duas colunas quantifica-se o crédito tributário, o que bem demonstra a completa distinção entre este e aqueles.

27.) Estabelecida a natureza meramente contábil, escritural, do chamado 'crédito' do ICMS (elemento a ser considerado no cálculo do montante do ICMS a pagar), há que concluir pela impossibilidade de corrigi-lo monetariamente. Tratando-se de uma operação meramente escritural, no sentido de que não tem expressão ontologicamente monetária, não se pode pretender aplicar o instituto da correção ao creditamento do ICMS.

28.) A técnica do creditamento escritural, em atendimento ao princípio da não-cumulatividade, pode ser expressa através de uma equação matemática, de modo que, adotando-se uma alíquota constante, a soma das importâncias pagas pelos contribuintes, nas diversas fases do ciclo econômico, corresponda exatamente à aplicação desta alíquota sobre o valor da última operação. Portanto, por ser essa operação uma

operação matemática pura, devem ficar estanques quaisquer fatores econômicos ou financeiros, justamente em observância ao princípio da não-cumulatividade (artigo 155, § 2º, I, da Constituição Federal e artigo 3º do Decreto-Lei nº 406168). II (fls. 81/83); e

"30.) Por sua vez, não há falar-se em violação ao princípio da isonomia. Isto porque, em primeiro lugar, a correção monetária dos créditos não está prevista na legislação, e ao vedar-se a correção monetária dos créditos de ICMS, não se deu tratamento desigual a situações equivalentes. A correção monetária do crédito tributário incide apenas quando este está definitivamente constituído, ou quando recolhido com atraso, mas não antes disso. Nesse sentido prevê a legislação. São créditos na expressão total do termo jurídico, podendo o Estado exigí-lo. Diferencia-se do crédito escritural, que existe para fazer valer o princípio da não-cumulatividade."

Desse despacho foi interposto agravo regimental, ao qual foi negado provimento pela E. 1a. Turma do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em 4 de março de 1997. Pelas mesmas razões ali expostas, o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL sustenta ser incabível a correção monetária dos créditos fiscais, mormente existindo a vedação do art. 30 da Lei 8820/89.

16. Não se discute, nas ações propostas contra o Estado, restituição de um valor corrigido, mas postulação de correção monetária de creditamento, lançado escrituralmente; a ser admitida tal forma de correção, as contribuintes ficarão credoras eternas do Estado, porque sempre terão créditos acumulados, e serão beneficiadas pela inflação, como quando estocam materiais em excesso e aí acumulam crédito igualmente em excesso.

Se o montante é apurado por período é também de se considerar que ele se faz na *forma escritural*, sem que o contribuinte tenha desembolsado um valor na época da apuração. Tanto que acumulou créditos.

Se os valores sujeitos a compensação não eram atualizados, também o contribuinte, quando pagava o imposto, tinha vantagem do prazo de pagamento, sobre o qual ainda tinha rendimento, beneficiado pela própria inflação.

As contribuintes beneficiam-se duplamente da inflação: uma, quando tiveram prazo excessivo para o recolhimento do imposto e outra quando atualizam os créditos meramente escriturais.

17. Aplicada a correção monetária sobre os créditos escriturais das empresas, desde a data de fechamento do período de apuração, aí sim estaria sendo violada a igualdade e a isonomia, já que **o tributo apurado não era atualizado entre a data do fechamento do período de apuração e a data do efetivo pagamento**, que em alguns casos era superior a trinta dias.

Pelas razões expostas, o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL postula que, ao serem apreciadas seus recursos extraordinários sobre a correção monetária dos saldos credores de ICMS, e principalmente aqueles julgados após a edição da Súmula 16 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sejam conhecidos e providos, tanto pelas preliminares quanto pelas razões de mérito.

Brasília, 13 de outubro de 1997.  
Magda Brossard Iolovitch  
Procuradora do Estado  
OAB n° 14.352

## ACO 545: Caução em Dívida do Estado Contra a União Federal

Paulo Peretti Torelly  
Ricardo Antônio Lucas Camargo

Exmo. Sr. Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pessoa jurídica de Direito Público Interno, por sua Procuradoria-Geral, sediada na Av. Borges de Medeiros, 1501, 11º Andar, Porto Alegre/RS, respeitosamente, nos termos do art. 829 do Código de Processo Civil e 102, I, "f", da Constituição, propõe AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA DE CAUÇÃO contra a UNIÃO FEDERAL, que deverá ser citada na pessoa de seu Advogado-Geral, no Palácio do Planalto – Anexo IV – Brasília/DF, pelas razões que expõe abaixo:

1. Não resta dúvida que o Poder Público, na sua conduta, deve se pautar por ser um exemplo para todos os cidadãos.

Entretanto, mister salientar que do Poder Público, seja ele federal, estadual ou municipal, espera o cidadão que atenda a determinadas finalidades postas no Texto Constitucional como satisfação de necessidades da coletividade, sem as quais sua própria razão de ser desaparece.

Para atender a estas finalidades, para satisfazer às necessidades coletivas, enfim, é que o Poder Público, seja ele União, Estado ou Município busca a obtenção de recursos financeiros, inclusive endividando-se.

2. Foi tentada a renegociação da dívida materializada no Contrato 014/98/STN, por parte do Estado, em face da União Federal, em 11 de janeiro de 1999.

Os termos do contrato em questão prevêm um comprometimento de 12,5% (doze e meio por cento) da Receita Líquida Real (RLR) com pagamentos em 1999, e de 13% (treze por cento) para os próximos anos.

Com isso, mesmo num cenário de revisão das políticas econômicas e financeiras efetuadas pelo Governo anterior, onde se estimam 3% (três por cento) de crescimento da Receita Líquida Real, projeta-se um desembolso de cerca de R\$ 660 milhões neste ano, sem contar com os pagamentos considerados extra-limite, no montante de R\$ 140 milhões.

Assim, para 1999, soma-se R\$ 800 milhões, fazendo com que o patamar de comprometimento atinja um patamar de 15% (quinze por cento) da Receita Líquida Real (RLR).

3. Como o novo Governo pretende pôr em prática um plano de combate à sonegação e de redução de benefícios fiscais, para a obtenção de um crescimento real de 9,5% na arrecadação do ICMS durante o ano de 1999, o valor referido no parágrafo anterior sobe para R\$ 860 milhões.

Foi referido, no texto da proposta consubstanciada no Ofício GSF 024/99, que a gestão anterior, seguindo o modelo determinado pelo Poder Central, alienou cerca de R\$ 5 bilhões em termos de ativos de empresas estatais, sem que isto gerasse, efetivamente, receita suficiente para investimentos ou para abater o estoque da dívida e procedeu à exoneração de quinze mil servidores através do programa de incentivo à demissão voluntária, adotado também em obediência ao modelo do Poder Central.

Programa, este, que acarretou um aumento nos gastos, quer em virtude do imediato desembolso de numerário de numerário quando deferido o pedido de adesão, quer em virtude de ser a maior parte dos demitidos oriunda das áreas de Educação e Segurança, áreas sensíveis, como se sabe, e que determinaram a realização de contratação emergencial e de nomeação de concursados e, mesmo, realização de novos concursos para atender às necessidades do serviço.

4. Houve, efetivamente, uma situação de déficit real, tendo o novo Governo encontrado uma diferença entre o ativo financeiro existente e o passivo financeiro ajustado.

Uma diferença que configura uma situação líquida financeira ajustada negativa de R\$ 1,2 bilhões, cabendo registrar, dentre as despesas não pagas, R\$ 130 milhões constantes de precatórios, R\$ 136 milhões em despesas com pessoal em decorrência de atos praticados pelo Governo anterior, consolidadas após as eleições, transferências a Municípios, pagamentos a fornecedores e empreiteiros.

Às perdas na arrecadação decorrentes da aplicação da Lei Complementar 87, de 1996, calculadas, em 1997, em R\$ 561 milhões, correspondeu uma compensação de R\$ 40,8 milhões, já descontados R\$ 40 milhões recebidos como adiantamento do Governo Federal em 1996.

A perda da arrecadação em 1998 recebeu um valor de compensação nominalmente superior, mas ainda assim muito abaixo dos valores máximos admitidos pela própria União e previstos em lei.

5. Este o quadro que se entendeu apto a autorizar a revisão dos termos do contrato, sobretudo porque **todas as medidas tomadas pelo Governo anterior se caracterizaram pela total e incondicional obediência pelo que foi prescrito como providências necessárias ao ajuste fiscal pela própria credora, União Federal.**

Esta preferiu adotar posição no sentido de não transigir com os termos do contrato de refinanciamento, especialmente porque este, em sua cláusula 6ª, prescreve ao Estado a obrigação de adequar a sua política financeira à satisfação do débito.

6. Ora, a se executar o contrato tal como se acha ele escrito, praticamente toda a arrecadação do Estado seria canalizada para o pagamento desta dívida, com o que se teria, inclusive, a impossibilidade de atendimento às decisões judiciais condenatórias proferidas contra a Administração Pública estadual contra as quais não coubesse mais qualquer tipo de recurso.

O pagamento da dívida postergaria, inclusive, o atendimento das competências previstas no **art. 23 da Constituição Federal**, dentre elas, a segurança.

7. É de se observar que a dívida não teria condições de ser satisfeita em todas as suas parcelas, tal a situação do caixa do Estado do Rio Grande do Sul.

A situação a que chegaram os cofres do Estado do Rio Grande do Sul **decorreu do atendimento incondicional à orientação do Governo Federal**, no sentido de se proceder à privatização de empresas estatais, inclusive saneando-se o passivo destas últimas para as tornar mais atrativas à iniciativa privada, à redução do quadro de funcionários e empregados públicos através de programas de demissão incentivada, à terceirização de serviços públicos, que determinou a criação de uma complexa estrutura burocrática para buscar a compatibilização entre o interesse do particular na obtenção do mister de prestar serviço essencial à população e a sujeição do poder econômico privado chamado a colaborar com o Poder Público ao desempenho de sua função social, dada a própria essencialidade do serviço terceirizado.

Todos estes programas, que determinaram a realização de operações financeiras – por óbvio, despesas –, foram apontados como o norte a ser seguido pelos Estados-Membros para tornar exitosa a política econômica do Governo Federal.

8. Que o Estado, durante o mandato do anterior Governador, seguiu rigorosamente o receituário proposto pelo Governo Federal prova o voto proferido no Conselho Monetário Nacional pelo Min. Pedro Sampaio Malan – Voto CMN 162/95 –, em anexo, onde se mencionam, como medidas de ajuste fiscal e saneamento financeiro, dentre outras, a redução do quadro atual de funcionários, inclusive através de programas de desligamento voluntário – isto é, desligamento do servidor acompanhado de desembolso de quantia pelo Poder Público – privatizações e concessões de serviços públicos.

Este voto, aliás, é invocado na Cláusula 1ª do Contrato 014/98/STN/COAFI como fundamento da própria obrigação assumida.

A par do esdrúxulo instrumento que veicula o **Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados**, já que manifestado em simples voto proferido no Conselho Monetário Nacional – porquanto planos e programas devem ser aprovados por lei, nos termos do art. 48, IV, da Constituição Federal de 1988 –, releva salientar que o **Memorando de Políticas do Programa de Reestruturação e Ajuste Fiscal de Longo Prazo do Estado do Rio Grande do Sul**, assinado pelo Governador anterior, afinado ideologicamente com o Governo Federal, enfatiza a alienação de ativos, com destaque especial para as privatizações e concessões de serviços públicos, a implantação de programa de ajuste fiscal, isto é, manifestando sua obediência inequívoca às determinações da União.

9. Os “consideranda” do contrato de promessa de compra e venda de ações firmado entre o Estado e a ELETROBRÁS são explícitos em assinalar a obediência total e incondicional prestada pelo

Governo anterior ao Governo Federal na condução de sua política econômica e na execução de todos os seus projetos:

“CONSIDERANDO QUE

a) na busca do reordenamento das atividades do Estado, o Governo Estadual está adotando uma série de medidas no campo sócio-econômico para correto equacionamento da sua situação financeira e aprimoramento das atividades vinculadas às funções políticas essenciais;

b) como parte do saneamento de suas finanças, **encontra-se o ESTADO firmemente envolvido no processo de desestatização das atividades hoje não características deste**, e, portanto, nesse processo a participação do ESTADO no capital social da CEEE ou de empresas resultantes do processo de sua reestruturação, nos termos da lei estadual 10.900/96, poderá ser objeto de venda, realizada em consonância com a legislação então vigente;

c) **é política do Governo Federal estimular o processo de desestatização das atividades que hoje em dia possam ser conduzidas pelo setor privado, liberando recursos** para que os entes públicos possam se dedicar às soluções de problemas básicos da sociedade brasileira;

d) **a UNIÃO e o ESTADO firmaram, nesta data, contrato de confissão, promessa de assunção, consolidação e refinanciamento de dívidas**, nos termos da Lei Federal 9.496/97 e da Resolução nº 104/96, do Senado Federal”.

Portanto, foi a adesão a esta política econômica que determinou a situação apta a deixar o Estado em face do dilema: pagar a

dívida com a União ou atender aos compromissos que tem, antes e acima de tudo, com a população gaúcha.

10. É incisiva a manifestação contida no Ofício GSF 024/99, do Secretário da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul, entregue ao Secretário Executivo do Ministério da Fazenda em audiência realizada na última Segunda-feira (11 de janeiro de 1999), no sentido de que “a política adotada até 31 de dezembro de 1998 pelo Estado do Rio Grande do Sul não resolveu nenhum problema estrutural das finanças públicas. Pelo contrário, só agravou. A receita do ICMS, por exemplo, que era de 8,3% (oito inteiros e três décimos por cento) do total nacional em 1994, caiu para menos de 7% (sete por cento) em 1998. O resultado operacional sem as receitas de privatização foi negativo. Sem estas, em 1995, houve um déficit de R\$ 200 milhões; em 1996, de R\$ 800 milhões; em 1997, de R\$ 1,2 bilhão e, para 1998, estima-se um déficit ainda maior”.

11. Não sendo tal situação, portanto, imputável ao Estado, que mais não fez que seguir rigorosamente a receita prescrita pelo próprio credor, cabe considerar configurada, então, a força maior como causa autorizativa de inexecução do contrato, nos termos do art. 1058 do Código Civil Brasileiro.

Haveria, ainda, para se atender a pretensão da União ao cumprimento do contrato tal como posto, mister desconsiderar – o que seria, no mínimo, um desacato aos contribuintes – o princípio da rígida vinculação orçamentária, pois se teria de lançar mão de verbas com destinação específica, agredindo, assim, o disposto no art. 167, VI, da Constituição.

12. Sabe-se, ademais, que o Governo Federal somente admitiria a renegociação da dívida se o Governo Estadual abrisse mão do projeto político-econômico que determinou sua vitória nas urnas e, traído a confiança que nele depositou a maioria da população gaúcha, fizesse valer exatamente a linha político-econômica derrotada no âmbito

estadual, embora esta última fosse mais afinada com a linha adotada pelo Governo Federal, como se lê em reportagem publicada no **Jornal do Brasil**, edição de 11 de janeiro de 1999, página 2:

“O governo federal já estuda alternativas para ajudar os estados que estejam em dificuldades para pagar suas dívidas. Uma das propostas em discussão na área econômica, para os casos de renegociação, é a concessão de ajuda aos estados **em troca de medidas de cortes de gastos e da privatização**. O governo federal quer privatizar a área de saneamento – Fernando Henrique incluiu esta proposta no programa **Avança Brasil** – e poderia antecipar recursos aos estados, com o objetivo de garantir que estes possam cumprir o cronograma de pagamento da dívida renegociada.”

13. Por outras palavras: a recusa do refinanciamento, mesmo quando a situação que lhe renderia ensejo fosse decorrente do atendimento estrito, pela Administração anterior, à linha de ação prescrita pelo Governo Federal, vale por uma informal ressurreição de uma hipótese de intervenção federal que somente esteve prevista no art. 10, V, “c”, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969: a adoção de planos ou medidas econômicas pelo Estado-Membro que conflitassem com o que fosse estabelecido em lei federal.

E aqui, o que é mais grave: conflitando com o estabelecido não em lei federal, mas em voto do Conselho Monetário Nacional, que a Lei 9.496/97, em seu art. 1º, não tem o condão de transmutar, porquanto isso implicaria a edição de lei para regulamentar, para executar ato de nível hierárquico inferior – ato administrativo –, subvertendo, destarte, um dos mais sagrados pilares da teoria jurídica liberal, que é o princípio da legalidade, consubstanciado também no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

E nem se pretenda dizer que, em se tratando de plano voltado a harmonizar políticas locais com o projeto econômico nacional, por força do art. 174, § 1º, da Constituição Federal, caberia ao Estado-Membro simplesmente submeter-se às determinações da União: o aludido dispositivo fala que **a lei**, isto é, não o voto do comandante do Conselho Monetário Nacional, mas o ato do **legislativo**, editado precisamente com base no art. 48, IV, da Constituição Federal, estabeleceria as bases para o desenvolvimento nacional equilibrado, compatibilizando as políticas nacionais e locais.

14. Neste sentido, todos os dispositivos da Lei 9.496/97 concernentes à obediência ao Voto do Ministro da Fazenda proferido no Conselho Monetário Nacional padecem de indiscutível inconstitucionalidade, por buscarem conferir força vinculativa a instrumento inadequado a veicular planos econômicos e que não teria a possibilidade, portanto, de ser considerado como apto a se inserir no conceito de normas gerais contido no art. 24, § 1º, da Constituição Federal.

Este último dispositivo é invocado porque nas matérias em que a União e o Estado-Membro ostentem competência concorrente – e, como se está a discutir, na presente demanda, matéria concernente aos balizamentos jurídicos da política econômica estadual é precisamente a hipótese de incidência do art. 24, I, da Constituição – somente existindo normas gerais, veiculadas por **lei**, o Estado-Membro deixa de ter a competência legislativa plena assegurada pelo art. 24, § 3º, da Constituição Federal.

E, diga-se de passagem, em matéria de planejamento econômico, plena é a competência do Estado-Membro, dada a revogação dos Atos Complementares 43 e 76 pela Emenda Constitucional nº 11/78 e a não superveniência de normas gerais.

15. Não se está a sustentar que o Estado seja soberano em face da União, mas é da essência do Federalismo a autonomia de cada uma das unidades em que se divide a União, precisamente para

que se possam prestar os serviços públicos de acordo com as necessidades locais, na conformidade do que exigirem as peculiaridades locais.

A não ser que se queira considerar como não escrito o **art. 25 da Constituição Federal** e que, portanto, o Federalismo, herança do constitucionalismo liberal, **apesar de não poder ser quebrado nem mesmo por Emenda Constitucional, nos termos do art. 60, § 4º, da Constituição, pode ser simplesmente reduzido a cinzas por um voto do Conselho Monetário Nacional.**

16. É em função, inclusive, do comprometimento do equilíbrio federativo – já visualizado por esta mesma Excelsa Corte, ao suspender liminarmente na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.743, relatada pelo Eminentíssimo Ministro Octávio Gallotii, dispositivos de Resolução do Senado Federal que determinavam a vinculação de receitas do Estado à aplicação em tais ou quais medidas – que se entende emergir a competência originária para o exame da presente demanda.

17. O próprio Governo Federal tem sua responsabilidade pelo estado atual em que se encontram as finanças do Estado do Rio Grande do Sul e não pode pretender agravar-lhe a situação se esta decorreu da total subserviência em relação à orientação dele, Governo Federal.

De qualquer sorte, não se pode impedir que o Estado adote as políticas públicas que dele espera a população apenas e tão-somente para o atendimento a compromissos contratados, como se fosse o caso da aplicação da *res inter alios*, perfeitamente cabível nas relações entre particulares, mas inconcebível na hipótese vertente.

18. Os fundamentos constitucionais e legais, portanto, são os seguintes:

art. 167, VI

art. 25

art. 60, § 4º, I, da Constituição Federal

art. 1058 do Código Civil Brasileiro

19. O Estado do Rio Grande do Sul, portanto, busca, com a presente medida, assegurar a estabilidade institucional sem descuidar das atribuições constitucionais que lhe são afetas. Oferece em moeda a garantia suficiente ao débito mais expressivo e segue pagando as demais parcelas para controverter acerca do mérito do contrato de refinanciamento, eis que responsabilmente sabe, como também sabem o conjunto dos Governadores do Brasil, que não poderá continuar adimplindo os valores exigidos pela União.

Nesta senda as conclusões dos Governadores alinhados com o Governo Federal, consoante o teor de excerto da Carta de São Luís cuja cópia divulgada pela imprensa segue em anexo, eis que encerram o aludido documento afirmando:

“É necessário, portanto, neste momento, o esforço patriótico para a celebração de um amplo entendimento nacional para a criação das condições necessárias à superação das dificuldades que afetam a União, Estados, municípios e toda a sociedade brasileira.

“Os governadores signatários deste documento propõem a criação de Conferência Nacional de Governadores, para discussão das questões de interesse nacional, objetivando sua participação efetiva na formulação das políticas econômicas e sociais do país.”

Rigorosamente em dia com suas obrigações o Estado do Rio Grande do Sul envida esforços na busca do diálogo em favor do bem comum e, caso não se viabilize tal desiderato, continuará confiante de que o Supremo Tribunal Federal, como garante do pacto federativo insculpido em

nossa Carta Magna, é o fórum para debater a eficácia do gravame imposto pela União aos entes federados.

20. Assim, para se evitar que se considere presente a possibilidade de intervenção federal em virtude do débito, oferece-se, para o caucionar, o valor de R\$ 31.260.537,09, tendo em vista que, a se manter a posição adotada pela UNIÃO FEDERAL, inclusive os programas levados a cabo pelo Governo anterior deveriam ser interrompidos para a satisfação dos débitos do ESTADO para com ela, sob pena de ser ele considerado inadimplente.

21. Apresenta-se este depósito para, desde logo, garantir o resultado útil da demanda declaratória a ser proposta no prazo de trinta dias da efetivação da presente medida cautelar e em virtude de as disponibilidades do Erário não suportarem a continuidade do periódico desembolso desta quantia, sob pena de inviabilização do cumprimento de obrigações vinculadas, como, por exemplo, as decorrentes de decisões judiciais.

22. A caução será depositada em conta a ser aberta na CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, nos termos do que dispõe o Decreto-lei 759/69, rendendo juros e correção monetária, comprovado através de guia.

23. Esta seria caução suficiente a garantir a parcela de maior expressão, vencível em 15 de janeiro de 1999, enquanto estiver sendo discutida sua exigibilidade, como se pode ver do demonstrativo anexo, sem prejuízo do oferecimento de outros bens suficientes a caucionarem as ulteriores parcelas, se não se realizar o fruto de renegociação da dívida em termos que possibilitem a prestação, por parte do Estado, das atividades que lhes são exigidas pela população a que deve servir e não reduzam, em nome de suposta inadimplência, a cinzas a autonomia das entidades federativas.

Em face do exposto, requer a citação da União, para, no prazo de lei, aceitar a caução ou apresentar a defesa que tiver, e, neste caso, requer a decretação da procedência da presente demanda, a fim de que o valor depositado fique à disposição do juízo até o final da demanda principal e que sejam amortizados juros e correção da dívida.

Dá à presente o valor de R\$ 31.260.537,09 (trinta e hum milhões e duzentos e sessenta mil e quinhentos e trinta e sete reais e nove centavos).

Nestes termos, p. deferimento.

Brasília, 14 de Janeiro de 1999.

Paulo Peretti Torelly  
Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul  
OAB/RS 26.208 Mat. 1264-0760

Ricardo Antônio Lucas Camargo  
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul  
OAB/RS 32.364-A Mat. 1305.8622

## DESPACHO

Vistos. O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por sua Procuradoria-Geral, propõe ação cível originária de caução contra a UNIÃO FEDERAL, objetivando caucionar a importância de R\$ 31.260.537,09, para, efetivado o depósito dessa quantia, garantir o resultado útil da demanda declaratória a ser proposta, no prazo de trinta dias da efetivação da cautelar. A caução será depositada, diz o autor, na Caixa Econômica Federal, nos termos do D.L. 759, de 1969, rendendo juros e correção monetária, comprovado o depósito mediante guia.

Esclarece o autor, ademais, que o depósito seria caução suficiente a garantir a parcela de maior expressão, vencível em 15.01.99, enquanto estiver sendo discutida sua exigibilidade, como se pode ver do demonstrativo anexo, sem prejuízo do oferecimento de outros bens suficientes a caucionarem as ulteriores parcelas, se não se realizar o fruto de renegociação da dívida em termos que possibilitem a prestação, por parte do Estado, das atividades que lhes são exigidas pela população”.

Na petição, informa o autor que foi tentada a renegociação da dívida materializada no Contrato 014/98/STN, por parte do Estado, em face da União Federal, em 11.01.99. Os termos do contrato prevêem um comprometimento de 12.5% da Receita Líquida Real com pagamentos em 1999, e 13% para os próximos anos. Após historiar a situação de dificuldade financeira do Estado, sustenta que estaria configurada "a força maior como causa autorizativa de inexecução do contrato, nos termos do art. 1058 do Código Civil Brasileiro." Invoca, ademais, em seu favor, as disposições constitucionais inscritas nos artigos 167, VI, 25, 60, § 4º, I, todos da Constituição Federal, e o citado art 1058 do Cód. Civil. Acrescenta:

"(...)

19. O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, portanto, busca, com a presente medida, assegurar a estabilidade institucional sem descuidar das atribuições constitucionais que lhe são afetas. Oferece em moeda a garantia suficiente ao débito mais expressivo e segue pagando as demais parcelas para controverter acerca do mérito do contrato de refinanciamento, eis que responsabilmente sabe, como também sabem o conjunto dos Governadores do Brasil, que não poderá continuar adimplindo os valores exigidos pela União.

Nesta senda as conclusões dos Governadores alinhados com o Governo Federal, consoante o teor de excerto da Carta de São Luís cuja cópia divulgada pela imprensa segue em anexo, eis que encerram o aludido documento afirmando:

"É necessário, portanto, neste momento, o esforço patriótico para a celebração de um amplo entendimento nacional para a criação das condições necessárias à superação das dificuldades que afetam a União, Estados, municípios e toda a sociedade brasileira.

'Os governadores signatários deste documento propõem a criação de Conferência Nacional de Governadores, para discussão das questões de interesse nacional, objetivando sua participação efetiva na formulação das políticas econômicas e sociais do país.'

Rigorosamente em dia com suas obrigações o Estado do Rio Grande do Sul envida esforços na busca do diálogo em favor do bem comum e, caso não se viabilize tal desiderato, continuará confiante de que o Supremo Tribunal Federal, como garante do pacto federativo insculpido em nossa Carta Magna, é o fórum para debater a eficácia do gravame imposto pela União aos entes federados.

20. Assim, para se evitar que se considere presente a possibilidade de intervenção federal em virtude do débito; oferece-se, para o caucionar, o valor de R\$ 31.260.537,09, tendo em vista que, a se manter a posição adotada pela UNIÃO FEDERAL, inclusive os programas levados a cabo pelo Governo anterior deveriam ser interrompidos para a satisfação dos débitos do ESTADO para com ela, sob pena de ser ele considerado inadimplente.

(...)" (fls. 10/11)

E conclui:

"(...)

21. Apresenta-se este depósito para, desde logo, garantir o resultado útil da demanda declaratória a ser proposta no prazo de trinta dias da efetivação da presente medida cautelar e em virtude de as disponibilidades do Erário não suportarem a continuidade do periódico desembolso desta quantia, sob pena de inviabilização do cumprimento de obrigações vinculadas, como, por exemplo, as decorrentes de decisões judiciais.

22. A caução será depositada em conta a ser aberta na CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, nos termos do que dispõe o Decreto-lei 759/69, rendendo juros e correção monetária, comprovado através de guia.

23. Esta seria caução suficiente a garantir a parcela de maior expressão, vencível em 15 de janeiro de 1999, enquanto estiver sendo discutida sua exigibilidade, como se pode ver do demonstrativo anexo, sem prejuízo do oferecimento de outros bens suficientes a caucionarem as ulteriores parcelas, se não se realizar o fruto de renegociação da dívida em termos que possibilitem a prestação, por parte do Estado, das atividades que lhe são exigidas pela população a que deve servir e não reduzam, em nome de suposta inadimplência, a cinzas a autonomia das entidades federativas.

Em face do exposto, requer a citação da União para, no prazo de lei, aceitar a caução ou apresentar a defesa que tiver, e, neste caso, requer a decretação da procedência da presente demanda, a fim de que o valor depositado fique à disposição do juízo até o final da demanda principal e que sejam amortizados juros e correção da dívida.

Dá à presente o valor de R\$ 31.260.537,09 (trinta e hum milhões e duzentos e sessenta mil e quinhentos e trinta e sete reais e nove centavos).

(...)" (fls. 11/12)

A inicial está instruída com os documentos de fls. 13/294

Posto isso, decido.

Preliminarmente, configura-se, no caso, a competência originária do Supremo Tribunal Federal: tem-se ação entre Estado-membro e a União Federal (C.F., art. 102, I, f), certo que estão em debate, no litígio entre a União e o Estado-membro, princípios constitucionais embasadores do pacto federativo, dos quais o Supremo Tribunal Federal é o guardião maior.

Passo ao exame do pedido.

Sustenta-se, na inicial, que estaria configurada, na hipótese, a força maior como causa autorizativa de inexecução do contrato. Disposições constitucionais são, também, invocadas em favor da tese posta na inicial. A alegação de lesão a direito, só por só, implica a invocação do princípio da inafastabilidade do controle judicial (C.F., art. 5º, XXXV), com o surgimento, em consequência, do direito de ação em favor do ora autor, ação que, segundo está dito na inicial, será proposta no prazo de trinta dias.

Os argumentos invocados em favor do depósito prévio, ora requerido, são relevantes. Ademais, o depósito não causa prejuízo à parte contrária. Ao contrário, garante o seu direito, se vencedora na ação. Esclareça-se, de outro lado, que o **quantum** ora depositado representa parcela da dívida que vencerá amanhã, dia 15.01.99.

O pedido é de ser, portanto, deferido.

Do exposto, defiro o pedido. O depósito far-se-á mediante guia, à disposição do Supremo Tribunal Federal, na Caixa Econômica Federal.

Expedida a guia, que será entregue ao Dr. Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, cite-se a União Federal, conforme requerido.

Publique-se.

Brasília, 14 de janeiro de 1999, às 21h50.

Ministro Carlos Velloso  
Vice-Presidente, no exercício da Presidência  
(art. 37, I, RI/STF)

Informações da PGE em Pedido de Intervenção Federal  
do Estado do Rio Grande do Sul por Não Pagamento  
de Precatório

*Patrícia Pereira  
Marcos Freitas Xavier*

Precatório nº

Requerente:

Devedor: Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul -  
IPERGS

**Excelentíssimo Senhor Governador do Estado,**

A parte requerente postulou ao TJRS o encaminhamento de Pedido de Intervenção Federal neste Estado ao Supremo Tribunal Federal, pelo atraso no pagamento de crédito que possui junto ao Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul, orçado para o ano de \_\_, o que foi deferido.

O pedido de intervenção tem como causa motivadora alegado descumprimento de ordem judicial por ausência de pagamento, inciso VI, do artigo 34, da Constituição Federal.

Inexiste, em nosso sistema constitucional, a previsão para a hipótese concreta trazida pela parte credora como permissiva à Intervenção Federal neste Estado, conforme se passará a demonstrar.

Vige, em nossa Carta, o Princípio da Não-Intervenção. Há previsão taxativa, em *numerus clausus*, das hipóteses que permitem

esta situação excepcional, de modo que o sistema legal desautoriza qualquer interpretação analógica às causas lá desenhadas, que devem ser consideradas dentro da inarredável restrição imposta pelo dispositivo constitucional.

Repousa o pedido de intervenção, ora em exame, na alegação de que o não pagamento do crédito inscrito sob o n.º \_\_\_\_, perante o TJRS até dezembro de \_\_\_\_, importou a caracterização da hipótese prevista no art. 34, VI da CF/88, desobediência a uma ordem ou decisão judicial.

Com a devida vênia, em que pese a excelência dos ilustres Desembargadores de nossa Corte local, discorda-se do acolhimento e processamento do Pedido de Intervenção, afastando as razões apresentadas naquela instância, as quais, nesta oportunidade, serão melhor detalhadas.

Reza o art. 34, VI, CF:

“A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) VI – prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial”.

De tal dispositivo se extraem os pressupostos que autorizam a quebra ao princípio federativo: **a)** indica quem pode ser o **sujeito ativo**: Estado ou Distrito Federal; **considerados aqui, como os agentes que podem violar o objeto protegido pela norma constitucional**; **b)** o **sujeito passivo**: a União; **aqui tratada como ente passivo em relação a ação do Estado ou Distrito Federal**; **c)** o **objeto**: a ordem ou decisão judicial descumprida; **d)** **finalidade**: proteção do vínculo federativo; **e)** **tipo subjetivo**: a intencionalidade no descumprimento.

Ausentes quaisquer destes elementos, imprópria restará a medida requerida que deverá ser desacolhida nesta Excelsa Casa.

### I – Preliminarmente, da ilegitimidade passiva.

Trata-se de Pedido de Intervenção Federal encaminhado ao E. Supremo Tribunal Federal, com fundamento no inadimplemento do precatório acima detalhado, cujo devedor é o Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul.

De plano evidencia-se que o débito não pertence ao requerido. Não é o Estado do Rio Grande do Sul, pessoa jurídica de direito público interno, devedor da autora. O Estado não participou da relação jurídica processual que originou o crédito, estando, nos termos do art. 472, CPC, incólume à coisa julgada. A decisão de mérito não impôs ao Estado nenhuma condenação, somente o IPERGS foi sucumbente.

Como então entender-se que está o Estado descumprindo ordem judicial, se nenhuma ordem foi a ele direcionada?

Pede-se vênia para lembrar que o Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul é uma entidade autárquica, portanto, pessoa jurídica detentora de autonomia financeira e administrativa.

Não é possível pretender a parte postulante valer-se de dispositivo constitucional excepcional para coagir terceiro. Terceiro, sim, porque o Estado é estranho à relação jurídica que ensejou o presente pedido.

À parte resta utilizar-se das medidas judiciais que entenda cabíveis a fim de alcançar a pretensão que supõe ferida, mas, jamais, utilizar-se do expediente da intervenção para penalizar aquele

que não integrou o feito e, portanto, não é o responsável pelo cumprimento da decisão judicial dita desobedecida.

Ao Estado, não se desconhece, incumbe o poder-dever de supervisão. Entretanto, esta atribuição não tem o condão de impor uma sub-rogação do Estado nas relações das autarquias com os particulares. Sequer alegável a subsidiariedade da responsabilidade do Estado, pois em nenhum momento esta matéria foi abordada no processo, não constando assim da condenação.

Dessarte, não sendo o Estado do Rio Grande do Sul devedor do crédito em questão, é parte **ilegítima** para figurar no presente Pedido de Intervenção.

## **II - Inexistência do objeto: ordem ou decisão judicial descumpridas:**

Neste tópico será demonstrado que a mora na satisfação de crédito inscrito em precatório não pode ser confundida com descumprimento de ordem ou decisão judiciais, determinações estas que, se desatendidas, ensejariam a medida aqui pleiteada.

Sinteticamente, pode-se concluir:

a) tanto se considerado o fato de que o controle relativo à requisição e pagamento do precatório é realizado pela Presidência do Tribunal ao qual o juízo da execução é vinculado, no exercício de função meramente administrativa, conforme já assente neste Colegiado, qualificando da mesma natureza todos os atos por ele praticados;

b) quanto, se partirmos da compreensão de que o “despacho” daquela Excelsa Autoridade, no exercício do referido controle, tendo natureza judicial, neste caso, a “ordem judicial” deverá estar limitada ao que, constitucionalmente, é possível se exigir da Entidade Devedora, ou seja, deve restringir-se a exigência, tão-somente, da “inscrição no orçamento público”, do montante requisitado, nada mais. O pagamento, em si, envolve questões de disponibilidade financeira, relativas à execução orçamentária do Ente estatal que podem e devem ser resolvidas através da utilização de outras vias que não a adotada no presente.

Ao convencimento desta Instância, passamos a desenvolver os argumentos ora resumidos:

a) Nas execuções contra a Fazenda Pública, a ação executiva finda com a extração do precatório. (art. 100 c/c art. 730 do CPC).

A partir da requisição deste ofício ao Presidente do Tribunal de Justiça, não se emitem outros atos jurisdicionais.

O acompanhamento da requisição de inscrição do valor apresentado pelo juízo, pelo Presidente do Tribunal competente, à autoridade fazendária, é procedimento eminentemente administrativo, como o são todos os demais atos até o efetivo repasse dos valores ao orçamento do Poder Judiciário que determinará o pagamento dos precatórios segundo a ordem de sua apresentação.

Há, portanto, em se tratando da satisfação das dívidas judiciais contra o erário, um limite bem definido entre a fase Judicial de Cobrança e sua fase administrativa. O primeiro momento vai até a extração do precatório e o segundo, segue a devida requisição até o efetivo pagamento.

Sobre esta matéria, inclusive, tem-se o pronunciamento desta Magna Instância, que, em acórdão magistral assim definiu:

Ementa: Recurso Extraordinário. Precatório. Atividade administrativa do Tribunal. Inexistência de causa como pressuposto do recurso extraordinário.

Plenário desta Corte, ao julgar o AGRRE nº 213.696, decidiu que a atividade do Presidente do Tribunal no processamento do precatório não é jurisdicional, mas administrativa, o mesmo ocorrendo com a decisão da Corte em agravo regimental contra despacho do presidente nesta atividade. Inexiste, assim, o pressuposto do recurso extraordinário que é o da existência de causa decidida em única ou última instância por órgão do Poder Judiciário no exercício de função jurisdicional. (Rex. n.209.914-7 SP, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª T. STJ, 14.04.98).

À colação, transcrevem-se ainda, trechos do voto do Min. Celso de Mello, em sede do julgamento proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1098-SP:

“O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Entendo, Sr. Presidente - e assim pude acentuar no julgamento do Ag 162.775 - SP de que fui relator - que a atividade desenvolvida pelo Presidente do Tribunal no processamento dos precatórios decorre do exercício de função eminentemente administrativa.

É por isso que se enfatizou, em julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, que “... a atribuição do Presidente do Tribunal, ao processar o precatório, não é sequer jurisdicional. É atividade puramente administrativa”, pois foi então ressaltado: “A atividade jurisdicional termina com a expedição do precatório...” ( RTJ 71/572, 575 - grifei).

Posteriormente, esse mesmo entendimento sobre o tema ora em análise veio a ser reiterado no voto proferido pelo saudoso Ministro RODRIGUES ALCKMIN, que expendeu lúcido magistério a propósito da matéria em questão ( RTJ 80/691):

**“A função do Presidente do Tribunal é, no caso, meramente administrativa. Ele não é Juiz da execução. Juiz da execução é Juiz que expede o precatório. Pelo nosso sistema, é o Presidente do Tribunal, a cuja disposição estão as verbas, quem expede a ordem de pagamento. Encerra-se a execução com a expedição do precatório. Esta é a função executória.**

Não pode, assim, haver conflito de atribuições, porque compete ao Juiz da execução expedir o precatório. Essa função é jurisdicional, de execução. **Compete ao Presidente do Tribunal determinar o pagamento: função administrativa de outro órgão.** E ninguém quer invadir a atribuição de outro, para praticar-lhe a função...

Esta Suprema Corte - ao rejeitar a caracterização jurisdicional da atividade do Presidente do Tribunal, em sede de processamento do precatório - teve o ensejo, uma vez mais, de enfatizar o caráter materialmente administrativo desse procedimento, acentuando, também em voto da lavra do saudoso Min. RODRIGUES ALCKMIN (RTJ 71/574 - 575), que:

“...há uma outra matéria a enfrentar (...) e esta é a meu ver a matéria que temos a decidir precipuamente, consistente na possibilidade de, em processo de precatório, se reexaminar o cálculo julgado por sentença, contra a qual não foi interposto recurso pelo Procurador da República, e assim transitou em julgado.

Entendo, como V. Exa, que não é possível esse reexame.

Até 1934 os juízes expediam o precatório e se encerrava a fase judicial. A parte, com o precatório, ia ao Executivo, ao Ministério da Fazenda, solicitar o pagamento e ficava na dependência do ato do Ministro ou do Presidente da República, dependendo de solicitação de verba ao Congresso, com a consequência de que se uns recebiam, para outros o pagamento demorava dez, quinze, vinte anos, numa desigualdade gritante. Daí a Constituição de 1934 estabelecer o pagamento obedecendo à ordem cronológica.

Surgiu, daí, a necessidade de receber o Presidente do Tribunal os precatórios e fazer um exame destes, antes de solicitar a verba para os respectivos pagamentos. A rigor a atividade do Presidente do Tribunal, nos precatórios, consiste na solicitação de verba, e, quando a verba está a sua disposição, na expedição de ordem de pagamento.

Para solicitação de verba, não sendo evidentemente o Presidente do Tribunal um autômato, cabe um certo exame das formalidades extrínsecas do precatório.

Mas restringe-se o exame a essas formalidades extrínsecas e, quando muito, se estende a erro material, a erro aritmético ou de soma, isto é, àqueles erros que jamais transitam em julgado e que podem ser corrigidos a qualquer tempo. Rever, porém, o próprio cálculo já homologado por sentença, com a devida vênia, considero de todo inadmissível, num processo de precatório, onde se exerce atividade puramente administrativa. Não é possível que, depois de transitar em julgado na Primeira Instância, venha o Subprocurador da República ao Tribunal, num processo que não é jurisdicional, com impugnações, e reabra toda a discussão, o que tornava inúteis os recursos.

implicava em desconhecimento da preclusão e da coisa julgada formal.

Tenho, assim, que a decisão de natureza exclusivamente administrativa do Presidente, ao atender o precatório, já não comportaria recursos de natureza processual. E por isso, liminarmente, afastaria o conhecimento deste extraordinário. Se houve erro material no precatório, é claro que a autoridade incumbida de dar-lhe cumprimento em sede administrativa poderia pedir ao signatário dele que o fizesse corrigir, como o poderia pedir qualquer interessado.

***Mas o ofício ou a carta requisitória de pagamento não comporta, à evidência, pareceres, debates, decisões e recursos de natureza jurisdicional.***” (g.n.)

Vê-se, desse modo, que o Presidente do Tribunal, ao desempenhar as suas atribuições no processamento dos precatórios atua como autoridade administrativa, não exercendo, em consequência, nesse estrito contexto procedimental, qualquer parcela de poder jurisdicional (PINTO FERREIRA, “Comentários à Constituição Brasileira”, vol. 4/67-68, 1992, Sarai-va).

***Os atos decisórios do Poder Judiciário, que venham a ser proferidos em sede meramente administrativa, não encerram, por isso mesmo, conteúdo jurisdicional, deixando de veicular, em consequência, a nota da definitividade que se reclama aos pronunciamentos suscetíveis de impugnação na via recursal extraordinária.*** (g.n.)

Partindo-se da premissa de que todos os atos praticados nesta segunda fase são eminentemente administrativos, entre os quais,

encontram-se aqueles referentes ao depósito e apropriação dos valores em cada um dos precatórios, tem-se que a falta de numerário suficiente a responder, dentro do prazo inicialmente previsto na Constituição a esta satisfação, é matéria de ordem administrativa, não jurisdicional.

O atraso no pagamento das condenações judiciais envolve questões de ordem fática e material.

E este é um problema relativo à execução orçamentária, cujo órgão a quem está afeto seu controle, é o Tribunal de Contas do respectivo Estado, não a União, art. 70 e 71, VIII, CF e arts. 70 e seguintes da Carta Estadual.

Outrossim, existem outros expedientes judiciais assegurados, diretamente ao cidadão, como o forma de responsabilizar o administrador que não cumpre com as obrigações impostas por lei, o que não é o caso em questão.

**Então, sendo o orçamento uma peça legal, porque validado pelo Poder Legislativo, e sentindo-se o cidadão prejudicado pelo atraso no pagamento de seu crédito que estava orçado entre as despesas daquele ano, poder-se-á valer de outros meios jurídicos, mas nunca do Pedido de Intervenção Federal, por inexistir o descumprimento de qualquer ordem judicial, posto que de ordem judicial não se trata.**

Facultam-se, ao Credor, instrumentos que visem apurar se - em tendo ingressado toda a receita prevista necessária ao atendimento de todas as despesas orçadas - o Administrador não cumpriu com sua obrigação de forma voluntária e irresponsável, cabendo-lhe a devida punição; o que só é permitido após o "devido processo legal", onde a instrução da via adequada permitirá a produção de todas as provas e realização de todas as

justificativas necessárias ao esclarecimento das dificuldades do erário público. Art. 5º, LIV, da CF/88.

Melhor esclarecendo, importa trazer da Doutrina a distinção entre ordem judiciária e decisão judicial, a fim de restar demonstrado que a Autarquia não descumpriu a ambas:

Segundo José Cretella Júnior, *in* Comentários à Constituição de 1988, RJ: Forense Universitária, 1991, v. 4, p. 2079:

**"Ordem judiciária" é determinação dada pelo magistrado, nos autos, no decorrer da demanda.** Não pode ser desobedecida. Nesse sentido a autoridade competente do Estado-membro e, em último grau, o Governador, deve providenciar força militar estadual suficiente para traduzir, em fatos concretos, a ordem do juiz, o que, se não ocorrer, ensejará a intervenção federal no Estado por inércia do Executivo, no prover a ordem judiciária."

**"Decisão judicial", "sentença" ou "decisão judiciária" é o derradeiro ato do juiz, no processo, outorgando a prestação jurisdicional, dando razão a quem a tem.** A decisão pode ser prolatada por juiz federal ou estadual. Se o governo do Estado descumprir decisão judiciária, criará motivo para imediata intervenção federal."

A distinção é aqui trazida para que fique claro, por mais esta razão, que não houve, no caso concreto, nem desobediência à ordem, nem o desatendimento às decisões judiciais, posto que ambas somente podem existir no âmbito de um processo judicial, não fora dele, como o são os atos praticados em sede do processamento do precatório.

E mais, pelo contrário, o que se confirma ao examinar os autos do próprio expediente deste pedido interventivo é de que **a única decisão final existente foi atendida, qual seja a inscrição do valor no orçamento.** O montante foi calculado e apresentado em execução, requisitando-se, oportunamente, sua inscrição, para que, a seu tempo, após a satisfação dos valores que a ele antecederam, fosse satisfeito.

Portanto, o comando judicial deste feito foi integralmente atendido, já que circunstância completamente distinta e estranha ao feito e à relação processual, é a não realização do orçamento previsto para o atendimento de todas as despesas do Estado.

b) Por outro lado — compreendendo, esta Instância, que a requisição determinada pelo Presidente da Corte local tem natureza de ordem judicial e não administrativa, ainda que ocorrente durante o processamento do ofício requisitório do crédito apresentado -, deve ser afastada da inteligência desta manifestação a exigência do repasse do numerário efetivo inscrito em orçamento.

E, nestes precisos termos, novamente diga-se, por cautela, se considerado o teor da mencionada requisição como ordem judicial, (e cuida-se de mera determinação administrativa), esta restou integralmente cumprida, inscrito que foi o crédito no orçamento.

Não se pode ampliar os termos do que foi “ordenado” pelo Presidente da Corte, para compreender que a inclusão no orçamento impõe o pagamento. A ordem é para incluir no orçamento na forma do artigo 100, par. 1º, não se podendo, contudo, descuidar que no próprio texto constitucional, o seu parágrafo segundo prevê que a apropriação dos valores ocorram, segundo as disponibilidades do depósito, o que significa dizer que a Constituição previu a possibilidade de não se realizar a integralidade do repasse, pela insuficiência de recursos.

Aliás, é possível interpretar que o termo fixado na Constituição Federal à realização do pagamento dos créditos judiciais contra a Fazenda é uma previsão. A norma constitucional tornou cogente, utilizando-se do termo “obrigatória”, apenas a “inclusão no orçamento” do débito junto a entidade devedora, parágrafo primeiro; deixando claro que a não realização do pagamento pela insuficiência de recursos é possível à medida em que refere, expressamente que, em relação ao pagamento, este ocorrerá “segundo as possibilidades do depósito”, ou seja, conforme o montante repassado pela entidade devedora ao Tribunal, parágrafo segundo.

Reza este artigo (redação dada pelas Emendas Constitucionais nº 30/00 e 37/02):

Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

“§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.”

“§ 1º-A Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.”

“§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que profere a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito.”

“§ 3º O disposto no caput deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.”

§ 4º São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório.

“§ 5º A lei poderá fixar valores distintos para o fim previsto no § 3º deste artigo, segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público.”

“§ 6º O Presidente do Tribunal competente que por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade.”

A previsão orçamentária não importa, necessariamente, o ingresso da receita no Tesouro, de modo que, apesar de estarem previstas despesas de satisfação compulsória, não havendo o aporte no caixa capaz de suportar a todas as obrigações da Administração, esta não pode responder pelo seu descumprimento involuntário, face a impossibilidade objetiva neste atendimento.

E é, justamente, esta impossibilidade objetiva em seu cumprimento que torna imprópria a adoção de qualquer medida coercitiva. (art. 963 e 1058 do CCB)

Em artigo publicado na RT 698, Kiyoshi Harada, tece considerações oportunas, que devem ser transcritas:

*“A receita é sempre prevista, e não fixa, permitindo, portanto, o seu ingresso no orçamento, devidamente atualizado. Porém a sua arrecadação efetiva nem sempre é certa”*

“Exatamente, porque incerto o ingresso da receita prevista merece meditação a parte final do par. 1 do art. 100 da CF, que determina o pagamento até o final do exercício, como que confundindo recursos orçamentários com recursos financeiros. E se, por razões várias, a entidade devedora não lograr obter a efetiva arrecadação das verbas orçamentárias? Pede a entidade política devedora sujeitar-se a uma medida coercitiva? É claro que não. A Constituição não determina, e nem poderia determinar, a arrecadação compulsória de dinheiro para satisfação dos precatórios, mesmo porque a outorga do poder impositivo a uma determinada entidade política já pressupõe o exercício regular desse poder de tributar, para assegurar a sua autonomia político-administrativa e assim cumprir sua missão constitucional.”

E mais, destaca-se:

“Logo, presume-se que o poder público usou, ou, está usando dos mecanismos legais a seu alcance para a realização das receitas previstas. Se as receitas não forem realizadas conforme previsão orçamentária e, em consequência, nem todos os precatórios

forem pagos até o final do exercício, não há o que se falar em descumprimento da ordem ou decisão judicial, pois é sabido que ninguém pode ser compelido a fazer o impossível. Nenhuma lei pode exigir mais do que o permitido pelo ordenamento jurídico, da mesma forma que, nenhuma ordem ou decisão judicial pode conduzir a um beco sem saída.

“Por isso, a expressão ‘fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte’, acrescido pela Constituição de 1988, não pode ser interpretada isoladamente, mas dentro de um contexto maior, considerando os princípios constitucionais, ou sejam, as disposições fundamentais que se irradiam sobre diferentes normas, garantindo a formação de um sistema jurídico harmônico.

“Assim, essa expressão que compõe uma norma, não pode ser interpretada de forma a sobrepor-se aos princípios. Ao contrário, deve ela ser entendida em consonância, dentre outros, com o princípio federativo (art. 1, CF), que assegura autonomia as entidades componentes da Federação e, com o princípio da independência e harmonia dos poderes (art. 2 da CF). Disso resulta que, tanto a intervenção estadual no Município, quanto a interferência do Judiciário na esfera do Executivo, somente podem ocorrer em caráter de excepcionalidade, e, em hipóteses que se enquadram rigorosamente nas previsões constitucionais.

E, com proficiência, conclui o doutrinador:

“Desta forma, se algum precatório deixou de ser pago até o final do exercício, sem que tivesse esgotado a dotação orçamentária, porque não arrecadados os respectivos recursos financeiros, a intervenção não poderá ser requisitada pelo Tribunal de Justiça.”

**A obrigação, portanto, é a inscrição da despesa no orçamento,** decorrência lógica de uma das máximas em direito financeiro: a despesa é fixa e a receita é prevista. O ingresso suficiente e efetivo do numerário planejado nos cofres públicos pode não acontecer, mas as obrigações ordinárias assumidas estão, e devem estar, devidamente autorizadas.

Imaginar o contrário, seria admitir que pudesse uma ordem judicial exigir previamente que a receita ingressasse, no futuro, em montante suficiente a atender todas as despesas institucionalmente aprovadas pelo Poder Legislativo, entre as quais se encontram os precatórios, o que é evidentemente impossível.

Assim, por qualquer dos dois raciocínios supra desenvolvidos, falta o preenchimento do requisito referente ao objeto cuja intervenção federal visa resguardar: ordem ou decisão judicial.

### III- Fim Específico: inexistência

O instrumento constitucional da Intervenção foi idealizado como mecanismo de proteção da própria Federação.

Ou seja, apenas quando as próprias regras que envolvem a autonomia entre os entes federados encontram-se sobre ameaça pelo procedimento adotado por uma das partes deste todo que compõe a União, é que esta passa a ter o direito de decompor a autonomia deferida aquele ente.

“O mecanismo da intervenção federal é tido como instrumento de defesa e não de detrimento da autonomia local. É obrigação do governo federal garantir que os Estados gozem do exercício livre de suas instituições, que se materializa, em ocasiões anormais, através da intervenção federal”

(...)

“Convém repetir, com a doutrina, que a União deve assegurar o **vinculum foederis**, utilizando, inclusive, o meio hábil para afastar as causas que possam perturbar a estabilidade federal. Entretanto, para que haja sobrevivência da federação, é preciso que este instrumento constitucional seja utilizado dentro das previsões normativas que não sejam objeto de desfiguração do Estado Federal” (excertos citados nos Comentários à Constituição de 1988, Wolfgang Junqueira Ferreira, v. 1, pg. 440)

Lapidar o voto do Des. Fleury Fernandes quando do julgamento do Pedido de Intervenção n. 67386-1, de Curitiba, que aliás sintetiza a doutrina pátria quase na sua totalidade sobre o assunto:

“INTERVENÇÃO FEDERAL. ESTADO DO PARANÁ. FALTA DE PAGAMENTO DE DÍVIDA CONCERNENTE A PRECATÓRIO EXPEDIDO EM 1995 PARA QUITAÇÃO NO EXERCÍCIO SEGUINTE. PAGAMENTO QUE SE TORNOU IMPOSSÍVEL POR FALTA DE RECURSOS DISPONÍVEIS ATÉ ENTÃO. RECONHECIMENTO PELO ESTADO DA OBRIGAÇÃO E PROMESSA DE HONRÁ-LA LOGO QUE DISPONHA DE RECURSOS PARA TANTO. NÃO SE JUSTIFICA PEDIDO DE INTERVENÇÃO COMO SIMPLES MEIO DE COBRANÇA PRETENSÃO INDEFERIDA.

De seu corpo, extraem-se os seguintes excertos:

“A intervenção federal é precisamente um instrumento para defesa da unidade federativa, assegurando a concreta articulação dos estados com a ordem nacional, não deixando que ultrapassem as linhas de sua autonomia (Intervenção Federal nos Estados, Enciclopédia Saraiva de Direito, SP, Saraiva, 1980, v. 46, p.68/70)

(...)

Através do artigo 34, tem-se reafirmado a autonomia assegurada ao Distrito Federal e aos Estados pelo artigo 18, uma vez que expressamente consagra o princípio da não-intervenção. Aliás, nem poderia ser de outra forma, já que a intervenção é a antítese da autonomia. Sobre o tema, Roque Carraza, com pena de mestre, já anotou que: A Intervenção Federal nos Estados e no Distrito Federal, acresça-se, é medida excepcionalíssima que há de ser aplicada com mão avara, para que não reste vulnerado o princípio federativo. Apenas quando se configura uma das situações elencadas, de modo taxativo, (numerus clausus), na Constituição da República, é que surgirá, em tese, a possibilidade da União intervir. Pontifica, adiante, o jurista, que: ... O exame, ainda que perfunctório, dos artigos pertinentes à Lei Suprema, revela que somente fatos de gravidade indisfarçável, aptos a por em risco à própria integridade da federação, é que podem render ensejo a esta providência.

São, também, inteiramente pertinentes as reflexões formuladas pelo Ministro Celso de Mello, nos autos do Pedido de Intervenção Federal n° 599-0-DJU n° 186-e de 29/09/98, pg. 27:

“O instituto de Intervenção Federal, consagrado no texto de todas as Constituições Republicanas brasileiras, representa um elemento fundamental, tanto na construção da doutrina do Estado Federal, quanto na práxis do federalismo. O mecanismo de intervenção constitui instrumento essencial à viabilização do próprio sistema federativo, e, não obstante o caráter excepcional de sua utilização - necessariamente limitadas às hipóteses taxativamente definidas na Carta Política -, mostra-se impregnado de múltiplas funções de ordem político-jurídicas, destinadas (a) a tornar efetiva a intangibilidade do vínculo fede-

**rativo, (b) a fazer respeitar a integridade territorial das unidades federadas, (c) a promover a unidade do Estado Federal e (d) a preservar a incolumidade dos princípios fundamentais proclamados pela Constituição da República. A Intervenção Federal, na realidade, configura expressivo elemento de estabilização da ordem normativa plasmada na Constituição da República. É-lhe inerente a condição de instrumento de defesa dos postulados, sobre os quais se estrutura, em nosso País, a ordem republicano-federativa. (g.n)**

(...)

Assim, como observa JOSÉ AFONSO DA SILVA – op. Cit., pg. 418, os pressupostos de fundo da Intervenção Federal nos Estados constituem-se situações críticas que põem em risco a segurança do Estado, o equilíbrio federativo, as finanças estaduais e a estabilidade da ordem constitucional. Em resumo como sintetiza, com precisão, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO —”Curso de Direito Constitucional, ed. Saraiva, 18 ed., pg. 54, a Intervenção por ser contrária à autonomia dos Estados Membros, só pode se fundar em fatos de gravidade indissolúvel.

**Em síntese, o escopo primordial da intervenção é o de manter íntegro o Estado Federal preservando-o de movimentos tendentes à fragmentação ou desagregação.**

Em já citado artigo, RT 698, Kiyoshi Harada, no mesmo sentido, afasta a possibilidade de intervenção, justamente nos casos em que são, inatribuíveis ao administrador a realização do ingresso de receita no prazo inicialmente previsto, sendo importante citar os seguintes trechos:

“Somente nos casos em que o governante comete irregularidade de tal monta, que venha desnaturar o princípio do governo próprio, é que a intervenção surge como medida saneadora visando restaurar a regularidade da atuação político-administrativa do Município.”

As anormalidades na administração de um ente público podem e devem ser alvo de controle e de apuração de responsabilidades, todavia não se presta a tanto à utilização desta via constitucional, justamente porque o objetivo desta medida é apenas o de RESGUARDAR O REGIME FEDERATIVO. E o regime federativo compreende apenas a relação entre a União e seus Estados, nada mais.

A intervenção, destarte, não se presta como mecanismo de cobrança.

Não havendo qualquer ameaça ao Regime Federativo, hipótese ensejadora da medida como já analisado, não poderá ser acolhido o pedido.

#### **IV - Do Sujeito Passivo: União**

Paralelamente ao que se expôs com relação à identificação, na realidade, de circunstância que caracterize a existência do fim específico a que atende o instrumento interventivo, não está a União sofrendo, no caso em exame, qualquer ameaça praticada pelo Ente Estatal, por impossibilidade jurídica e mesmo fática de que a situação concreta em exame, qual seja, a mora no adimplemento do passivo judicial, pudesse pôr em risco o Regime Federativo, protegido pela norma Constitucional em comento.

O enquadramento da conduta do Estado que, como se disse, enfrenta dificuldades financeiras graves, atrasando o pagamento deste crédito, guarda uma única e possível relação, a existente neste caso entre credor e Entidade Devedora e, por não haver qualquer ofensa ao Regime Federativo, não pode ser a União, na hipótese, sujeito passivo da relação de Direito material que quer o credor fazer crer existente.

A intervenção federal, repita-se à exaustão, é prevista exclusivamente, à garantia do sistema federativo, que não está ameaçado, por isso é a União, ninguém mais, que poderia estar na posição de quem está sofrendo o prejuízo pelo ato praticado, posto que como entidade política máxima, dentro da organização administrativo-política do sistema federal, a manutenção da unidade exige o respeito aos parâmetros uniformes por ela traçados.

O ordenamento jurídico, na medida do possível procura ser completo, correspondendo a cada direito uma ação que o assegure. A intervenção federal foi criada apenas para proteger as relações entre as entidades que compõem a União, preservando o Regime Federativo.

A utilização, portanto, desta via, para o fim pretendido pelo credor, inviabiliza a defesa do administrador na medida em que não lhe é possibilitada a produção das provas necessárias à demonstração de que não ocorreu qualquer irresponsabilidade na sua conduta; apenas o orçamento apresentou-se insuficiente, tendo o Poder Executivo, cumprido sua obrigação que era a de inscrever o crédito no orçamento, crédito que será satisfeito na medida do ingresso da receita.

E neste sentido é a compreensão dada ao tema por esta Excelsa Corte, como se pode extrair da Ementa abaixo transcrita:

*“Possível lesão de direito individual, por ato que se pode corrigir pelos meios processuais próprios, não dá lugar ao procedimento de inconstitucionalidade, para fins de intervenção federal nos Estados.. (DJ 11/06/62, pg.47).*

Portanto, em apertada síntese, objetivou-se neste tópico a demonstração de que a utilização do instrumento pretendido pelo requerente somente é possível quando a União, como pessoa jurídica pública política, estiver frente a ato que coloque em risco a “união indissolúvel” dos Estados, razão de ser da Federação.

#### **V - Sujeito Ativo: Estado**

Relaciona-se, o presente tópico, com a matéria já desenvolvida no item anterior, vez que se está a identificar quem são as partes que precisam figurar necessariamente na relação material, dita transgredida, para permitir o conhecimento do pedido de intervenção.

Partindo-se da premissa, de que a medida extrema objetiva apenas o resguardo da Federação, da mesma sorte que a mora, na satisfação de um crédito judicial não viola o princípio federativo, não se pode reconhecer ao Estado a prática desta ofensa, não sendo ele sujeito ativo de qualquer ação que tenha, pelo atraso no pagamento do precatório, posto em risco o Regime eleito.

Rigorosamente, não sendo a União sujeito passivo na relação material por inexistência de violação da hipótese apontada, por consequência, não será o Estado, pela mesma razão, o transgressor da ordem jurídica, não ocupando a posição de sujeito ativo.

A Constituição é de clareza solar. Realizando leitura, a contrario senso do art. 34, VI, CF/88, depreende-se que somente quan-

do o ESTADO ou o DISTRITO FEDERAL não providenciarem o cumprimento de uma ordem ou decisão judicial é que se facultará a União a adoção da Intervenção para assegurar **o equilíbrio da Federação**.

Por sua adequação ao tema e por comodidade, transcreve-se, novamente, voto do Des. Fleury Fernandes quando do julgamento do Pedido de Intervenção n. 67386-1, de Curitiba: como acima já feito:

*“INTERVENÇÃO FEDERAL. ESTADO DO PARANÁ. FALTA DE PAGAMENTO DE DÍVIDA. CONCERNENTE A PRECATÓRIO EXPEDIDO EM 1995 PARA QUITAÇÃO NO EXERCÍCIO SEGUINTE. PAGAMENTO QUE SE TORNOU IMPOSSÍVEL POR FALTA DE RECURSOS DISPONÍVEIS ATÉ ENTÃO. RECONHECIMENTO PELO ESTADO DA OBRIGAÇÃO E PROMESSA DE HONRÁLOGO QUE DISPONHA DE RECURSOS PARA TANTO. NÃO SE JUSTIFICA PEDIDO DE INTERVENÇÃO COMO SIMPLES MEIO DE COBRANÇA. PRETENSÃO INDEFERIDA.*

De seu corpo, extraem-se os seguintes excertos:

*“A intervenção federal é precisamente um instrumento para defesa da unidade federativa, assegurando a concreta articulação dos estados com a ordem nacional, não deixando que ultrapassem as linhas de sua autonomia (Intervenção Federal nos Estados, Enciclopédia Saraiva de Direito, SP, Saraiva, 1980, v. 46, p.68/70)*

(...)

Através do artigo 34, tem-se reafirmado a autonomia assegurada ao Distrito Federal e aos Esta-

dos pelo artigo 18, uma vez que expressamente consagra o princípio da não-intervenção. Aliás, nem poderia ser de outra forma, já que a intervenção é a antítese da autonomia. Sobre o tema, Roque Carraza, com pena de mestre, já anotou que: A Intervenção Federal nos Estados e no Distrito Federal, acresça-se, é medida excepcionalíssima que há de ser aplicada com mão avara, para que não reste vulnerado o princípio federativo. Apenas quando se configura uma das situações elencadas, de modo taxativo, (numerus clausus), na Constituição da República, é que surgirá, em tese, a possibilidade da União intervir. Pontifica, adiante, o jurista, que: ... O exame, ainda que perfunctório, dos artigos pertinentes à Lei Suprema, revela que somente fatos de gravidade indisfarçável, aptos a por em risco à própria integridade da federação, é que podem render ensejo a esta providência.

São, também, inteiramente pertinentes as reflexões formuladas pelo Ministro Celso de Mello, nos autos do Pedido de Intervenção Federal nº 599-0-DJU nº 186-e de 29/09/98, pg. 27:

“O instituto de Intervenção Federal, consagrado no texto de todas as Constituições Republicanas brasileiras, representa um elemento fundamental, tanto na construção da doutrina do Estado Federal, quanto na práxis do federalismo. O mecanismo de intervenção constitui instrumento essencial à viabilização do próprio sistema federativo, e, não obstante o caráter excepcional de sua utilização – necessariamente limitadas às hipóteses taxativamente definidas na Carta Política –, mostra-se impregnado de múltiplas funções de ordem político-jurídicas, destinadas (a) a tornar efetiva a intangibilidade do vínculo federativo, (b) a fazer respeitar a integridade territorial das unidades federadas, (c) a promover a unidade do Estado Federal e (d) a preservar a incolumidade dos princípios fundamentais proclamados pela Constituição da República. A Intervenção Federal, na realidade, configura

expressivo elemento de estabilização da ordem normativa plasmada na Constituição da República. É-lhe inerente à condição de instrumento de defesa dos postulados, sobre os quais se estrutura, em nosso País, a ordem republicano-federativa.

(...)

Assim, como observa JOSÉ AFONSO DA SILVA – op. Cit., pg. 418, os pressupostos de fundo da Intervenção Federal nos Estados constituem-se situações críticas que põem em risco a segurança do Estado, o equilíbrio federativo, as finanças estaduais e a estabilidade da ordem constitucional. Em resumo, como sintetiza, com precisão, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO — “Curso de Direito Constitucional, ed. Saraiva, 18 ed., pg. 54, a Intervenção por ser contrária à autonomia dos Estados Membros, só pode se fundar em fatos de gravidade indisfarçável.

**Em síntese, o escopo primordial da intervenção é o de manter íntegro o Estado Federal, preservando-o de movimentos tendentes à fragmentação ou desagregação.”**

Não havendo qualquer ameaça ao Regime Federativo, hipótese ensejadora da medida como já analisado, não poderá ser acolhido o pedido também por esta razão, não tendo o Estado do Rio Grande do Sul praticado ato que para a sua correção faculte a adoção do instrumento constitucional.

#### **VI - Tipo Subjetivo: inexistência da Intencionalidade no Alegado Descumprimento da Ordem Judicial**

A inobservância de determinação judicial para caracterizar a desobediência pressupõe **intencionalidade**. Significa dizer, portanto, que a ordem emanada do Poder Judiciário deva ser

exequível no mundo dos fatos, e que o agente, por vontade deliberada, persevere na conduta omissiva.

A impossibilidade material de cumprimento da decisão exclui a ocorrência da desobediência, já que, nesta hipótese, a omissão é involuntária. Esta circunstância é relevante, inclusive nos termos do art. 865, CCB.

No caso, o Estado-Executivo e seus administradores não tiveram e não têm a intenção de descumprir a determinação do Judiciário: houve, isto sim, real impossibilidade material de observância do efetivo recolhimento dos valores correspondentes aos Precatórios nos exatos termos do vencimento, implementada a sua parcial satisfação, na adequação do possível.

O atraso na prestação para atendimento integral resultou da caótica situação das finanças públicas, fato público e notório, noticiado pela mídia com freqüência.

Para descumprir uma ordem, como se viu, deve-se ter à disposição, no mundo dos fatos, as condições para satisfazê-la e por escolha não realizá-la.

Por isto, a solução da crise passa, necessariamente, pela readequação do orçamento e esta exige um tempo mínimo à aprovação das medidas legislativas e a implantação de um programa para incremento da receita e reordenação das despesas.

O esforço para vencer as exigências inafastáveis para alcançar a receita necessária ao cumprimento deste precatório evidencia a ausência de intenção por parte do Executivo Estadual no alegado descumprimento a ordem judicial, posto que demonstrado resta que o equacionamento da crise financeira está dependendo

mais da atuação dos nossos Parlamentares do que medidas que estejam ao alcance do Executivo, tendo estas últimas, já sido implementadas.

Releva destacar, que não apenas o Estado do Rio Grande atravessa uma crise financeira que desencadeou o atraso no pagamento de alguns de seus compromissos.

Assim não fosse, não teria havido, em dimensão nacional e em razão de uma conjuntura econômica enfrentada pela Nação, o esforço do Poder Legislativo que culminou na aprovação da Emenda Constitucional n. 30, parcelando os créditos judiciais não alimentares para pagamento em até 10 anos.

Este registro é feito apenas a título de comprovação da impossibilidade objetiva de atendimento, no prazo constitucional inicialmente previsto, do pagamento desta natureza de crédito, de modo que a situação, sendo igualmente enfrentada por quase todos os Entes Federados desconfigura a condição subjetiva da intencionalidade exigida à tipificação da "desobediência a ordens judiciais".

O inadimplemento relativo (não se configurando mora), portanto, não foi voluntário, o que se particularizou já pelo exame das informações trazidas na documentação anexada. Era inexigível da Administração conduta diversa, por absoluta ausência de condições financeiras, circunstância que descaracteriza a alegada desobediência ou descaso a qualquer determinação judicial.

Os Egrégios Tribunais Superiores de nossa Federação, em especial essa Suprema Corte e o Superior Tribunal de Justiça, têm entendido como "prover a execução de decisão judicial" a viabilização, a oportunidade de efetivação, o alcance dos meios necessários ao cumprimento de uma decisão emanada de autoridade judicial competente

A negativa em oferecer meios a tal cumprimento é que pode ensejar o uso do recurso extremo da intervenção federal, como se verifica nos trechos de algumas ementas, abaixo transcritos:

"Intervenção federal. Desobediência de governador de Estado, em promover apoio a execução de decisão judicial. Hipótese de intervenção autorizada pelo art. 34, inc. VI, da Constituição Federal... por maioria, julgar procedente o pedido...

A intervenção federal, providência de natureza excepcional, deve ser deferida quando **demonstrado que o Poder Executivo do Estado procrastina, há anos, o atendimento de requisição de força policial** para auxiliar no cumprimento de sentença transitada em julgado..." (RSTJ, vol 56, p.55)

"...**comprovado** que o Poder Executivo do Estado não atende a requisição de força policial para assegurar a execução de sentença transitada em julgado, deve ser deferido o pedido de intervenção federal...

Acolhimento, pedido, intervenção federal, comprovação, falta, atendimento, governador, ordem judicial, apoio, policiamento, recusa, requisição, descumprimento, liminar, reintegração de posse, terreno, invasão, sem-terra, propriedade, autor. voto vencido, improcedência, necessidade, esclarecimentos..." (dj 14.11/1994, p.30887)

A admissão de tal interferência nos Estados decorre do **descumprimento deliberado** de uma decisão judicial, de forma que a Administração não alcance meios, em princípio disponíveis, à satisfação da determinação judicial, seja ordem ou decisão. É o que se pode extrair da inteligência, a contrário senso, das seguintes ementas:

*...3. Comprovada a manifesta e reiterada situação de insubordinação à determinação judicial, carente de cumprimento por injustificável. (RSTJ, v.63, pg.75)*

*... demonstrada a relutância do poder executivo estadual em cumprir decisão emanada do poder judiciário, impõe-se o deferimento da intervenção federal... (DJ 10.10.1994, p. 27054)*

No mesmo diapasão a Doutrina de Kioshi Harada, em já citado artigo publicado na RT 698:

*"(...) inconvenientes sob todos os aspectos, a intervenção somente deve ser decretada na hipótese de DOLO ou INJUSTIFICADA RESISTÊNCIA no cumprimento da ordem ou decisão judicial.*

*"Decretar a intervenção estadual no município, motivado pelo não pagamento integral do precatório judicial, de uma só vez, seja ele originário ou complementar, por ausência e verba orçamentária ou de recursos financeiros, ou, ainda, de ambos, seria contribuir para o agravamento da crise ensejadora da representação interventiva por parte do titular do precatório judicial."*

A excepcionalidade da intervenção, decorrente do próprio texto constitucional, (art. 34. A União **não** intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, **exceto** para...) impõe-se como verdadeiro obstáculo à implementação de uma medida com essa magnitude, sem o devido exame de sua pertinência diante dos motivos apresentados.

**6. Intervenção federal é restrição à autonomia do Estado-membro. princípio federativo**

Excepcionalidade da medida interventiva... (DJ 27.09.96, p. 36154)

...a intervenção federal em Unidade Federativa, pelo caráter de excepcionalidade de que se reveste, deve apoiar-se em pressupostos certos, indiscutíveis, inexistentes no caso. Indeferimento do pedido. (DJ. 21.02.94, p. 02069)

...mesmo reconhecendo-se o caráter excepcional da medida, deve o pedido de intervenção federal ser atendido, quando satisfeitas as formalidades legais, a fim de fazer cumprir sentença decretando a reintegração de posse, há muito tempo transitada em julgado... (DJ. 07.11.94, p. 29993)

...2. O pedido de requisição de intervenção dirigida pelo Presidente do Tribunal de execução ao STF há de ter motivação quanto à procedência e também com a necessidade da intervenção... (DJ. 01.07.96, p. 23860)

...não se conhece do pedido de intervenção federal que não está devidamente fundamentado, máximo se nele se alega falta, por parte do Executivo, de cumprimento de uma decisão judiciária e perante o Tribunal que a proferiu não foi solicitada providência alguma. (DJ.. 23.02.53, p. 00614)

Deve-se lançar mão de todos os meios disponíveis a evitar seja implementada tal medida.

Possível lesão de direito individual, por ato que se pode corrigir pelos meios processuais próprios, não dá lugar ao procedimento de inconstitucionalidade, para fins de intervenção federal nos Estados... (DJ 11-06-92, pg.47)

Cumpra relevar que a concreta e comprovada disponibilidade dos meios para efetivar-se a decisão judicial dita não cumprida, constitui condição para que seja decretada a intervenção. Tal instrumento deve ser visto como meio de resolver o problema específico, não como punição política ao eventual governante.

Não é caso de intervenção. pedido de intervenção. indeferimento. decisões judiciais. ausência de verbas para o seu cumprimento. (DJ.24.12.56, p. 02463)

Pedido de intervenção federal; seu indeferimento art. 7,v, da constituição. para justificar a intervenção não basta a demora de pagamento, na execução de ordem ou decisão judiciária, por falta de numerário; é necessário o intencional ou arbitrário embaraço ou impedimento oposto a essa execução. (DJ 15.07.54, p. 09336)

A figura do interventor inspira uma certa repulsa à sociedade, que vê retirado do exercício do poder o governante legitimamente escolhido em processo democrático, com respaldo no voto popular em verdadeira afronta ao sistema federativo.

Por isso, apenas em situações gravíssimas e com deliberada intenção de violação ao livre exercício do Poder Judiciário, poder-se-ia cogitar na sua viabilidade. Todavia, a situação concreta, consistente no eventual atraso no pagamento de Precatórios por absoluta falta de recursos financeiros suficientes a adimplir o compromisso na data aprazada, não caracteriza atuação deliberada em descumprir decisão judicial.

No caso em questão, existe a difícil situação das finanças públicas, assim como é real a impossibilidade material de observância imediata no atendimento de todas as suas demandas.

Em verdade, a Administração vem reiteradamente cumprindo as decisões judiciais, tanto que um pleito nos moldes da alternativa violenta da intervenção é rara hipótese na história do RIO GRANDE DO SUL.

A ausência de vontade no atraso do pagamento do passivo judicial fazendário é demonstrado, também

## VII - Do Inadimplemento Fortuito/Força Maior:

Por cautela, afastadas todas as alegações supra desenvolvidas, vale-se o Estado da Teoria do Inadimplemento Fortuito, na qual se afirma que, embora reconhecendo-se o direito da parte credora, ocorre situação de fato que autoriza o descumprimento, isentando, o Devedor, de responsabilidade.

A "impossibilidade total e objetiva" tem efeito "extintivo" sobre a obrigação quando a superveniência de fato torne IMPOSSÍVEL seu CUMPRIMENTO, não havendo como se falar em desrespeito à autoridade das decisões e ordens judiciais.

A impossibilidade, no caso do Estado, é temporária, SUSPENDENDO a exigibilidade do crédito enquanto não se materializarem condições financeiras para a sua crise econômica, que está a exigir, como se disse, a aprovação dos programas de recuperação de receita, que envolvem a reformulação da matriz tributária; a adequação das despesas aos limites traçados pela legislação federal; promover, como plano político, um incremento nas indústrias de pequeno e médio porte; recuperação da política agrária e o combate à sonegação fiscal, entre outras medidas.

É o caso, portanto, de se observar que se está diante de

vis maior, causa prevista no art. 1058 do CCB, porque se está frente a fatos que ultrapassam as possibilidades do administrador.

Nos ensina o Mestre Orlando Gomes:

“ O adimplemento da obrigação pode ser obstado por fato não-imputável ao devedor.

A inexecução decorrente do acaso caracteriza-se pela impossibilidade da prestação, determinada por evento estranho e superior à vontade do devedor.

(...)

A inexecução por força de fato necessário, que o devedor não pode evitar ou impedir, caracteriza-se, objetivamente, pela impossibilidade. O devedor quer, mas não pode.” (in Obrigações, 11ª edição, pgs. 144-5, 1997)

**Há uma discussão doutrinária a respeito da definição do que se entende por Caso Fortuito, firmando-se posição majoritária que considera fortuito, todo inadimplemento não imputável ao devedor, exprimindo-se o pensamento com a assertiva de que o fortuito começa onde cessa a culpa. Tal, em essência a teoria subjetiva.” (op. Cit. Pg. 149)**

Com muita propriedade afirma o citado Mestre, na mesma página:

“ Todo fato alheio à vontade do devedor, que o impossibilite de cumprir a obrigação, considera-se caso fortuito, para o efeito de exonerá-lo de responsabilidade. Tanto faz que seja um evento natural externo, como que diga respeito à própria pessoa do devedor.”

Assim:

“ O inadimplemento fortuito não origina, de regra, a responsabilidade do devedor. É princípio geral de Direito que o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito.” ( Art. 1058 do Cciv., op. Cit. Pg. 151)

Por tal razão, enquanto não houver o aporte de receita necessária a honrar às decisões judiciais, o Ente Estatal vem pagando seus débitos segundo suas possibilidades.

Com muita propriedade, Kyoshi Harada, ao tratar da Execução das Despesas Públicas, em obra sobre Direito Financeiro e Tributário, pg. 48, cópia anexa, diz:

“Nenhuma lei pode exigir mais do que o permitido pelo ordenamento jurídico, da mesma forma que nenhuma ordem judicial pode conduzir a um beco sem saída. É a TEORIA DA IMPOSSIBILIDADE MATERIAL. É de se aplicar o brocardo ad impossibilia nemo tenetur”.

Segundo a tese ora esposada, não está o Rio Grande do Sul a eximir-se de sua responsabilidade no pagamento dos precatórios atrasados, mas necessita de Lei, entre outras medidas administrativas, para incrementar sua RECEITA e fazer frente ao pagamento de todas as suas obrigações. Impossibilidade material que está prevista também no art. 963 do CCB.

Portanto, partindo-se da premissa da estagnação financeira, cuja solução, se viu, não está nas mãos exclusivas do administrador, é de se questionar, qual opção fará um Interventor. Porque o não atendimento de um dos deveres legais e constitucionais atribuídos

ao Estado, ensejaria, na compreensão da parte aqui credora e do próprio TJRS a intervenção pretendida.

Assim, valendo-se da Teoria do Inadimplemento Fortuito, requer seja reconhecida, por esta Corte, a INEXIGIBILIDADE TEMPORÁRIA do pagamento do precatório, enquanto não puder ser corrigida a fonte de recursos para a realização das despesas orçadas.

Demonstrando-se que o inadimplemento ocorreu pela efetiva insuficiência de recursos, não será a nomeação de um Interventor que irá resolver as dificuldades financeiras e satisfazer a obrigação, repetindo-se, por lógico, a mesma impossibilidade de atendimento.

A jurisprudência existente sobre o assunto, que é escassa face à excepcionalidade do instituto da intervenção, só a tem reconhecido quando caracterizada a recusa, desídia, a intencional vontade de descumprir a decisão judicial, o que não houve na espécie, conforme já bem se analisou.

Na Revista de Direito Público n. 4, pág. 215, encontra-se acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná indeferindo pedido de intervenção federal, do qual é oportuno transcrever:

“Não foi, efetivamente, por desobediência ao Poder Judiciário que o pagamento deixou de ser efetuado, mas por inexistirem recursos orçamentários suficientes para atender ao débito

“Daí o duplo equívoco em que incidem os suplicantes: primeiramente, nas dotações orçamentárias vedada é a designação de casos ou de pessoas, obedecendo os pagamentos devidos pela Fazenda estadual, à exemplo da Federal e Municipal, em virtude de sentença judiciária, à ordem cronológica de sua apresentação; em segundo lugar, não houve, da parte do Governador, recusa, desídia, ou qualquer

gesto de sua parte que se traduzisse em desobediência à decisão do Judiciário, intervenção. e, sem esta, não há como falar-se no ato excepcional pretendido, não há lugar para a pleiteada.

“O que havia, o que se deduz do teor das informações (fls.) e mais elementos contidos no pedido de intervenção, era uma situação de fato, um fator subjetivo, incontornável, uma conjuntura de ordem econômico-jurídico-financeira, independente da vontade de quem dirigia os destinos do Estado. A intervenção, em tal emergência, além de constituir arma das mais perigosas e nocivas ao funcionamento das instituições, equivaleria à punição de alguém por um fato que não deu causa...

“Dispusesse o Governador de recursos materiais, e a tanto se recusasse, lugar haveria para deferimento do pedido formulado; nunca, porém, na hipótese figurada, segundo a qual ateve-se o suplicado ao que lhe cumpria: a solicitar o crédito indispensável, dentro das possibilidades do erário, não pagando de imediato, porque não tinha como, nem de onde retirar, voluntária não sendo sua omissão, nem para ela concorrendo, uma vez que resultou de fatos, contra os quais não valem argumentos, nem êxito podem ter as controvérsias que neles irremediavelmente esbarram...

“É de se indeferir o pedido de intervenção porque a intenção do Executivo não é a de descumprir os mandados do Judiciário, nem de procrastinar o pagamento. A execução das sentenças judiciais depende sempre das forças do Tesouro...”

Em conseqüência, a par de ser incabível o pedido interventivo, por inexistência de seus pressupostos, mostra-se inútil a intervenção federal.

Ressalte-se que a figura do interventor ou a declaração da intervenção não mudará a realidade financeira do Estado.

As dificuldades enfrentadas pelo Governo Gaúcho serão as mesmas que enfrentará o interventor. Os motivos do inadimplemento fortuito não serão superados num "passe de mágica".

Considerando-se que a Administração do Estado não se tem negado ao pagamento de tais encargos, mas que apenas o realiza com parcial atraso, a figura do interventor esgotaria a sua função no momento em que tal pagamento se operasse, o que não modificaria o que já vem ocorrendo.

A administração pública estadual tem pautado sua atuação na busca do equilíbrio das contas públicas e o cumprimento das determinações judiciais somente fica viabilizado de acordo com o ingresso das receitas ao erário.

Desse modo, a situação concreta não aconselha o decreto interventivo, não só por seu descabimento e desnecessidade, mas também porque não pode o instituto servir como meio de pressão e obstáculo ao regular desempenho do poder pelas autoridades constituídas, que têm pautado sua atuação também pelo cumprimento e respeito aos comandos do Poder Judiciário.

ANTE O EXPOSTO, requer-se o desacolhimento do pedido interventivo:

1 - Por restar flagrante a ilegitimidade passiva do Estado do Rio Grande do Sul, porquanto o débito é de entidade autárquica com personalidade jurídica própria.

2 - Por se ter demonstrado, suficientemente, inclusive trazendo-se interpretação dada por esta Corte, que a atuação do Poder Judiciário no processamento dos precatórios é atividade de natureza administrativa, ainda que não descaracterizado o ato que fundamentou a pretensão como ordem judicial, limitado estava a responsabilidade judicial da Estado na obrigação de **inscrever o crédito no orçamento respectivo**, pelas razões neste tópico já aduzidas, carecendo a intervenção de seu **objeto**.

3 - Porque a mora na satisfação do crédito inscrito no orçamento não importa violação ao Princípio Federativo alvo do controle pertinente a este instrumento constitucional. As anormalidades na administração de um ente público podem e devem submeter-se ao controle e apuração de responsabilidades, todavia não se presta a tanto a Intervenção Federal, justamente porque o objetivo desta medida é apenas o de **RESGUARDAR O REGIME-FEDERATIVO**;

4 - Por ser a medida interventiva excepcionalíssima e objetivar apenas o resguardo do vínculo federativo, só a União, ninguém mais, pode estar na posição de quem está sofrendo o prejuízo pelo ato praticado, posto que como entidade política máxima, dentro da organização administrativo-política do sistema federal, a manutenção da unidade exige o respeito aos parâmetros uniformes por ela traçados.

O ordenamento jurídico, por outro lado, põe à disposição outros mecanismos judiciais de apuração e correção dos atos da Administração Pública, sendo restrita a intervenção federal, repita-se, como meio excepcional de resguardo do Regime Federativo. Em outras palavras, o atraso no pagamento de precatórios não coloca em risco a Federação, desqualificando a União como **sujeito passivo** da relação material que fundamentou o pedido interventivo.

5 - Partindo-se do mesmo raciocínio desenvolvido no item <sup>3</sup>supra, não se ofende o Ente Político máximo dentro da ordem constitu-

cional, a União, pelo simples atraso no pagamento de precatórios do Estado, não sendo ele, portanto, nesta situação, **sujeito ativo** de qualquer ação que tenha posto em risco o Regime eleito.

6 - Por não restar configurada a voluntariedade no atraso da satisfação do precatório, afasta-se requisito de extrema importância a configurar hipótese de intervenção. Não houve demonstração, pelo requerente, da existência do **elemento subjetivo**, necessário para caracterizar a ofensa ao Sistema Federativo.

Por cautela, e apenas para argumentar, admitido por esta Corte como preenchidos os requisitos para a admissão da medida interventiva, pede-se o reconhecimento de situação financeira excepcional de modo a admitir-se a impossibilidade material momentânea que faculta a suspensão da exigibilidade do crédito em atraso, até que providências legais sejam deferidas e possam incrementar a receita.

Essas as informações, Excelentíssimo Senhor Governador, que julgamos oportunas prestar, permanecendo ao seu dispor para esclarecimentos eventualmente necessários.

Renovamos a Vossa Excelência protestos de distinta consideração.

Paulo Peretti Torelly,  
Procurador-Geral do Estado.

Patrícia Neves Pereira  
Procurador do Estado  
OAB/RS nº 33.117

Marcos L. de Freitas Xavier  
Procurador do Estado  
OAB/RS nº 28.843

## Decisões do STF

(1)

IF 3773 / RS - RIO GRANDE DO SUL  
INTERVENÇÃO FEDERAL

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Rel. Acórdão

Min. GILMAR MENDES

Revisor

Min.

Julgamento: 03/04/2003

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ 16-04-2004 PP-00058 EMENT VOL-02147-11 PP-02052

Ementa

EMENTA: INTERVENÇÃO FEDERAL. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado do Rio Grande do Sul com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido

Observação

Votação e resultado: por unanimidade, rejeitadas as preliminares articuladas pelo Estado. No mérito, indeferido o pedido formulado na Intervenção, por maioria, vencido o Min. Marco Aurélio.

Acórdãos citados: IF-94, ADI-1098, IF-2888, IF-2915,

IF-2953

N.PP.:(33). Análise:(ANA). Revisão:(  
Inclusão: 24/05/04, (JVC).  
Alteração: 31/05/04, (JVC).

Partes

REQUERENTES: CARMEN COELHO DE ALMEIDA E OUTRA  
ADVDS: DAISSON SILVA PORTNAOVA E OUTROS  
REQUERIDO: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
ADVDS: PGE-RS - YASSODARA CAMOZZATO E OUTROS

(2)

IF 3195 / RS - RIO GRANDE DO SUL

INTERVENÇÃO FEDERAL

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Rel. Acórdão

Min. GILMAR MENDES

Revisor

Min.

Julgamento: 03/04/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ 16-04-2004 PP-00055 EMENT VOL-02147-02 PP-00439

Ementa

EMENTA: INTERVENÇÃO FEDERAL. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado do Rio Grande do Sul com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condi-

cionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido

Observação

Votação e resultado: por unanimidade, rejeitadas as preliminares articuladas pelo Estado. No mérito, indeferido o pedido formulado na Intervenção, por maioria, vencido o Min. Marco Aurélio.

Acórdãos citados: IF-94, ADI-1098, IF-2888, IF-2915,  
IF-2953

N.PP.:(33). Análise:(ANA). Revisão:(  
Inclusão: 24/05/04, (JVC).  
Alteração: 31/05/04, (JVC).

Partes

REQUERENTE: CECÍLIA CORTES ROCHA  
ADVDS: DAISSON SILVA PORTNAOVA E OUTROS  
REQUERIDO: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
ADVDS: PGE-RS - YASSOADARA CAMOZZATO E  
OUTROS

(3)

IF 3091 / RS - RIO GRANDE DO SUL

INTERVENÇÃO FEDERAL

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Rel. Acórdão

Min. GILMAR MENDES

Revisor

Min.

Julgamento: 03/04/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ 26-03-2004 PP-00006 EMENT VOL-02145-01 PP-00150

### Ementa

EMENTA: INTERVENÇÃO FEDERAL. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado do Rio Grande do Sul com finalidade de não pagamento. 4. Estado do sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido

### Observação

Votação e resultado: por unanimidade, rejeitadas as preliminares articuladas pelo Estado. No mérito, indeferido o pedido formulado na Intervenção, por maioria, vencido o Min. Marco Aurélio.

Acórdãos citados: IF-94, ADI-1098, IF-2888, IF-2915

IF-2953

N.PP.:(33). Análise:(ANA). Revisão:().

Inclusão: 24/05/04, (JVC).

Alteração: 31/05/04, (JVC).

### Partes

Requerente: Samantha Baldasso Tondo

Advdos: Carlos Antônio Roggia e outras

Requerido: Estado do Rio Grande do Sul

Advdos: PGE-RS - Yassoadara Camozzato e outros

## CONSULTAS E PARECERES

## Consulta: Dia do Procurador do Estado

*Mário Bernardo Sesta*

- Re-exame da data mais adequada à comemoração do "Dia do Procurador do Estado".

- Análise da evolução histórica da Advocacia de Estado na tradição institucional luso-brasileira.

- Inconveniência de insistir na data de "reinstalação" da "Consultoria-Geral do Estado", como marco histórico da Advocacia de Estado no Rio grande do Sul.

- Sugestões de datas relevantes.

1. Consulta o Procurador-Geral do Estado a respeito de sugestões para revisar o Decreto nº 32.305, de 15 de agosto de 1986 que fixou o "Dia do Procurador do Estado" coincidente com o "Dia do Advogado", isto é, em 11 de agosto.

Efetivamente a escolha consubstanciada naquele, texto legal não poderia ser mais inadequada, na medida em que, confundindo a data destinada a comemorar a Advocacia em geral com a que se pretende destinada a exaltação da Advocacia de Estado, submete o especial a sobreposição pelo geral retirando qualquer finalidade ou funcionalidade à comemoração pretendida.

Sem dúvida, a Advocacia de Estado é uma modalidade de exercício de Advocacia, mas uma modalidade extremamente singular: e de tal modo predominante o interesse público em todos os aspectos organizacionais e funcionais da Advocacia de Estado que sua atividade,

embora pertinente à Advocacia enquanto gênero, mais se aproxima, quer na tradição brasileira quer na de inúmeros países com importância para universo jurídico, como das do Ministério Público e da Magistratura Judicante.

Aliás, fazendo uso de expressões já consagradas na terminologia jurídica, tivemos oportunidade de designar a Advocacia de Estado como "Magistratura de Partido" tal como se designam por "Magistratura de Pé" e "Magistratura Sentada", respectivamente o Ministério Público e a Magistratura Judicante.

Nada pois se nos afigura mais apropriado do que revisar a data hoje adotada para comemorar o "Dia do Procurador".

A fixação de uma data a ser escolhida, em substituição a hoje adotada, como "Dia do Procurador do Estado", deve atender, parece-nos, aos seguintes requisitos:

(1º) ser distinta de qualquer data evocativa da Advocacia em geral, justamente para corrigir o erro hoje vigente e que descumpra a finalidade de distinguir a Advocacia de Estado como forma muito especial de exercício da Advocacia;

(2º) ser vinculada à história da atividade, precisamente para ressaltar sua antigüidade no arcabouço evolutivo do Estado, distinguindo-a da história do órgão que atualmente se denomina "Procuradoria-Geral do Estado";

(3º) ser historicamente expressiva do relacionamento e da paridade que sempre existiu entre os agentes da Advocacia de Estado, da Magistratura e do Parquet.

Em relação ao segundo item acima apontado, estamos convictos ter sido grave erro, repetido ao longo dos anos, o de praticamente

restringir as comemorações relativas à Advocacia de Estado no Rio Grande do Sul à data de criação - ou recriação - da hoje denominada Procuradoria-Geral do Estado.

Entendemos até que essa data deveria ser completamente excluída do calendário de comemorações e solenidades pertinentes à carreira e a seu órgão de ação. As razões parecem-nos muito claras. Comemorar a reinstalação da então Consultoria-Geral do Estado, hoje Procuradoria-Geral, dá à opinião pública a falsa impressão de que a Advocacia de Estado (1º) é uma atividade relativamente recente no contexto administrativo estadual e (2º) de que se trata de carreira egressa do Ministério Público, quando a realidade, sob os dois aspectos, é absolutamente diversa.

Não refoge a nossa resistência a convicção de que se tem pejorativamente associado a criação da Consultoria-Geral do Estado com o período político institucional em que ocorreu, atribuindo-se-lhe, numa ótica distorcida dos fatos, a condição de legado da época, com conotações negativas.

2. O exame de um rol de sugestões para escolha de outra data que melhormente desempenhe a finalidade colimada, passa inevitavelmente por uma revisão histórica dessa atividade que hoje se denomina Advocacia de Estado em razão da terminologia adotada pela Constituição Federal de 1988 e que se constitui na atividade de Advogados, articulados em órgão de Estado, constitucionalmente investidos nas funções de aconselhamento e de patrocínio judicial do interesse público enquanto interesse estatal.

É predominante a opinião dos historiadores, especialmente no âmbito do direito luso-brasileiro, em estabelecer data comum para o surgimento seja da Advocacia de Estado, seja do Ministério Público: em fins do Século XIII, a Monarquia portuguesa instituiu a figura do "Procurador del 'Rey", cujas funções consistiam na defesa dos interesses do

Rei quando demandado fosse (Advocacia do Estado) e, num segundo plano, documentalmente comprovado, exercer a perseguição criminal (Ministério Público), sempre que o crime judicialmente perseguido comportasse pena pecuniária em favor do Erário.

No famoso relatório, intitulado "O Ministério Público e a Procuradoria-Geral da Coroa e Fazenda", publicado no nº 175, do "Diário do Governo" de Portugal, em 7 de agosto de 1871, reeditado um século mais tarde no "Boletim do Ministério da Justiça" de Portugal (nº 233:5/34, 1974), JOÃO BAPTISTA FERRÃO DE CARVALHO MARTENS, primeiro Procurador-Geral da Coroa e Fazenda (unificadas), nos fornece, com precisão, a data de 14 de janeiro de 1289, para o diploma exarado pelo monarca D. AFFONSO III, mencionando o "Procurador do Rei" "como cargo permanente juncto do monarca, tendo o privilégio de chamar à casa do rei (tribunal de relação) as pessoas que com ele haviam pleitos".

Essa é a data documentada referente à origem comum da Advocacia de Estado e do Ministério Público no direito luso-brasileiro, ficando mais do que claro, pela leitura daquele "Relatório", o mesmo que se lê noutros textos históricos pertinentes à matéria, que a atividade relativa à Advocacia de Estado era a competência mais relevante daqueles agentes reais.

Esta seria, no nosso entender, por todas as razões acima mencionadas, a data mais apropriada para comemorar o "Dia do Procurador do Estado".

Há, porém, outras datas a considerar, até porque tanto a Procuradoria-Geral do Estado quanto a carreira da Advocacia de Estado estão a carecer de datas-símbolo, fundamentais para comemorações destinadas a divulgar a relevância da atividade junto à opinião pública bem como a necessária exaltação do moral dos agentes da carreira.

3. A história da Advocacia de Estado no Brasil compreende duas fases nitidamente distintas, ou seja, uma primeira fase onde prevaleceu o modelo lusitano de atribuir tanto a Advocacia de Estado, quanto as funções peculiares do Ministério Público atual, ao órgão do Ministério Público, e uma segunda fase em que as funções da Advocacia de Estado e da perseguição criminal passaram a ser cometidas a órgãos distintos, seguindo aquilo que, noutra oportunidade, denominamos de "modelo italiano" de estruturação do espaço jurídico da organização estatal.

Ao nível da União a sobredita dicotomia deu-se tão somente com o advento da Constituição Federal de 1988, promulgada em 5 de outubro daquele ano.

No Rio Grande do Sul, porém, e o mesmo se diga de outros Estados federados brasileiros, essa dicotomia deu-se já nos anos sessenta: em 1965 era criada - ou, em termos rigorosamente históricos, recriada - a "Consultoria-Geral do Estado", ainda, porém, com funções meramente consultivas, isto é, apenas com parte das atribuições inerentes à Advocacia de Estado, remanescendo o patrocínio judicial dos interesses do Estado com a "Procuradoria-Geral do Estado", órgão do Ministério Público. A Constituição Estadual de 1967 inaugurou, no Rio Grande do Sul, a completa dicotomia entre a Advocacia de Estado e a perseguição criminal, conferindo radical constitucional à então chamada "Consultoria-Geral do Estado", a qual atribuía já tanto as funções consultivas quanto as de patrocínio judicial do interesse público. Apesar da impropriedade terminológica já alterou também para "Procuradoria-Geral da Justiça" a denominação do órgão do Ministério Público.

4. Deixando de lado o período colonial, para não alongar esta exposição e até porque a sistemática pertinente ao "modelo português" de organização do espaço jurídico do Estado obviamente vigorava também no Brasil, comecemos pelo Brasil Império.

Proclamada a independência, a lei que regulou o art. 163 da Constituição Imperial, dispondo sobre o SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, declarava-o o composto por 17 magistrados, um dos quais desempenharia as funções de "Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional" que, no dizer inquestionável de ABDON DE MELLO, exerceria também as funções de Promotor de Justiça ("Ministério Público Rio-Grandense - Subsídios para a sua História", Of. Graf. da Imprensa Oficial, Porto Alegre, 1943, p. 17).

Não temos acesso a datas e nomes relativos ao primeiro magistrado titular das funções cumulativas da Advocacia de Estado e do Ministério Público, nessa ordem de relevância.

Em 6 agosto de 1873, foi criada a "Relação de Porto Alegre", integrada pelos Desembargadores João Batista Gonçalves Campos, Adriano José Leal, Inácio José Mendonça Uchoa, Julio Cezar Berenguer de Bittencourt, Luiz Correia de Queiroz Barros, Luiz José de Sampaio e Augusto Pereira da Cunha. Em 7 de novembro daquele mesmo ano, o Des. ADRIANO JOSÉ LEAL foi empossado como primeiro "Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional da Relação de Porto Alegre", com as funções acima referidas.

O derradeiro titular desse cargo imperial junto à Relação de Porto Alegre, foi o DES. SALUSTIANO ORLANDO DE ARAÚJO COSTA, nomeado em 11 de março de 1887 e que exerceu suas funções até algum tempo após a Proclamação da República.

Com a República, o art. 58, S 2º, da Constituição de 1891 confere radical constitucional ao cargo de "Procurador-Geral da República", a ser escolhido pelo Presidente dentre os membros do Supremo Tribunal Federal. A primeira constituição republicana foi promulgada em 24 de fevereiro de 1891.

5. Constitucionalizada a República surgiram os Estados Federados com seu espaço jurídico-institucional próprio.

A Constituição Estadual de 14 de junho de 1891, no art. 60, conferia radical constitucional ao cargo de "PROCURADOR-GERAL DO ESTADO", escolhido dentre os membros do "Superior Tribunal" para o fim de "representar e defender em juízo os interesses do Estado, da justiça pública, das pessoas incapazes e dos ausentes".

Não há a menor dúvida de que o Ministério Público tinha então, seguindo a tradição lusa, como função precípua a Advocacia de Estado.

O primeiro PROCURADOR-GERAL DO ESTADO foi o DES ANTHERO D'AVILA, nomeado em 27 de fevereiro de 1892.

É evidente que, diante da meridiana clareza do texto constitucional, fiel aliás às origens da instituição no seu nascedouro em Portugal, cabe a perplexidade, até porque textos constitucionais sucederam-se por muito tempo na mesma e histórica linha, relativa a priorização da persecução criminal que se foi instaurando como atividade primordial do Ministério Público e terminou mesmo por exigir a dicotomização institucional. A razão é simples: se de uma parte a persecução criminal pública se fazia fundamental para a implantação da igualdade democrática numa sociedade em que as diferenças de estatuto social remanesceram muito tempo após a abolição do regime monárquico, de outra parte até a década de 50 e independentemente do caráter ditatorial e interventivo da maioria dos governos federais e mesmo locais, a densidade do Estado era pouca, ensejando conseqüentemente poucas ocasiões par ao exercício das funções da Advocacia de Estado.

6. Na primeira Constituição Republicana do Rio Grande do Sul, posta em vigor pelo Ato nº 354, de 25 de abril de 1891, dispunha o art. 60 que para o fim de "representar e defender os interesses do Estado, os da justiça pública e os dos interditos e ausentes perante os juizes e tribunais, será instituído o Ministério Público, composto de um Procurador-Geral do Estado, nomeado pelo presidente deste dentre os membros do

Superior Tribunal, e de promotores públicos, cujas atribuições serão fixadas em lei”.

A efêmera Constituição Estadual de 1892, promulgada provisoriamente pelo Decreto nº 24, de 29 de março de 1892, dispunha no art. 61 sobre a instituição o Ministério Público, prevendo a figura do Procurador-Geral do Estado; no art. 62, determinava que perante juizes e tribunais, “os interesses do Estado, os da justiça pública e os dos interditos e ausentes serão representados e defendidos pelo Ministério Público”.

Restabelecida a Constituição Estadual de 1891, o art. 60 teve sua redação alterada pela Lei nº 269, de 15 de junho de 1922, mantida, no entanto, a competência do Ministério Público, para nessa ordem, “representar e defender os interesses do Estado, da justiça pública, das pessoas incapazes e dos ausentes”, atribuída sua chefia ao Procurador-Geral do Estado e mantido o sistema de ser ele nomeado pelo Presidente do Estado dentre os membros do Superior Tribunal.

Nas Constituições Estaduais de 1891 e 1892, o Ministério Público enquanto órgão de Advocacia de Estado e de Promotoria Pública vinha regulado textualmente junto ao Poder Judiciário.

Sucessivamente, a Constituição Estadual de 27 de junho de 1935, em seu art. 90 repetia a competência do Ministério Público estabelecida nos textos constitucionais precedentes, inclusive na ordem por eles adotada o art. 91 inovava, na medida em que o Procurador-Geral do Estado deixava de ser escolhido dentre os integrantes da mais alta corte judicial do Estado, embora lhe assegurasse “vencimentos iguais aos dos desembargadores”.

A Constituição Estadual de 1935, revelando excelente técnica, dispôs o Ministério Público, sempre com sua dupla competência, lado a lado com o Tribunal de Contas, separadamente dos chamados “Poderes”, sob o título genérico de “órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais”.

A também efêmera Constituição Estadual de 29 de outubro de 1945, promulgada no ocaso do Estado Novo dispunha sobre a matéria nos arts. 89 e 90, repetindo quase literalmente o texto da Constituição de 1935.

A Constituição Estadual de 8 de junho de 1947 dá os primeiros sinais antecipadores da dicotomia institucional do Ministério Público e sinaliza, pela primeira vez, a inversão na ordem das competências atribuídas ao órgão.

Excetuada a efêmera Constituição de 1945, cujo texto era tão só articulado (sem títulos, capítulos, secções), e onde, portanto, se pode reconhecer mantida certa autonomia, quer para o Ministério Público quer para o Tribunal de Contas, a Constituição Estadual de 1947 retomou, sob título praticamente idêntico de “órgãos de Cooperação das Atividades Governamentais”, a regulação independente do Ministério Público e do Tribunal de Contas.

O art. 126 dispõe que o Ministério Público, “órgão da lei e fiscal de sua execução, defenderia em juízo os interesses da justiça pública, dos incapazes, dos ausentes e de quantos for legalmente incumbido, bem assim os do Estado, quando não houver outro órgão ou funcionários encarregados do ofício”.

Nos artigos subseqüentes, o chefe do Ministério Público passa a designar-se constitucionalmente apenas como “Procurador-Geral”, dispondo o art. 128 a mesma sistemática de escolha e idêntica garantia -remuneratória como estavam previstas na Constituição Estadual de 1935.

Ao dispor sobre a competência a Assembléia Legislativa, o art. 39, XIX, inaugurou a exigência de manifestação, mediante votação secreta, da maioria absoluta dos membros do órgão legislativo, para

nomeação do chefe do MP, ali designado como "Procurador-Geral do Estado".

Trata-se de disposição inquestionavelmente salutar no em que pese ser reveladora da inspiração parlamentarista que presidiu a toda a versão original da Constituição Estadual de 1947, objeto, por essa :ao, de arguição de inconstitucionalidade julgada procedente pelo STF. A arguição não afetou porém a sobredita disposição relativa a escolha do Procurador-Geral do Estado.

7. Ao nível da legislação infraconstitucional, a mencionada dicotomia já esboça os primeiros sinais no Decreto n° 5950, de 19 de junho de 1935, que criava o cargo comissionado de "Consultor-Geral do Estado", assegurando-se-lhe, na versão original, "garantias e vantagens dos desembargadores da Corte de Apelação". O Decreto n° 7327, de 22 de maio de 1938, suprimia a parte relativa a garantias e vantagens.

Esse cargo, meramente consultivo e, segundo tudo indica subordinado diretamente ao então Presidente do Estado, foi provido por apenas três titulares, que foram, sucessivamente, os Desembargadores aposentados Darcy Azambuja, Manoel André da Rocha e novamente Darcy Azambuja.

Sempre no plano da infraconstitucionalidade e na esteira dos sinais precursores da evolução futura, o Decreto n° 7845, de 30 de junho de 1939, criava a "Consultoria Jurídica do Estado", sob orientação do Procurador-Geral do Estado. Suas funções eram igualmente só consultivas. Essa nova sistemática extinguiu o efêmero cargo de "Consultor-Geral do Estado", instituído em 1935.

Trinta anos depois, já refletindo exigências mais assemelhadas às da atualidade, o Decreto n° 17.114, de 13 de janeiro de 1965, dando corpo as indicadas alterações das disposições constitucionais

sobre a matéria, apontadas no texto da Constituição Estadual de 1947, criou o "Departamento Jurídico do Estado", sempre com funções meramente consultivas. Para sua chefia prévia se novamente um "Consultor-Geral do Estado", cargo este criado posteriormente pela Lei Estadual n° 4938, de 25 de fevereiro de 1965. No período de acefalia do novo Departamento, seu comando ficava expressamente atribuído ao Procurador-Geral do Estado.

Na medida em que dispunha ser diretamente subordinado ao Governador do Estado, o Decreto n° 17.114 iniciava o processo de dicotomia entre a "Consultoria-Geral do Estado", criada pelo Decreto n° 7845/39 e a Procuradoria-Geral do Estado, órgão do MP.

Observe-se que o cargo de "Consultor-Geral do Estado", criado novamente pela Lei Estadual n° 4938/65, tinha assegurados vencimentos, vantagens e proibições correspondentes as de Procurador-Geral do Estado.

Nesse lapso de tempo não havia que falar em paridade pelo simples fato de que inexistia um corpo de agentes da Advocacia do Estado organizados em carreira, com todas as peculiaridades relativas a acesso e restrições peculiares as carreiras jurídicas.

Vale, notar, porém, como indicativo fundamental, que a mencionada paridade, à falta de uma "carreira" específica, afirmava-se tão somente no que respeita à chefia do novo órgão.

É interessante ainda observar, em relação à Constituição Estadual de 1967, precursora da dicotomia do Ministério Público, que, embora mantendo para o órgão do Ministério Público a denominação já imprópria de "Procuradoria-Geral do Estado" (art. 127, designava o chefe do órgão como "Procurador-Geral da Justiça" (art. 126),

ainda que utilize, nos arts. 128 e 129, a expressão ambígua "Procurador-Geral".

Repetindo a salutar tendência parlamentarizante peculiar ao Rio Grande do Sul, a Constituição Estadual de 1967, repete disposição semelhante a contida no art. 39, XIX, da Constituição Estadual nº 1947: a nomeação do Procurador-Geral da Justiça e do Consultor-Geral do Estado carecem de aprovação prévia da maioria dos membros da Assembléia Legislativa, em votação secreta (art. 23, XIII).

8. Retomando ao plano estritamente constitucional, a Constituição Estadual de 14 de maio de 1967, no seu art. 66, corporifica a dicotomia do Ministério Público do Rio Grande do Sul, ao dar radical constitucional a "Consultoria-Geral do Estado", dentre cujas atribuições inclui expressamente o aconselhamento jurídico (no caput) e a defesa judicial dos interesses do Estado (letra "a").

No parágrafo único, o art. 66 assegurava timidamente aos agentes da CGE direitos e vantagens atribuídos aos membros do Ministério Público.

Esse parágrafo deve ser entendido em consonância com o art. 229, integrante das "Disposições Transitórias", da mesma Constituição que mantinha, até decisão em contrário do Governador do Estado, a defesa judicial dos interesses do Estado com o órgão do Ministério Público, ainda denominado de "Procuradoria-Geral do Estado" (art. 127), embora já designasse o respectivo chefe de "Procurador-Geral da Justiça" (art. 126).

As impropriedades redacionais e mesmo organizativas são altamente reveladoras da fase transicional. Vale observar, porém, que, no texto de 1967, o Ministério Público, já prenunciada a redução de suas atribuições, passou a ser regulado na área pertinente ao Poder Judiciário, enquanto a recém criada "Consultoria-Geral do Estado", aparecia regulada na área de pertinência do Poder Executivo.

A recém criada "Consultoria-Geral do Estado" não tinha quadros, nem em termos numéricos nem em termos da sistemática de nomeação e de regime jurídico, aptos a plena assunção dessa relevante competência.

O pano de fundo correspondente ao cenário onde ocorriam essas mudanças era, porém, mais complexo. A Assembléia Legislativa que promulgara a Constituição Estadual de 1967 agira com suporte no art. 188, da Constituição Federal de 1967, que determinara aos Essa reforma das respectivas constituições para "adapta-las, no que couber, as normas " do novo documento federal.

Essa circunstância, outorga de competência reformista limitada as " adaptações", ensejou fosse argüida a inconstitucionalidade de inúmeros dispositivos da Constituição Estadual, fundamentalmente por não se constituírem em adaptações. Neste rol, incluiu-se também o art. 66, que terminou por ser declarado inconstitucional por falta do modelo federal correspondente.

Efetivamente, como se disse, a dicotomia do Ministério Público no Rio Grande do Sul fez-se como autêntica expressão da autonomia estadual, a revelia do famigerado "modelo federal", já que, ao nível da União, o mesmo fenômeno só veio a ocorrer com a Constituição Federal de 1988.

A lentidão do processamento da argüição interposta contra o texto original da Constituição Estadual de 1967 e que atingia o radical constitucional da Consultoria-Geral do Estado, determinou que a Resolução Senatorial suspensiva dos dispositivos inquinados só ocorresse após a promulgação da Constituição Estadual de 1970.

Apesar da abrangência da disposição contida no art. 200, da Constituição Federal de 1969, que praticamente suprimia a autonomia estadual, foi ela que ensejou a promulgação da Constituição Estadual, de 27 de janeiro de 1970, redigida sem a presumível subserviência ao “modelo federal”.

A Constituição nova, antes da suspensão pelo Senado do art. 66 da Constituição de 1967, repetiu o radical constitucional da Consultoria-Geral do Estado, como órgão da Advocacia de Estado estadual, com funções consultivas e de defesa judicial dos interesses do Estado (art. 87).

O art. 87 da Constituição Estadual de 1970 praticamente reproduz o art. 66 da Constituição Estadual de 1967.

Na Constituição Estadual de 1970, tanto o Ministério Público quanto a Consultoria-Geral do Estado passaram a ser regulados na área de pertinência do Poder Executivo. Note-se que esta última técnica redacional é mais fiel a história das instituições, quer no que respeita às origens remotas, isto é, aos “Procuradores do Rei”, quer às origens mais próximas no direito constitucional francês revolucionário e imperial napoleônico, quando surgiram os “comissários”, precursores da atividade fiscalizadora do moderno Ministério Público. Isso, sem prejuízo, da melhor técnica de 1935 em 1947, repetida em 1989.

Foi a vigência da Constituição Estadual de 1970 que a Procuradoria-Geral do Estado consolidou sua carreira e sua estrutura, assumindo na plenitude tanto as funções consultivas quanto as funções de patrocínio judicial do interesse público em todas as comarcas do Estado.

Na vigência da Constituição Estadual de 1970, cabe registrar, como data da maior relevância, a da promulgação da Emenda

Constitucional nº 10, de 30 de novembro de 1979, de iniciativa do então Deputado Guido Moesch, que procedeu à importante retificação na designação do Órgão, de seu chefe e de seus agentes, que passaram a denominar-se., respectivamente, PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO, Procurador-Geral do Estado, e Procuradores do Estado.

A importância da Emenda 10/79 não decorre tão somente da correção da denominação imprópria de “Consultoria-Geral” para um Órgão a que se atribuía a defesa judicial do interesse público enquanto interesse estadual, e a projeção dessa correção na denominação da chefia e cargos. A Emenda 10/79 marca o reencontro do órgão e da carreira com as origens mais remotas da Advocacia de Estado: os “Procuradores del 'Rey”.

Entendemos, pois, que a data da Emenda 10/79 é muito mais relevante do que a da “reinstalação” até hoje inadequadamente comemorada.

9.A Constituição Estadual de 1989 se, de uma parte, representou o coroamento das diretrizes fundamentais da Advocacia de Estado, de outra parte, não foi portadora de nenhuma inovação Ou traço marcante que a instituição anteriormente já não tivesse, excetuada a expressão “advocacia de Estado” incluída por influência do texto constitucional federal. Isso porque, como já se disse e nunca é demais repetir, a Advocacia de Estado, no Rio Grande do Sul, desenvolveu seus traços fundamentais no espaço da autonomia estadual, muito antes que os mesmos aparecessem esboçados ao nível federal, o que somente ocorreu com a Constituição Federal de 1988.

Parece-nos, assim, que, apesar de sua importância enquanto coroamento de um processo evolutivo, a Constituição Estadual de 1989, não oferece razões para sinalizar data evocativa para a carreira.

10. Tudo isso posto, concluímos que:

(1º) é de todo conveniente esquecer as comemorações relativas à “reinstalação” da antiga “Consultoria-Geral do Estado”;

(2º) nada nos parece mais apropriado do que incorporar a calendário de comemorações da Procuradoria-Geral do Estado a data historicamente documentada relativa ao surgimento da Advocacia de Estado no acervo institucional luso-brasileiro, através dos “Procuradores del Rey” (14 de janeiro de 1289);

(3º) a data de promulgação da Emenda Constitucional nº 10/79 é muito significativo pois inaugurou a denominação correta para o órgão e seus agentes (30 de novembro de 1979):

Entendemos também muito relevantes as datas (a) de instalação da “Procuradoria da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional da Relação de Porto Alegre”, durante o Império, pois coincide também com a instalação do tribunal de Relação no Estado (7 de novembro de 1873), e da instalação da “Procuradoria-Geral do Estado”, como órgão de exercício conjunto da Advocacia de Estado e da Promotoria Criminal, quando da instauração do regime federativo com a Proclamação da República (27 de fevereiro de 1892).

É o parecer.

Porto Alegre, 03 de agosto de 1995.

MÁRIO BERNARDO SESTA  
PROCURADOR DO ESTADO

## JUSTIFICATIVA

### ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

#### PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

A Advocacia do Estado é uma modalidade de exercício de Advocacia, mas uma modalidade extremamente singular: é de tal modo predominante o interesse público em todos os aspectos organizacionais e funcionais da Advocacia do Estado que sua atividade mais se aproxima, quer na tradição brasileira quer na de inúmeros países com importância para o universo jurídico, como das do Ministério Público e da Magistratura judicante.

No relatório, intitulado “O Ministério Público e a Procuradoria-Geral da Coroa e Fazenda”, JOÃO BAPTISTA FERRÃO DE CARVALHO MARTENS, primeiro Procurador-Geral da Coroa e Fazenda, nos fornece, com precisão, a data de 14 de janeiro de 1289 com o diploma exarado pelo monarca D. Afonso III, mencionando o “Procurador do Rei” “como cargo permanente juncto do monarca, tendo o privilégio de chamar à casa do Rei as pessoas que com ele haviam pleitos”.

Esta é a data documentada referente à origem comum do Advocacia de Estado e do Ministério Público no direito luso-brasileiro, ficando mais do que claro que a atividade relativa à Advocacia de Estado era a competência mais relevante daqueles agentes reais.

Esta é, no nosso entender, por todas as razões acima mencionadas, a data mais apropriada para comemorar o “Dia do Procurador do Estado”.

Parecer Nº 1

*José Neri da Silveira*

Secretário de Estado e diretor da sociedade comercial por quotas de responsabilidade limitada.

Inexiste obstáculo, de ordem legal, impeditivo do Secretário de Estado ser, ao mesmo tempo, diretor de sociedade comercial por quotas de responsabilidade limitada, desde que esta não “goze de favor decorrente de contrato com pessoa – jurídica de direito público”.

Solicita o Senhor Secretário de Estado dos Negócios da Administração, com o objetivo de estabelecer orientação uniforme, pronunciamento da Consultoria Geral sobre a possibilidade de Secretário do Estado “exercer direção de empresa particular ou, mais precisamente, de sociedade por quotas de responsabilidade limitada.”

2. Os cidadãos podem vincular-se ao Estado, para o desempenho de função pública, por relações de três ordens diferentes, a saber: política, honoríficas e de emprego. Como sinala HELY LOPES MEIRELLES, in DIREITO MUNICIPAL BRASILEIRO, 1ª ed., pág. 261, “no primeiro caso se encontra ao que são chamados a exercer cargo de governo, de direção político-administrativo, de legislação, de jurisdição e de decisão estadual; no segundo se acham os que são investigados em função honorárias de assessoramento, de colaboração – transitória com a alta Administração; no terceiro caso, estão os funcionários, propriamente ditos, isto é, os que são investigados em função ou cargo público de caráter profissional, técnico ou administrativo, sujeitos ao regime estatutário, pela relação de emprego. “No mesmo sentido, OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, in “RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O ESTADO E OS SEUS SERVIDORES”, Pref. De São Paulo, 1945.

O eminente professor RUY CIRNE LIMA, in "PRINCÍPIO DE DIREITO ADMINISTRATIVO", ed. 1964, p. 163), — verbis:

"Não se consideram prestadores de trabalho público os condutores políticos das pessoas jurídicas de existência necessária. Contam-se nesse número: na esfera federal, o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Membros do Congresso Nacional, na esfera estadual, o Governador, os Secretários de Estado, os Membros das Assembléias Legislativas; na esfera municipal, o Prefeito e os Vereadores. Condutores políticos são essencialmente todos quantos, isoladamente, ou em grupo, exercem o poder de orientar e dirigir as atividades do Estado, dividir a tarefa estadual, de terminar funções, ordenar serviços, fixar competências. O congresso faz as leis do país (art. 37, da Cons. Fed.); O Presidente da República, com a referenda dos Ministros de Estado, baixa regulamentos (art. 87, I da Cons. Fed.); os Ministros de Estado auxiliam o Presidente da República, no desempenho de suas funções (art. 9, da Cons. Fed.). Os homens aos quais incumbem as funções de condutores políticos, não são meramente prestadores de energias; são, antes de tudo, portadores de idéias. Como a pintura em relação à tela prima, neste caso, a idéia sobre a energia física que lhe condiciona a expressão objetiva".

TITO PRATES DA FONSECA, in DIREITO ADMINISTRATIVO, 1ª ed., p. 261 registra que não são, portanto, funcionários públicos propriamente ditos os agentes políticos ou governamentais diretos, não só pela nota política que apresentam, como porque, embora exerçam cargos públicos, as suas funções são transitoriamente exercidas e não se incorporam eles nos quadros regulares e permanentes."

A mesma noção de agente político está presente na lição de PONTES DE MIRANDA, quando escreve:

O funcionário público há de ser funcionário público e não político. A atividade política fica aos legisladores e ao Presidente da República, com os seus Ministros de Estado e os seus agentes políticos" (apud. COMENTÁRIO À CONSTITUIÇÃO DE 1946, 1ª. ed. Vol. II, art. 87, V – p.124). Também in COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO de 1934, vol. II, p.459."

Nessa linha, J. GUIMARÃES MENEGALE, discorrendo sobre a nomeação dos Ministros, no plano federal, ao observar que a escolha dos ministros tem, sempre, colorido político, porque os cargos têm significação política."

(apud. DIREITO ADMINISTRATIVO E CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO, 3ª ed. p. 211)

3. Dessa maneira, os Ministros de Estado e os Secretários de Estado não são funcionários públicos, de condutores políticos, em sentido próprio. Sua posição é a de agentes políticos, de condutores políticos, de autoridades político-administrativas. Não integram os quadros do funcionalismo. Não lhe são aplicáveis as regras inseridas nas Constituições Federal e Estaduais, sob a epígrafe "DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS". Não há confundir "funcionários" com tais agentes; "governements", segundo DUGUIT; "órgãos diretores", para KOTTGEN; "órgãos pessoais", consoante GERBER, caracterizados por um elemento político. (apud STAINOF, "LE FONCTIONNAIRE", p. 48, nota 1).

4. Tal entendimento é esposado pela jurisprudência pátria como se pode ver dentre outros, dos acórdãos constantes da REVISITA DOS TRIBUNAIS, vols. 143/198, 145/165 e 205/214.

Em relação, conforme esplendidamente, o então ministro CASTRO NUNES, em voto proferido no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, predicou:

O poder Executivo não se reduz ao Presidente da República. O Ministério ou os Ministros individualmente considerados, como auxiliares imediatos do Presidente da República, constituem uma peça constitucional desse Poder, da qual cogita a Constituição Federal e da qual não poderia o Presidente da República declinar, porque cada um dos Ministros completa a ação do Presidente da República, legaliza esta ação e nisto consiste a referenda.

Passando para a órbita estadual, teremos de encontrar em cada Estado o Poder Executivo organizado semelhantemente: um Governador e seus Secretários de Governo. Estes Secretários terão de corresponder aos Ministros de estado, na órbita "federal".

(apud REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, vol. 17/102).

Se é certo, dentro do sistema presidencial consagrado no Brasil, que o Poder Executivo, na órbita federal, é exercido pelo Presidente da República (art. 78, da Const. Fed.), não menos exato é revestir-se a coloração dos Ministros de Estado, de conformidade com preceitos constitucionais, de caráter integrativo à ação presidencial. Justificando o art. 1º, do anteprojeto elaborado pela Quarta Subcomissão, quando soa trabalhos constituintes, de 1946, segundo o qual "o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, com os Ministros de Estado". FLORES DA CUNHA, na condição de relator, esclarecia, verbis:

O que se quis foi fazer com que a colaboração dos Ministros ficasse estabelecida na Constituição, para não serem eles meros secretários do Presidente".

(apud JOSÉ DUARTE, "A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1946", 2º vol., p. 189).

De outra parte, análise dos art. 90 a 93, da Constituição Federal vigente, inseridos no mesmo Capítulo que trata do PODER EXECUTIVO, evidencia o relevo que a organização política federal empresta aos MINISTROS DE ESTADO, ao lado do PRESIDENTE DA REPÚBLICA.

PONTES DE MIRANDA, nessa linha, observa que "os atos do Presidente da República têm de ser referendados pelo Ministro de Estado, ou Ministros de Estado, a cuja pasta, ou pastas, pertença o assunto. Não há atos do Presidente da República sem essa formalidade, que é constitucional", aduzindo, a seguir, ser inconstitucional o ato não subscrito ou referendado. "Não se trata de prática costumeira, nem de recomendação; mas de ins cogens. Há exceções oriundas da natureza das coisas; a renúncia e o pedido de licença, que são personalíssimos." (op. Cit., ps. 147 e 148). Conquanto agentes políticos da imediata confiança do Presidente, confere-lhes a Constituição, de expresso, atribuições específicas, relevando notar a de seu comparecimento à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, mediante convocação ou voluntariamente, na forma e para os fins previstos nos arts. 54, 55 e 91, IV, todos da Carta Magna de 1946.

Por igual, consigna a Constituição o regime de responsabilidades a que se sujeitam os Ministros de Estado, quer juntamente com o Presidente da República, quer independente deste, na hipótese do art. 54, parágrafo único, e na forma do art. 93 e seu parágrafo único, todos da Carta Política da República.

Ademais, os Ministros de Estado devem ser, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal e, nos conexos com os do Presidente da República, pelos órgãos competentes para o processo e julgamento deste. (arts. 92 e 101 "c", da Const. Fed.; 86, II, do Cód. Proc. Penal; 13, da Lei 1079, de 10 de abril de 1950).

6. Na órbita dos Estados-membros, organizados com observância dos princípios estabelecidos na Constituição Federal, consoante o disposto em seu art. 18, são os Secretários de Estado auxiliares imediatos do Governador, de sua inteira confiança, de sua livre nomeação e demissão, e, também, se pressupõem como peça integrativa do mecanismo do Poder Executivo, à semelhança dos Ministros de Estado, na esfera da União, com atribuições expressas, definidas nas Cartas Políticas Estaduais, sendo, no pertinente à subscrição dos atos complementares das do Governador.

É-lhes aplicável, mutatis mutandis, esta passagem do brilhantíssimo voto do ministro CASTRO NUNES, como relator da REPRESENTAÇÃO nº 94, no S.T.F., relativa a disposições da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, verbis:

“A instituição ministerial existe, pois, por determinação constitucional com assento nos arts. 78, 90 e 91 ( da Cons. Fed.) e já existia ao tempo da Constituição de 1891, quando do assunto me ocupei em artigo sob título “DOS MINISTROS DE ESTADO NO REGIME PRESIDENCIAL” (Arquivo Judiciário, vol. 12, Supl.), consoante a lição já então preponderante de que os ministros ainda que livremente escolhidos e dispensados pelo Presidente, integram o Poder Executivo na sua definição constitucional.” ( apud “CONSTITUIÇÕES SUL-RIOGRANDENSES”, Imprensa Oficial, Porto Alegre, 1963, pg. 363).

De igual forma, adaptável aos Secretários de Estado, no plano regional, dentro do nosso sistema federativo, é a lição de THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, in “TRATADO DE DIREITO ADMINISTRATIVO”, 3ª. Ed., vol. II, ps. 72 e 73, - sic.

“A Constituição Federal, ao fixar as bases da organização do Poder Executivo, cuidou não somente de estabelecer a competência do Presidente da Repu-

blica que é o Chefe do Poder Executivo, mas também de definir as bases constitucionais do quadro das administrações de categoria mais elevada que colaboram diretamente com o Presidente da República e que, por isso mesmo, integram o mesmo Poder, a saber, os Ministros de Estado.”

7. No Estado do Rio Grande do Sul, desde a Carta Política, de 14 de julho de 1891, há assento constitucional à figura dos Secretários de Estado, ao lado do Presidente do Estado e, mais tarde, do Governador.

A Constituição Estadual de 1891, em seu art. 27, estabelece, verbis:

“Exercendo as suas atribuições relativas à manutenção da ordem material, à direção dos serviços públicos que lhe estão confiados e à fiscalização das relações industriais, no que interessam à comunidade riograndense, o Presidente é auxiliado pelos secretários de Estado, que presidirão as respectivas secretarias, assim denominadas: 1ª, do Interior e Exterior; 2ª, da Fazenda; 3ª das Obras Públicas”, cabendo-lhes, também, apresentar relatórios anuais (art. 29).

A Constituição Estadual de 1935, em seu art. 68, pre-

“O Governo do Estado será auxiliado, na administração dos negócios públicos, por Secretários de Estado”, competindo-lhes, além das atribuições que a lei ordinária fixar, a teor do art. 69:

- a) subscrever os atos do Governador;
- b) expedir instruções para a boa execução das leis e regulamentos;

c) apresentar ao Governador o relatório dos serviços de sua Secretária no ano anterior, o qual será distribuído aos membros da Assembléia Legislativa na ocasião da leitura da mensagem;

d) comparecer à Assembléia Legislativa nos casos e para os fins especificados na Constituição;

e) preparar as propostas dos orçamentos das respectivas Secretarias.

A Constituição Estadual, de 1947, em seus arts. 89 e 91, reproduzir os texto transcritos da Constituição do Rio Grande do Sul, de 1935.

8. De outra parte, as Cartas Políticas do Rio Grande do Sul têm descrito o regime de incompatibilidades impedimentos e responsabilidades dos Secretários de Estado, afastando-os, de forma conclusiva, da noção de funcionários”.

Preceituava o art. 28, da Constituição de 14 de julho, que

“Os Secretários de Estado não poderão acumular o exercício de outro emprego ou Função pública, salvo o exercício interino de outra Secretaria de Estado, nem são elegíveis para qualquer cargo”, dispondo o parágrafo único do cogitado artigo que a aceitação do cargo de Secretário de Estado do importa perda da função pública que porventura exerça o aceitante, eletiva ou não”.

Alterando o dispositivo citado, estabeleceu a Constituição Sul-riograndense de 1935, em seu art. 71, que

Os membros as Assembléia Legislativa, nomeados Secretários de Estado, não perdem o mandato, sendo substituídos, enquanto exercerem o cargo, pelos respectivos suplentes.”

Adotou a vigente Constituição, neste particular em seu art. 90, regra geral que remete o exame da matéria, dos impedimentos e incompatibilidades dos Secretários de Estado ao Capítulo pertinente ao Poder Legislativo. Ei-la:

Os Secretários de Estado devem satisfazer as condições de elegibilidade dos membros da Assembléia Legislativa e estão sujeitos às mesmas incompatibilidades e proibições”.

No mesmo sentido, o art. 242, da Constituição Estadual, de 1947.

Quanto ao sistema de responsabilidades dos Secretários de Estado, dispunha a lei Magna, de 14 de julho, em seu art. 30, verbis:

Nos crimes comuns, serão processados, de acordo com as leis penais, perante as justiças ordinárias, em imunidade alguma; nos de responsabilidades, serão processados e julgados pelo Superior Tribunal; nos conexos com os do Presidente do Estado, pelo Tribunal competente para o julgamento deste.”

A carta Política, de 1935, determinava, nesta matéria, nos parágrafos 1º e 2º, do art. 70º, sic:

§ 1º — Nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os Secretários de Estado serão processados e julgados pela Corte de Apelação, e nos crimes de responsabilidade, conexos com os do Governador, pelo mesmo tribunal a que se refere o art. 64.

§ 2º — Os Secretários de Estado são responsáveis pelos atos que subscrevem, ainda que juntamente com o Governador, ou praticarem por ordem deste.”

A Constituição Estadual de 1947 consigna, em seu art. 100, nota de alta significação aos Secretários de Estado, ao condicionar seu processo e julgamento, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, pelo Tribunal de Justiça, a prévio assentimento da Assembléia Legislativa. Imputa-se-lhes, outrossim, responsabilidade pessoal pelos atos que subscrevem ou praticamente, mesmo por ordem do Governador (art. 104).

A Lei Federal nº 1079, de 10 de abril de 1950, dentre outros em seus arts. 74 e 79, parágrafo único, dispõe sobre a situação dos Governadores e dos Secretários de Estado, em matéria de crimes de responsabilidade, na forma da aludida lei. Gozam todos, assim, privilégio de foro especial.

Não há portanto, dentro dos princípios em vigor, como confundir "Secretários de Estado" e "funcionários públicos".

As proibições, de outro lado, que a Constituição Estadual de 1947 prevê, relativamente aos Secretários de Estado, correspondem às atribuídas aos Deputados da Assembléia Legislativa. Inexiste, assim, neste particular, também, qualquer vinculação ao sistema estatutário, próprio da função pública, por parte dos Secretários de Estado. A Constituição Estadual, explicitamente, conferiu-lhes status peculiar, distinto do que promana do Estado dos Funcionários Públicos Civis da União ou do Estado do Rio Grande do Sul (Lei Federal nº 1711, de 28/10/1952, e Lei Estadual nº 1751, de 22/2/1952).

10. Pois bem, as incompatibilidades e proibições, quanto aos membros da Assembléia Legislativa do Estado, estão delimitadas, especificamente, no art. 31, do Pacto Fundamental do Estado, verbis

"Os deputados não poderão:

I – desde a expedição do diploma:

a) celebrar contratos com pessoa jurídica de direito público, inclusive entidade autárquica, e sociedade de economia mista, salvo quando o contrato obedecer a normas uniformes;

b) nem exercer comissão ou emprego remunerado de pessoa jurídica de direito público, inclusive entidade autárquica, sociedade de economia mista e empresa concessionária de serviço público.

II – desde a posse:

a) ser proprietário do diretor de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;

b) ocupar cargo público do qual seja demissível ad nutum;

c) exercer outro mandato legislativo federal, estadual ou municipal;

d) patrocinar causa contra pessoa jurídica de direito público, inclusive entidade autárquica, e sociedade de economia mista."

11. À vista do art. 31, da Constituição Estadual, de 1947, já se vê que as incompatibilidades e proibições estatuídas nesse dispositivo, concernentemente aos membros da Assembléia Legislativa, e, ex-vi do art. 90º, do referente Diploma Fundamental, aos Secretários de Estado, possuem precisa delimitação.

As hipóteses do art. 31, acima transcrito, correspondem, na esfera federal, às regras constantes do art. 48, do Estatuto Supremo da República, que dispõe sobre as incompatibilidades e proibições às quais ficam sujeitos deputados e senadores, estabelecendo, em seus parágrafos, as penalidades decorrentes da infração ao disposto no predito artigo.

Neste particular, anota THEMÍSTOCLES CAVALCANTI *in verbis*:

“O art. 48 trata das limitações ao exercício dos mandatos legislativos e das penalidades aos seus infratores.”

Não obstante as vantagens inerente ao exercício do mandato, deve se considerar, também tal função como um serviço a coletividade e à Nação, sendo juntos que se estabeleçam limitações a atividades extraparlamentar, sempre fecunda em iniciativas de interesse particular, facilmente conquistadas, à sombra do prestígio pessoal que granjeia o detentor de tão eminentes funções. É preciso, portanto, limitar essas iniciativas, evitando que os interesses pessoais comprometam o interesse público, a independência e esforço exigidos dos mandatários da soberania popular.” ( *apud* “A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMENTADA, vol. II, p. 46). Ora, tratando-se, como efetivamente sucede, de restrições, de limitações, provenientes do mandato legislativo, impede serem as mesmas interpretadas, de maneira estrita, tendo-se a enumeração do art. 48, da Constituição Federal, como exaustiva. No sentido, a do art. 31, da Constituição Estadual.

12. Assim sendo, a norma do art. 31, II, a), da Carta Política do Estado, cria aos Deputados Estaduais gaúchos e, por força do art. 90, do mesmo diploma fundamental, aos Secretários de Estado, limitação que há de ser compreendida, de forma precisa. Somente incide a regra vedativa, *in hoc casu*, quando se tratar de propriedade ou

exercício de função de diretor de empresa, “que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público”, ou de desempenho de função remunerada em organização, que possua dito característico.

Do mandamento constitucional em foco se depreende, dessarte, que, em princípio, não há, sub specie juris, óbice, dentro do nosso sistema, para Secretário do Estado poder aceitar ou deter posição de diretor em sociedade comercial ou industrial, inclusive por quotas de responsabilidade limitada. Obstáculo surge, se se defere em prol da empresa à qual se encontre vinculado, qualquer favor, de parte de pessoa jurídica de direito público, decorrente de contrato.

13. Impede, de conseguinte, e ainda, para que se integre a análise do dispositivo constitucional em alusão (art. 31, II, a), seja verificado o conceito da “favor”, o vocábulo esse inserido na regra maior em exame

Sinala THEMÍSTOCLES CAVALCANTI:

“Sentido do texto, porém, está segundo pensamos, em estabelecer situação especial, quando o favor for atribuído, em caráter especial, em virtude de contrato e não como consequência da aplicação de preceito geral de lei, sem discriminação específica para determinada entidade. (op. cit., p.50)

Em outro passo, anota o festejado juristapátrio, ora aludido:

Por “favor” deve-se compreender qualquer vantagem, isenção de direitos, garantia de juros, empréstimos, subvenções. (ap. cit., p.50)

Se na mesma linha, PONTES DE MIRANDA assere:

A expressão "favor", no art. 48, a (da Constituição Federal), deve ser entendida em sentido assaz largo. Subvenção é favor, e garantia de juros é favor. Concessão especial é favor.

O empréstimo pela União é favor, porque constitui ato estranho às funções públicas e, firmado, de ordinário, em crédito, a empresa havia de obtê-lo nos lugares próprios, como no banco, na casa bancária, ou particular capitalista. Favor não é só liberalidade, é o que se faz a um, sem se ser obrigado a fazer a todos. (apud COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DE 1946, 3º ed., 1960, Tomo II, p. 424).

De ter-se presente, porém, é estoura observação de THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, a respeito da norma em apreço:

"A Constituição de 1934 era mais explícita, dizia - privilégio, isenção ou favor. Mais amplo é o texto atual, masque exige a existência de contrato." (op. cit., p. 49)

Não sendo, dessa sorte, os Secretários de Estado funcionários públicos; aplicando-se-lhes regime de proibições, incompatibilidade e responsabilidades específico, com inteira definição constitucional, imperativo se faz concluir que as regras estatutárias da função pública não lhes dizem respeito, nem no concernente aos direitos e vantagens, nem quanto aos deveres, proibições e responsabilidades. Nesse sentido, Revista dos Tribunais, vol. 145/165; 143/198.

Inaplicáveis, pois, aos Secretários de Estado, no Rio Grande do Sul, são os incisos II e VI, do art. 203, da Lei nº 1751, de 22/2/1952 (ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DO ESTADO), que rezam ser proibido ao funcionários:

" II - exercer simultaneamente função de direção ou gerência de empresas - bancárias ou industriais

ou de sociedades comerciais, subvencionadas ou não pelo Governo, salvo - quando se tratar de função de confiança deste, sendo o funcionário considerado como exercendo cargo em comissão;

VI - comerciar ou ter parte em sociedades comerciais, exceto como acionista, quotista ou comandatário, não podendo, em qualquer caso, ter função de direção ou gerência."

Não cabe argüir, outrossim, em favor da incidência das disposições legais citadas, que todas essas modalidades tem fundamentos de ordem moral e funcional, atendendo-se, aí, como salienta THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, in "O FUNCIONÁRIO PÚBLICO E O SEU REGIME JURÍDICO", vol. II, ed. 19558, pág. 218, "principalmente, às incompatibilidades que podem surgir entre a atividade e o exercício da função pública". Não pode dita invocação valer contra as regras expressas da Constituição, segundo as quais é definido um regime - próprio de incompatibilidade, proibições e responsabilidades aos Secretários de Estado, idênticos ao tratado pela Carta Política, para os membros da Assembléia Legislativa. (arts. 90 e 31, as Const. Est.). Essa consignação expressa da Lei Magna do Estado não só robustece o entendimento, que se adotou, no plano doutrinário, quanto à posição dos Secretários de Estado, dentro do nosso sistema, como, peremptoriamente, afasta a incidência de qualquer norma estatutária, concernente a proibições, incompatibilidade e responsabilidades, em relação a esses políticos.

JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA

Consultor Geral do Estado

O Processo sob nº 157/65 da Consultoria Geral do Estado, foi encaminhado ao Senhor Secretário de Estado dos Negócios da Administração pelo ofício Gab. 28/65, de 5 de maio do ano corrente.

Porto Alegre, 18 de maio de 1965

CARLOS EDUARDO KRIEGER

Oficial de Gabinete

## PARECER N° 7

*José Neri da Silveira*

— Inaplicabilidade do art. 332, do Código de Organização Judiciária do Estado (Lei n.º 3119, de 14.2.1957), às viúvas e filhos dos Ministros e Auditores do Tribunal de Contas, Procurador do Estado e Adjunto do Procurador do Estado, junto ao Tribunal de Contas, com base no art. 123, da Constituição do Estado, e à vista das Leis Estaduais n.ºs 2033 de 31.1.1953; 4276, de 30.12.1961 e 4360, de 31.11.1962.

— Somente lei nova poderá estender o benefício do art. 332, do C.O.J., às viúvas e filhos dos Ministros e demais altos funcionários referidos do Tribunal de Contas, tal como sucedeu com o Ministério Público, *ex vi* da Lei n.º 3962, de 27.9.1960.

— Situação das pensões já concedidas segundo exegese diversa do art. 123, da Constituição Estadual.

— Revogação e anulação dos atos administrativos. Limites ao poder de revisão dos próprios atos, de parte da Administração.

— Providências a serem adotadas pelo Poder Executivo.

Por decreto de 24 de setembro de 1959, foi concedida, a partir de 31 de março do mesmo ano, uma **pensão**, com base nos arts. 332 e 429, ambos da Lei n.º 3119, de 14.2.1957, combinados com o art. 1.º da Lei n.º 3.756, de 15 de junho de 1959, à sra. Gilda Marinho, filha do ex-Procurador do Estado, junto ao Tribunal de Contas, bacharel Gonçalo Marinho, falecido a 31.3.1959.

Largo debate, em torno da viabilidade jurídica do pedido, prece-deu à expedição do mencionado ato governamental. Favouravelmente à outorga da pensão, pronunciaram-se os órgãos do Tribu-

nal de Contas, que intervieram no expediente. Na Secretaria do Interior e Justiça, na oportunidade, o Sr. Diretor da D.I.J. levantou dúvidas, quanto à legitimidade do petítório, sugerindo, a final, a audiência da douda Procuradoria Geral do Estado. Através de seu Parecer n.º 73/59, a extinta Consultoria Jurídica, da P.G.E., pela maioria de seus membros, em plenário de consultores, entendeu, contrariamente à concessão do benefício, por falta de amparo legal. Adotando as conclusões dos votos vencidos, entretanto, o Dr. Procurador Geral do Estado à época, emitiu pronunciamento no sentido do deferimento do pleiteado por d. Gilda Marinho, manifestação esta aprovada pelo Senhor Governador do estado, então em exercício. (Apud Proc. n.º 4809/59, do Tribunal de Contas).

2. **Ex vi** de Decreto, de 28 de janeiro de 1963, obteve a suplicante majoração do valor da aludida pensão, em virtude das disposições oriundas da Lei n.º 4308, de 5 de fevereiro de 1962.

3. Através do Ofício n.º 322, de 5 de maio de 1964, dirigido ao Senhor Governador, o ilustre Presidente do Tribunal de Contas do Estado submeteu à elevada consideração do Chefe do Poder Executivo minuta de dois decretos a se baixarem, concedendo majoração de pensão à sra. Gilda Marinho, com vistas às regras insertas nas Leis n.ºs 4472 de 31.12.1962, e 4712, de 3.1.1964, combinadas com os arts. 332 e 429, da Lei n.º 3119, de 14 de fevereiro de 1957, a partir, respectivamente, de 1.º de janeiro de 1963, e de 1.º de janeiro de 1964.

Após assinados os ditos Atos pelo Senhor Governador, foi remetido o expediente à Secretaria do Interior e Justiça, em ordem a serem **referendados** pelo titular dessa Pasta. O eminente Secretário do Interior e Justiça, na ocasião, ao invés de referendar tais Decretos de majoração de pensão, encaminhou longa exposição ao Senhor Governador, **sustentando a necessidade de ser tornado insubsistente o Decreto que, a 24 de setembro de 1959, concedera pensão à sra. Gilda Marinho**, "porque nulo, uma vez que ilegal" (sic). Entende Sua Senhoria "que se trata de um ato de favor praticado pela antiga Administração, à margem da lei e à custa do dinheiro públicos".

Depois de examinar, detidamente, os aspectos jurídicos da questão, sempre, no sentido do nenhum direito da interessada ao benefício, que lhe fora outorgado, sugere o Senhor Secretário do Interior e Justiça a audiência da CONSULTORIA JURÍDICA DO ESTADO, "a fim de que a matéria venha a ser reexaminada, pois a Consultoria uma vez já opinou sobre o assunto e, por maioria, pronunciou-se, contrariamente ao que foi feito, de modo a ser adotada orientação que não represente a prevalência de uma opinião pessoal ou isolada". (sic)

4. Concordando com tal reexame do assunto, o Chefe do Poder Executivo determinou o encaminhamento dos expedientes à P.G.E.. Instalada a Consultoria Geral do Estado, vieram os autos a este Órgão.

É o relatório.

5. O ato administrativo, que concedeu uma pensão à sra. Gilda Marinho, foi fundamentado nos arts. 332 e 429, ambos da Lei 3119, de 14.2.57 (CÓDIGO DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO), combinados com o art. 1.º da Lei n.º 3756, de 15.6.1959.

A sede de toda a questão jurídica, que se abre, **in hoc casu**, reside na compreensão a emprestar-se ao art. 123, da Constituição Estadual, de 1947.

Senão, vejamos:

6. Reza o art. 123, da Carta Política do Estado, verbis:

"Os ministros do Tribunal de Contas serão nomeados pelo Governador, depois de aprovada a esco-

lha pela Assembléia Legislativa, e terão os mesmos direitos, garantias, prerrogativas e vencimentos dos desembargado-res do Tribunal de Justiça”.

(Grifos do signatário).

Repete-se, **mutatis mutandis**, na órbita estadual, a regra do art 76, § 1.º, da Lei Magna da República em vigor, segundo a qual

“Os Ministros do Tribunal de Contas serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, e terão os mesmos direitos, garantias, prerrogativas e vencimentos dos juizes do Tribunal Federal de Recursos”.

(Grifei)

7. Os Tribunais de Contas não constituem órgãos do Poder Judiciário. Muito embora julguem contas, fatos ou atos (art. 77 e §§, da Constituição Federal), não administram eles **justiça**, em sentido próprio, função esta reservada, entre nós, exclusivamente aos órgãos do Poder Judiciário, conumerados no art. 94, da Constituição Federal. (**Apud** MENEGALE, “DIREITO ADMINISTRATIVO E CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO”, 1957, ps. 233/226; RUY CIRNE LIMA, in PARECERES (DIREITO PÚBLICO), Livr. Sulina Editora, 1963, ps. 243/246). Foi o Tribunal de Contas, (que, reclamado desde a Independência e projetado, desde 1840, por Manoel Alves Branco, nasceu pouco depois da proclamação da República, pelo Decreto nº 966/A, de 7.11.1890, graças, sobretudo, à iniciativa de Ruy Barbosa), definido “como corpo de magistratura intermediária entre a Administração e a Legislação”, de sorte que haja “entre o poder que autoriza periodicamente a despesa e o Poder que quotidianamente a executa um mediador independente, auxiliar de um e outro, que comunicando com a Legislação, e intervindo na Administração, seja não só vigia como a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetração das infrações orçamentárias por um

veto oportuno aos atos do Executivo, que direta, próxima ou remotamente, discrepem da linha vigorosa das leis de finanças” . (RUY BARBOSA, in RELATÓRIO DO MINISTRO DA FAZENDA, Rio de Janeiro, 1891, ps. 450 e 453, — **apud** ESTUDOS SOBRE A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, ed Fund. Getúlio Vargas, Rio, 1954, p. 105, trabalho de ALIOMAR BA-LEEIRO, “TRIBUNAL DE CONTAS E CONTROLE DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA”). A natureza não-judiciária das funções do Tri-bunal de Contas, como salienta o prof. RUY CIRNE LIMA, in op. cit., ps. 244/245, está proclamada pelo insigne RUY BARBOSA. in “COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, coligidos e ordenados por Homero Pires, t. IV, São Paulo, 1933, p. 176; t. VI, S. Paulo, 1934, ps. 448 e 457. Como esplendidamente sinala RUY CIRNE LIMA, “não é o Tribunal de Contas, no Brasil, um juízo, no qual Poder Legislativo e Poder Executivo entre si disputam como partes, em termos de direito, acerca dos poderes, ínsitos nas respectivas competências” . (op. cit., p. 244).

No Estado, por igual, não participa o Tribunal de Contas das tarefas judiciárias, estando os órgãos do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul alinhados no art. 105, da Carta Política vigente. O Tribunal de Contas situa-se, ao lado do Ministério Público, **ut** arts. 122 a 137, entre os denominados “ÓRGÃOS DE COOPERAÇÃO DAS ATIVIDADES GOVERNAMENTAIS”.

8. Posto não desfrutem os Tribunais de Contas, no Brasil, a situação de órgãos jurisdicionais, certo é haver a tradição constitucional republicana emprestado a seus membros autêntica **dig-nidade de magistrado**, por suas prerrogativas e garantias. (Const. Fed., de 1891, art. 89; Const. Fed., de 1934, art. 100; Const. de 1937, art. 114; Const. Fed. de 1946, art. 76, § 7º). Exato é que, a rigor, “não são magistrados os, membros do Tribunal de Contas, mas sim — funcionários da mais alta hierarquia e que, para não ficarem sujeitos a influências, gozam da independência reconhecida aos

juizes" (ALCINO PINTO FALCÃO. "NOVAS INSTITUIÇÕES DO DIREITO POLÍTICO BRASILEIRO", ed. 1961, p. 212).

Registrando tal, escreveu J. GUIMARÃES MENEGALE, in op. cit., ps. 225/226. **verbis:**

"Sem embargo, a garantia de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos, se beneficia o **ministro**, não caracteriza o **tribunal**. Com emprestar àquele a dignidade do magistrado, favorece a autoridade de sua função de fiscal da administração pública tornando-o, como convém, sobranceiro às injunções, aos interesses ou à pressão dos agentes mais graduados do poder executivo".

Ao comentar, de outra parte, as **garantias constitucionais** do art 95, da Lei Magna Federal de 1946, — **vitalidade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos** — de que gozam os juizes, com as ressalvas expressas no Estatuto Supremo, — anota PONTES DE MIRANDA que

"A independência do juiz constitui o conteúdo do art 95 (. . . . .) . . . **Tal princípio da independência dos juizes** não somente contém diretiva aos legisladores, mas, também, direito imediato, imperativo dirigido aos juizes. Já o tinha o Brasil, desde a Constituição Política do Império, art. 151".

(Apud "COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DE 1946". 1ª ed., vol. II, ps. 150 e 163).

No mesmo sentido, o art. 106, da Constituição Estadual de 1947.

Dessarte, as **garantias**, de que tratam o art. 76, § 1º, da Constituição Federal de 1946, e o art. 123, da Carta Política do

Estado, são as constitucionalmente definidas, de forma precisa. Colimam assegurar a **independência** dos juizes e ministros dos Tribunais de Contas, no exercício dos cargos respectivos. Conforme escreve PONTES DE MIRANDA, op. cit., ps. 163/164, "as garantias do art. 95 (Const. Fed.) são **direitos constitucionais**, regras diretas e imediatas, e não simples **garantias institucionais**. O Poder Legislativo e os outros poderes não têm faculdade de interpretar e conceituar vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. São conceitos da Constituição". Na mesma linha, ao comentar a gênese do art. 76, da Carta Magna Federal de 1946. JOSE DUARTE ensina que, "pela palavra "garantias" devem-se entender a inamovibilidade a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos". (Apud "A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1946", 2º vol., 1947, pg. 178).

9. Ao lado das "garantias", assegurada têm os ministros dos Tribunais de Contas a mesmidade de "prerrogativas", detidas pelos juizes do Tribunal Federal de Recursos — os do Tribunal de Contas da União, e pelos desembargadores do Tribunal de Justiça — os do Tribunal de Contas do Estado.

Ora, segundo CALDAS AULETE, in "DICIONÁRIO CONTEMPORÂNEO DA LÍNGUA PORTUGUÊSA". editora DELTA, 1938, IV vol., p. 4060, **prerrogativa** implica em "privilégio, direito, poder, re-galia que uma pessoa ou corporação usufrui mais que outras, ou que as distingue de outras que os não possuem". (In verbete "PREROGATIVA"). Nesse sentido, o foro especial em razão da condição das pessoas — é um privilégio de que gozam certos indivíduos ou autoridades. (Ut art. 133, VI, do Cód. de Proc. Civil, e art. 150, do mesmo diploma legal). Também, JOÃO BONUMÁ, "DIREITO PROCESSUAL CIVIL", vol. 1, ed. 1946, p. 352.

Assim, no plano federal, constitui prerrogativa do Ministro do Tribunal de Contas ser julgado, nos crimes comuns e de

responsabilidade, pelo Supremo Tribunal Federal, a teor do art. 101, I, c), da Constituição Federal, tal qual sucede com os juizes do Tribunal Federal de Recursos, na forma do mesmo dispositivo. No Estado, os ministros do Tribunal de Contas hão de ser processados e julgados, originariamente, pelo Tribunal de Justiça (art. 109, I, b), da Const. Est., de 1947), muito embora seja da competência do Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados (art. 101, I, alínea c), da Const. Federal vigente). Tal entendimento é encontrado em PONTES DE MIRANDA, ao referir que “os membros do Tribunal de Contas, se bem que, no direito constitucional de 1946, **não seja esse tribunal órgão do Poder Judiciário**, gozam dos direitos, garantias e prerrogativas dos Juizes do Tribunal Federal dos Recursos, inclusive essa, do art. 101, I, c)”. (Op. cit., p. 198).

Conquanto nesta matéria, não tenha existido preocupação de se enumerarem, **expressamente**, as prerrogativas dos juizes do Tribunal Federal de Recursos, bem como dos ministros do Tribunal de Contas da União, consoante se depreende dos arts. 94/97, 103/105 e 76/77, todos da Constituição Federal, bem como da Lei n.º 830, de 23.9.1949 (que reorganizou o Tribunal de Contas da União) e ainda do exame dos trabalhos da Assembléia Constituinte de 1946 — (apud JOSÉ DUARTE, op. cit., arts. aludidos), — certo é, entretanto, guardarem tanto as prerrogativas, quanto as garantias íntima referência à natureza e qualificação dos cargos e atividades desempenhados. Por proverem e exercerem tais cargos, são reconhecidas e asseguradas a seus titulares essas garantias e prerrogativas, — que não se deferem à generalidade do funcionalismo.

10. Não só. A Lei Federal n.º 830/1949, colimando descrever a compreensão da fórmula “**direitos, garantias, prerrogativas e vencimentos**”, que consta do art. 76, § 1º, da Constituição Federal, concernentemente aos Ministros do Tribunal de Contas da União, dispôs em seu art. 8º, **verbis**:

“Terão os Ministros os seguintes **direitos, garantias, prerrogativas e vencimentos**:

I— Vitaliciedade, não podendo perder o cargo se não por sentença judiciária;

II— Inamovibilidade;

III— Aposentadoria, com vencimentos integrais compulsória, aos 70 anos de idade, ou por invalidez comprovada, e facultativa, após 30 anos de serviço público contados na forma da lei;

IV— Os mesmos **vencimentos** dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos, irredutíveis, embora sujeitos aos impostos gerais”.

De incluir-se, aqui, entre os “direitos”, a que se refere o art. 76, § 1º, da Constituição Federal, é a asseguaração de **férias e licenças**, de que tratam os arts. 14 a 16, bem assim prevê o art. 10, § 6º, todos do diploma federal n.º 830/1949.

11. Como se vê, pelo símile, que impende surpreender, com o art. 76, § 1º, da Carta Política da República, ao art. 123, da Constituição Estadual em vigor vale interpretar, buscando fidelidade, — na exegese da mesma fórmula “**direitos, garantias, prerrogativas e vencimentos**”, que se insere em sua segunda parte, — à compreensão emprestada, no plano federal.

Ora, no que atine a “garantia” e “prerrogativas”, de inteiro, cabem as considerações expendidas nos itens 8 e 9, acima.

No Estado, o vocábulo “**vencimentos**” constante do art. 123, da Constituição Estadual, tem sua precisa determinação, no art. 317, da Lei n.º 3119, de 14 de fevereiro de 1957 (CÓD. DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO), ao estabelecer que

“Os vencimentos dos desembargadores serão fixados em quantia não inferior à que perceberem por

qual-quer título, os secretários de Estado; (...)",

e, no art. 320, do mesmo diploma estadual, **verbis**:

"Os vencimentos são devidos pelo efetivo exercício do cargo, salvo as exceções previstas nesta lei"

Resta examinar, pois, a compreensão do vocábulo "direitos", que principia a fórmula analisada.

12. Como anota GABINO FRAGA, "sendo uma relação jurídica, a relação de serviço implica não só em obrigações como também em direitos, a favor dos funcionários e empregados". (in "DERECHO ADMINISTRATIVO", 6ª ed., México, 1955, pág. 259).

Esplêndidamente, BIELSA escreveu:

"Entendem-se por direitos dos funcionários não as atribuições que estes podem exercer em relação aos administrados, ou seja, os particulares, pois os funcionários, como tais (órgãos da Administração), só podem agir pela **Administração Pública** e para ela, — mas sim **os direitos que podem opor a esta, em virtude dos serviços** que lhe prestam e que são, para a Administração, **obrigações**, no sentido jurídico e legal do conceito" (apud DERECHO ADMINISTRATIVO, 5ª ed., B. Aires, 1956, v. III, p. 131).

No mesmo sentido, GARCIA OVIEDO MARTINEZ USEROS, DERECHO ADMINISTRATIVO, 6ª ed., Madrid, 1957, v. II, p. 89; MÁRIO MASAGÃO, CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 3ª ed. n.º 360, p. 217; J. GUIMARÃES MENEGALE, "DIREITO ADMINISTRATIVO E CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO", 3ª ed., 1957, p. 145; JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, "DIREITO ADMINISTRATIVO DO BRASIL", ed. 1958, v. II, p. 343.

Anota o ilustre prof. RUY CIRNE LIMA, in PRINCÍPIOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 4ª ed., 1964, p. 169 **verbis**:

"Regularmente nomeado, após a posse e entrada no exercício da função, o indivíduo tem adquirido a condição de funcionário público. Passa — costuma dizer-se — a ter direitos e deveres como funcionário público, — fórmula corrente com que se significa que as regras das duas secções do direito objetivo, concernentes aos funcionários públicos, passam a ser-lhes aplicáveis.

Separadamente consideramos os assim chamados **direitos dos funcionários públicos**, isto é, as disposições do direito objetivo, contidas no Estatuto, aptas a se subjetivarem no patrimônio jurídico individual de cada um deles".

De conseguinte, quando, no art. 76, § 1º, da Constituição Federal, ou no art. 123, da Carta Política do Estado, se fala em "**direitos**", importa, de logo, dar-se por cifrada a compreensão do vocábulo aos assim denominados "**direitos de funcionário público**".

13. Pois bem, consoante sinala CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR, "no que concerne a direitos e deveres, **objetivas, legal**, deve ser a situação do funcionário. Situação permanente, que subsiste, enquanto o funcionário esta incorporado ao serviço e enquanto em vigor a lei que o disciplina; porém, situação modificável, a todo tempo, sujeita a todas as transformações sofridas pela lei, em consequência de novas determinações", (in DOS DIREITOS ADQUIRIDOS NA RELAÇÃO DE EMPREGO PÚBLICO, 1955, p. 46). Na mesma linha, registra MENEGALE (op. cit., p. 120): "O funcionário está submetido a um padrão jurídico geral, nem se compreende que a mesma relação produzisse situações diversas. Sob esse padrão é que se têm de reunir em lei as declarações de condições da

atividade funcional, tão importante que se profissionaliza, sob o critério de interesse geral. Essa reunião, esse conjunto orgânico de regras legais, estabelecidas em forma geral, definida e estável, que assegurou ao funcionário seus direitos de carreira, denomina-se “**estatuto do funcionário**”. Aduz o mesmo autor que o **estatuto** deve ter caráter de **obra legislativa**, contendo exclusivamente **condições profissionais**, referentes à função pública. (op. cit., ps. 120 e 121).

Com efeito, a natureza estatutária da função pública é hoje reconhecida predominantemente pela jurisprudência e pela doutrina pátria e estrangeira, que, consideram, neste plano, superada a tese contratualista. (CAIO TÁCITO. Comentário, in RDA 35/54; THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, TRATADO DE DIREITO ADMINISTRATIVO v. IV, 3ª ed., 119/120; RUY CIRNE LIMA, op. cit., ps. 164/167; ANTÃO DE MORAES, PROBLEMAS E NEGÓCIOS JURÍDICOS, 1ª ed., II/163; CARLOS MEDEIROS SILVA, Pareceres do Consultor Geral da República, III/221 e 332, SEABRA FAGUNDES, in RF, 88/221; J. H. MEIRELLES TEIXEIRA, ESTUDOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 1949, I/378; ROLAND, Précis de Droit Administratif, 1ª ed., p. 73; TRATABAS, Manuel de Droit Administratif, 1ª ed., p. 367; WALINE Traité Élémentaire de Droit Administratif, 2ª ed., p. 304; PETROZZIELLO, Il rapporto di pubblico impiego, 1ª ed., p. 122; ZANOBINI, Corso de Diritto Amministrativo, 1ª ed., III/20; BASAVILBASO, Derecho Administrativo, 1ª ed., p. 285; JAMES HART, An Introduction to Administrative Law, 1ª ed., p. 114; MENEGALE, op. cit., p. 119/122; STAINOFF, Le Fonctionnaire, Paris, 1933, p. 69; LABAUDÈRE, Traité, ed. 1953, p. 663; BÜLLRICH, Principios Generales del Derecho Administrativo, 1942, p. 290; VARRAS CONTRERAS, Derecho Administrativo, Santiago, 1948, p. 329; ROGER BONNARD, Précis de Droit Public, Paris, 1946, p. 186; DUGUIT, Manuel de Droit Constitutionnel — Théorie Générale de l'Etat, Organisation Politique, Paris, 1907, p. 439. Assim, o SUPRE-

MO TRIBUNAL FEDERAL, em, dentre muitos outros julgados, RDA, 3/245; 31/171; 33/92; RF, 136/417.

14. Dessa sorte, o Poder Público — federal, estadual ou municipal, estabelece, unilateralmente, em leis (e regulamentos), as condições de exercício das funções públicas, prescreve os direitos e deveres dos funcionários para com a Administração e para com o público, impõe requisitos de eficiência, capacidade, sanidade, moralidade, fixa vencimentos e tudo o mais que julgar conveniente para a investidura no cargo e desempenho de suas funções. Tais preceitos é que constituem o estatuto do funcionalismo público, em sentido amplo. (apud HELY LOPES MEIRELLES, DIREITO MUNICIPAL BRASILEIRO, 1ª ed., v. I, p. 195). Em outro passo, sinala o ilustre magistrado paulista ora referido — **verbis**: “Os **princípios constitucionais** que presidem à organização do funcionalismo público (Const. Fed., arts. 184 a 194) são de duas ordens: uma, que prescreve à Administração regras de eficiência, moralidade e aperfeiçoamento do serviço público; outra, que assegura aos funcionários um mínimo de direitos e vantagens, perante a própria Administração. Tais normas visam a estabelecer o equilíbrio entre o Poder Público e seus servidores, para que a supremacia do Estado não amesquinhe os que o servem, nem esses se armem de prerrogativas prejudiciais ao serviço público. Uma e outras constituem um mínimo a ser atendido pela Administração, quer quanto às exigências do serviço, quer quanto à situação de seus funcionários”. (op. cit., p. 198).

15. Assim sendo, entre nós, “os **direitos** de funcionário público” hão de ser definidos nas denominadas “leis estatutárias” ou em diplomas legislativos a elas referíveis, concernentes às diversas ordens de servidores públicos. Os ESTATUTOS DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS deverão ser elaborados, guardando respeito a postulados básicos inseridos em textos constitucionais. Enumera-os, excelentemente, HELY LOPES MEIRELLES, in op. cit., ps. 198/199. sic:

“São princípios constitucionais de observância obrigatória, por parte da Administração Pública Federal Estadual ou Municipal, os que impõem: a **organização legal** do serviço público e as condições de acesso para todos os brasileiros (art. 184); a **vedação de acumulações de cargos**, com as ressalvas constitucionais (art. 185); a **inspeção de saúde** antes do ingresso (art. 186); a **obrigatoriedade de concurso** para a primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei estabelecer (art. 186); a **vitaliciedade** nos cargos indicados na própria Constituição (art. 187); a **estabilidade** dos efetivos, após o estágio probatório (art. 188, I e II); o **processo judiciário** para a demissão dos vitalícios (art. 189, I); o **processo judiciário** ou **administrativo** para a demissão dos estáveis (art. 189, II); a **disponibilidade** para os vitalícios e os estáveis, quando se der a extinção do cargo e o seu aproveitamento subsequente em outro de natureza e vencimentos compatíveis com o anterior (art. 189, parágrafo único); a **reintegração**, quando a demissão for judicialmente invalidada, e a conseqüente destituição de quem ocupava o cargo, sem direito a indenização (art. 190); a **aposentadoria**, por invalidez, compulsória, aos 70 anos, e facultativa após 35 anos de serviço, com vencimentos integrais ou proporcionais, conforme o caso (art. 191, I e II, e §§ 2º e 3º); a **contagem do tempo de serviço** prestado a qualquer entidade estatal para efeitos de aposentadoria e disponibilidade (art. 192); a **revisão dos proventos da inatividade** (art. 193); e a **responsabilização** dos funcionários causadores de dano, por culpa, à Fazenda Pública (art. 194, parágrafo único)”.

Nessa linha, estabelecia o DECRETO-LEI nº 1713, de 28.10.1939 (ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DA UNIÃO) em seu art. 1º, **verbis**:

“Esta Lei regula as condições de provimento dos cargos públicos, os **direitos e vantagens**, os **deveres**

e **res-ponsabilidades** dos funcionários civis da União e, no que couber, dos da Prefeitura do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios”.

A seu turno, a LEI FEDERAL nº 1711, de 28 de outubro de 1952, que constitui o diploma estatutário **em vigor** dos Funcionários Públicos Civis da União, em seu art. 1º, dispõe:

“Esta Lei institui o regime jurídico dos funcionários civis da União e dos Territórios”.

Em seu TÍTULO III (Arts. 78 a 187), estabelece a Lei nº 1711/52 os “direitos” e as “vantagens” dos funcionários civis da União e Territórios, com resguardo dos princípios da Constituição Federal de 1946, acima enunciados.

**NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, com atenção ao art 18 e seu parágrafo 1º, da Carta Magna da República, de 1946, — firmou, também, a CONSTITUIÇÃO ESTADUAL de 1947, em seus arts. 197/220, as regras básicas, quanto ao regime jurídico de seus servidores. No art. 198, o DIPLOMA FUNDAMENTAL SULRIOGRANDENSE preceituou, **verbis**:

“A **lei** regulará, em sistema estatutário, o provimento e a vacância dos cargos públicos e das funções de extranumerário, **os direitos e as vantagens, o tratamento e o regime disciplinar**, a que ficarão sujeitas as **diversas ordens de servidores civis do Estado**, observados os preceitos, desde já em vigor, estabelecidos nesta Constituição”.

Por sua vez inseriu o constituinte gaúcho de 1947, no art. 18, do ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS, normas, colimando a execução do comando contido no transi-  
tório art. 198. Rezam o art. 18 e seus parágrafos o seguinte:

ART. 18 — Dentro de 30 dias, o Governador do Estado nomeará comissões mistas encarregadas de proceder à elaboração de projetos ou à revisão dos atuais **estatutos** dos funcionários públicos, extranumerários, **magistrados, ministros** e magistério público, ferroviários, serventuários de justiça e empregados de autarquias, em conformidade com o disposto no art. 198, da Constituição. **As novas leis assegurarão o direito a gratificações adicionais por tempo de serviço e, sempre que possível, a redução do prazo de aposentadoria dos membros da magistratura, do magistério primário,** dos funcionários policiais, dos ferroviários e dos que trabalham em serviços insalubres.

§ 1º — Dessas comissões participará sempre um representante do órgão de pessoal do Estado.

§ 2º — Os estatutos consagrarão vantagens especiais aos servidores do Estado, que, por suas funções, trabalhem em serviços insalubres ou, habitualmente, em domingos, feriados e expediente superior a oito horas diárias”.

Em cumprimento a ditas disposições, foram editadas as Leis Estaduais nºs 1751, de 22.2.1952, 1752, de 23.2.1952, e 1753, de 27.2.1952, respectivamente, ESTATUTO DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO CIVIL DO ESTADO, ESTATUTO DOS SERVIDORES DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO e ESTATUTO DA BRIGADA MILITAR, bem como a Lei Estadual nº 2061 (ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FERROVIÁRIOS DO RIO GRANDE DO SUL), a Lei Estadual nº 2338, de 25.1.54 (ESTATUTO DO MAGISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL) e a Lei Estadual nº 3119, de 14.2.1957 (CÓDIGO DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL), que, além de dispor sobre “organização judiciária”, enfeixa o ESTATUTO DA MAGISTRATURA, o ESTATUTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO e o ESTATUTO DOS SERVIDORES DA

JUSTIÇA. Releva observar que, em cada um dos Estatutos aludidos, há, sempre, introdutoriamente, referência a regular ele o provimento e vacância dos cargos públicos correspondentes, os **direitos e vantagens**, os deveres e as responsabilidades dos servidores públicos a que se destina. Idêntica descrição já se verifica no art. 198, da Constituição Estadual de 1947.

Dessa maneira, se é certo que, nos estatutos dos servidores públicos, se encontram compendiados os **direitos de funcionários públicos**, de conformidade com a ordem funcional à que pertenciam, — exato, outrossim, é que, em tais diplomas, também, se disciplinam — não só o provimento e vacância dos cargos, **como as vantagens** (ao lado dos direitos), os deveres e as responsabilidades.

16. Consagram, dessarte, os estatutos de servidores públicos estaduais aludidos, de par com norma expressa da Constituição do Estado e na linha do atual Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União e do anterior Decreto-Lei nº 1713/1939), discrine, de ordem conceitual, entre “direitos” e “vantagens”, atribuíveis aos servidores públicos. Quando, assim, a Carta Política do Estado fala, em seu art. 123, em “direitos”, importa emprestar ao termo sentido preciso, dentro do regime da Constituição Estadual, **ut** art. 198, não sendo, à vista disso, lícito entender-se subsumida, naquele, a palavra “vantagens”. O que, dessa sorte, o art. 123, citado quer assegurar aos ministros do Tribunal de Contas do Estado é a mesmidade de garantias, prerrogativas, vencimentos e direitos dos desembargadores do Tribunal de Justiça. Não se refere a Constituição a **vantagens**. Por via do art. 123 predito, dessarte, não resulta, em favor dos ministros em apreço, as mesmas vantagens, que, legislativamente, se venham a conferir aos desembargadores.

17. De outra parte, conforme assinalado ficou no item 12 deste parecer, a expressão “**direitos** dos funcionários” tem sentido próprio, não se confundindo com certas atribuições ou faculdades que o titular de cargo exerce com relação aos administrados. Em sua acepção

própria, "tais direitos dizem respeito à pessoa do funcionário em razão dos serviços prestados e correspondem a deveres da Administração Pública". (Apud JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR, "op. cit", ps 343 e 344).

Pois bem, anotam PESSOA SOBRINHO e TEIXEIRA DIAS, in PRINCÍPIOS DE ADMINISTRAÇÃO DE PESSOAL, 1949, pág. 203, em consonância com a lição da doutrina, que "os direitos do funcionário que serve ao Estado são aqueles que a lei expressamente reconhece e entre os quais, voltando nossas atenções, de modo especial para o serviço civil brasileiro, podemos enumerar: a) estabilidade; b) salário; c) promoção; d) licença; e) férias; f) abono de faltas, por motivo de casamento ou pelo falecimento de pessoa da família; g) disponibilidade, no caso de extinção do cargo e se gozar da estabilidade; h) aposentadoria; i) petição".

18. A seu turno, a palavra "**vantagens**", em sentido próprio, dentro da técnica estatutária, não se confunde com "direitos". Emprestam-lhe, de regra, os diplomas estatutários conteúdo de caráter pecuniário, significação notadamente pecuniária, como um **plus**, ao lado do **vencimento**. Entre nós, **ad exemplum**, a Lei nº 1753/52 (ESTATUTO DA BRIGADA MILITAR), em seu art. 121, estabelece, de expresso, que "**vantagem é tudo quanto o militar percebe em di-nheiro ou espécie, além dos vencimentos**", enumerando o art. 122 as vantagens de que gozam os militares da Brigada. A Lei nº 1751/52 (ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DO ESTADO), em seus arts. 67 a 69, não só enumera as vantagens atribuíveis aos funcionários, além do vencimento, como qualifica, expressamente, ditas outorgas, como de caráter pecuniário. No mesmo sentido, a Lei nº 2061/1953 (arts. 85 e 86), e a Lei nº 2338/1954 (art. 70), ambas já referidas acima. Também, o ESTATUTO DA MAGISTRATURA (arts. 317 e 321), o ESTATUTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO (arts. 482 e 487), e o ESTATUTO DOS SERVIDORES DA JUSTIÇA (arts. 673 e 682), todos integrantes da Lei nº 3119/1957. No plano federal, o DECRETO-LEI nº 1713/1939 (antigo ESTATU-

TO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DA UNIÃO), em seu art. 103, e a Lei nº 1711, de 28.10.1952 (atual ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DA UNIÃO), em seu art. 118, adotam igual orientação.

De uma forma geral, enumeram-se, como vantagens, que se podem deferir ao funcionário, além do vencimento: a) ajuda de custo; b) diárias; c) auxílio para diferença de caixa; d) abono familiar nos termos da legislação em vigor; e) percentagens; f) gratificações: 1) pelo exercício em determinadas zonas ou locais; 2) para a execução de trabalho de natureza especial, com risco de vida ou saúde; 3) pela elaboração ou execução de trabalho técnico ou científico, solicitado ou aproveitado; 4) pela prestação de serviço extraordinário; 5) de representação quando designado pelo Poder Competente, para fazer parte de órgão legal de deliberação coletiva ou para função de sua confiança; 6) adicional pelo tempo de serviço; 7) de representação de gabinete; e 8) outras que forem previstas em lei; g) honorários, quando designado, para exercer, fora do período normal a que estiver sujeito, as funções de auxiliar ou membro de bancas e comissões de concurso ou prova e professor de cursos legalmente instituídos; h) honorários pela prestação de serviço peculiar à profissão que exercer, e, em função dela, à justiça, desde que não a execute no período normal de trabalho a que estiver sujeito; i) auxílio para diferença de caixa aos funcionários que efetuarem pagamentos ou recebimentos; j) cotas-partes de multas.

19. Ora, o art. 123, da Carta Política do Estado, preceitua que os ministros do Tribunal de Contas terão os mesmos direitos, garantias, prerrogativas e **vencimentos** dos desembargadores do Tribunal de Justiça. Destacando, como fez, o dispositivo constitucional, dentre os denominados "direitos de funcionário", o referente a **vencimentos**, (que, de contrário, — se omisso nesse particular o preceito em foco, — importaria, por igual, entender-se garantida a mesmidade de distribuição, sob tal título), e não acrescentando àquela fórmula a palavra "**vantagens**", cuja acepção especial não era ignorada pelo constituin-

te, tanto que a inseriu no art. 198, força é concluir que, segundo o art. 123 em tela, não possuem os ministros do Tribunal de Contas asseguradas as mesmas **vantagens**, que as leis estatutárias, pertinentes à magistratura, vierem a esta outorgar. Não é possível, dentro do sistema vigente entre nós, confundir “direitos” e “vantagens”, em ordem a subsumir, naqueles, estas. Houvesse o constituinte gaúcho, de 1947, desejado, também, assegurar aos ministros em referência as mesmas **vantagens — ao lado dos mesmos vencimentos**, — dos desembargadores, — certo, no art. 123, teria inserido, por necessária, a palavra “**vantagens**”, — ou, após o termo “vencimentos”, ou depois do vocábulo “direitos”, — tal como procedeu, no art. 198, e consoante é de nossa tradição legislativa, **in hac specie**.

20. De outra parte, não há concluir por implícita a assecuração da mesmidade de “vantagens”, através de exegese extensiva **in hoc casu**.

Os Ministros do Tribunal de Contas, escreve PONTES DE MIRANDA, a despeito da competência prevista, no art. 77, II e III, da Constituição Federal, de 1946, “**não são juizes**”. Todavia, o art. 76, § 1º, equiparou-os aos juizes do Tribunal Federal de Recursos (**verbis**: “os mesmos direitos, garantias, prerrogativas e vencimentos”). (**apud** “QUESTÕES FORENSES”, vol. 3, p. 264). Em virtude disso, como sinala o eminente RUY CIRNE LIMA, “não se estendem, na verdade, por disposição constitucional, aos Ministros do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, as vedações do art. 107, da Constituição Estadual, correspondente ao art. 96, da Constituição Federal (art. 123 da Const. Est.), nem as do art. 31 da Constituição Estadual, correspondente ao art. 48 da Constituição Federal (art. 197, da Const. Fed.; art. 242, Const. Est.) Não estabelece, de outro lado, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas Riograndense incompatibilidades específicas, quanto aos Ministros que nele têm assento (Decreto nº 5975, de 26 de junho de 1935, revigorado pelo Decreto-Lei nº 947, de 24 de outubro de 1945, e alterado pelo Decreto-Lei nº 948, da mesma data)”. (PARECERES — Direito Público — 1963, pág. 161). Em face disso, tem sido entendido, que Ministro do

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul poderá ser, se anuir, posto à disposição do Governo Federal, com vistas ao permissivo do art. 168, III, do ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DO ESTADO (LEI ESTADUAL Nº 1751/52), inclusive para o exercício da “função de direção ou gerência de empresas bancárias ou industriais, ou de sociedades comerciais, subvencionadas ou não pelo Governo”, quando se tratar de função de confiança deste, sendo o funcionário considerado como exercendo cargo em comissão” (art. 203, II, da mesma Lei nº 1751/1952), (**apud** RUY CIRNE LIMA. “PARECERES”, ps. 161/162). Inexistindo as vedações do art. 107, I e III, da Constituição Estadual, em relação aos Ministros do Tribunal de Contas, do Estado, é público e notório que um dos eminentes membros da egrégia Corte de Contas do Rio Grande do Sul, sem perda do cargo, exerce atividade político-partidária e mandato legislativo federal. O mesmo ilustre Ministro, por elevada confiança do Governo Federal, em 1961, foi investido na alta função de Diretor do Banco do Brasil S. A., após ter sido regularmente posto à disposição da União Federal, por ato do Governo do Estado.

Essas observações estão a demonstrar que os Ministros do Tribunal de Contas e os desembargadores do Tribunal de Justiça, no Estado, não possuem regime jurídico-funcional, rigorosamente idêntico. A equiparação estabelecida pelo art. 123, da Carta Política do Estado, impende ser, assim, interpretada, de forma precisa, com atenção à acepção própria dos vocábulos inseridos no predito dispositivo.

20. POIS BEM, a Lei nº 3119/1957, na parte concernente ao ESTATUTO DA MAGISTRATURA, após haver, no art. 317, disposto sobre os “vencimentos” dos desembargadores, estabeleceu, em seu art. 321, **verbis**:

“Constituem **vantagens pecuniárias**:

I— representação e gratificação;

II— ajuda de custo;

III— diária;

- IV— abono familiar;
- V— auxílio funeral;
- VI— **pensão**”

Regulando a vantagem pecuniária da **PENSÃO**, preceituou o art. 332, do mesmo diploma, assim:

“À viúva e filhos do magistrado será assegurada uma pensão igual a um terço dos vencimentos que o mesmo percebia”.

Em seus parágrafos, o art. 332 disciplina a forma de pagamento da pensão, dispondo sobre os benefícios e a cessação da vantagem.

A seu turno, art. 333 do C. O. J., reza:

“À família do juiz, falecido em consequência de acidente do trabalho ou de agressão não provocada no exercício ou em decorrência de suas funções, o Estado assegurará, na forma do artigo anterior, uma pensão equivalente aos vencimentos que o mesmo percebia”.

21. **No plano estadual**, a disposição do art. 333 transcrito encontra precedentes no art. 29, da Lei nº 1752/52, que, entre as vantagens asseguradas aos servidores da Polícia Civil, estatui:

“Aos beneficiários expressos ou herdeiros dos servidores da Polícia Civil mortos em objeto de serviço, são asseguradas as vantagens que o mesmo percebia em vida”,

e, no art. 105, do ESTATUTO DA BRIGADA MILITAR, *verbis*:

“Os militares mortos em campanha ou em ato de serviço policial, ou em consequência de ferimentos ou moléstias decorrentes, ou ainda em consequência de acidentes em qualquer serviço, deixarão a seus herdeiros pensão correspondente aos vencimentos integrais”.

Além disso, a LEI ESTADUAL nº 1751/52 (ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DO ESTADO), no Cap. X, do Tit. II, ao dispor sobre “**OUTRAS VANTAGENS**”, em seu art. 154, preceituou:

“O Estado assegurará, na forma a ser prevista em lei, uma pensão, nunca inferior a 2/3 do vencimento, às pessoas da família do funcionário, morto em consequência de acidente ou agressão não provocada, no exercício de suas atribuições, ou por causa delas, bem como de moléstia profissional”.

A Lei Estadual nº 2936, de 21 de setembro de 1956, fixou, *ex vi* de seu art. 1º, “em dois terços do vencimento do servidor, falecido em consequência de acidente, ou agressão não provocada, no exercício de sua profissão ou por causa dele, bem como em virtude de moléstia profissional, o quantitativo de pensão prevista no artigo 154 da Lei nº 1751, de 22 de fevereiro de 1952”.

A seu turno, a Lei nº 2061, de 13 de abril de 1953 (ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FERROVIÁRIOS DO RIO GRANDE DO SUL), estabeleceu, em seu art. 174, como “vantagem” que,

“em caso de morte por acidente do trabalho, não motivado por dolo ou culpa, fica assegurada à família do servidor uma pensão vitalícia correspondente a dois terços dos subsídios percebidos, em atividade, pelo servidor”.

No mesmo sentido, o art. 95, da Lei nº 2338/54 (ESTATUTO DO MAGISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL).

Por último, a Lei nº 4937, de 22 de fevereiro de 1965, no parágrafo único de seu art. 47, dispôs:

“Em caso de morte, a pensão a que alude o art. 154 do Estatuto corresponderá ao total das vantagens percebidas pelo servidor”.

**Na órbita da União Federal**, a Lei nº 1711/52 (ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DA UNIÃO), em seu art. 242, situado nas DISPOSIÇÕES GERAIS, reza, **verbis**:

“É assegurada pensão, na base do vencimento ou remuneração do servidor, à família do mesmo, quando o falecimento se verificar em consequência de acidente no desempenho de suas funções”.

O DECRETO FEDERAL nº 36.899, de 11.2.55, que regulamentou o art. 242 citado, equiparou a acidente “a agressão sofrida e não provocada pelo funcionário, no exercício de suas atribuições (art. 1º, § 1º). Comentando o dispositivo, PAULO POPPE DE FIGUEIREDO, in ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DA UNIÃO (1ª parte), 1953, pg. 234, anota: “O artigo não tem correspondente no antigo ESTATUTO (DECRETO-LEI nº 1713/1939). Trata da concessão de pensão à família do funcionário falecido em consequência de acidente no exercício de suas funções. No regime anterior, havia sempre a necessidade de lei especial para que essa pensão fosse concedida. Agora, vem a norma geral”.

Por conseguinte, a regra constante do art. 333, do CÓDIGO DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO, tanto na órbita federal, quanto na estadual, encontra normas — coincidentes ou similares — no pertinente à matéria nele regulada. Observa-se, porém, que há

um constante tratamento — da espécie — como **VANTAGEM**, em **sentido próprio**, consoante a técnica estatutária.

22. Idêntico não é, porém, entre nossas leis estatutárias, o acolhimento de disposições do teor do art. 332, da Lei nº 3119/57, onde se consagra **regime especial de pensão às viúvas e filhos dos magistrados**.

Nesse sentido, registra o Parecer nº 3721, de 20 de junho de 1958, do extinto D. S. P., a postulação, que suscitou, de parte do funcionalismo estadual, a **norma legis** em foco. Vinculados ao regime próprio de previdência social estadual, através do Instituto de Previdência do Estado, os funcionários em causa, por morte, tem assegurada à sua família pensão sobremaneira modesta. Esse é, entretanto, o sistema ordinário na órbita estadual. Consoante no referido pronunciamento sinalou o então Conselho Deliberativo do D. S. P. — hoje, Conselho do Serviço Público, — “é inegável, é público e as estatísticas comprovam que as pensões pagas pelo Instituto de Previdência do Estado não atendem mais as necessidades mínimas de existência dos beneficiários de servidores falecidos”.

A vantagem consignada no art. 332, do C. O. J., é atribuída, pois, de forma estrita, **apenas** às famílias dos **magistrados**, assim definidos no art. 259, da Lei nº 3119/1957, **verbis**:

“São **magistrados**:

- a) os desembargadores;
- b) os juizes de direito;
- c) os juizes municipais vitalícios”.

Por entender-se, de logo, **vantagem** conferida, exclusivamente às viúvas e filhos dos magistrados, ficaram afastados da incidência do art. 332 predito, inclusive, as famílias dos agentes do Ministério Público, muito embora o respectivo Estatuto estivesse descrito, no mesmo diploma nº 3119

(arts. 434 a 602). Em virtude disso, sobreveio a Lei nº 3962, de 27 de setembro de 1960, que estendeu a outorga do art. 332, do Código de Organização Judiciária do Estado, ao plano do Ministério Público.

Constituindo, dessarte, o regime de pensões disciplinado no art. 332, do C.O.J., situação especial, no Estado, sendo bem diverso o sistema ordinário deferido pela legislação estadual às famílias de seus demais servidores, força é entender-se que impende emprestar à regra **legis** em foco exegese estrita. Não será possível aplicá-la, por analogia, a outras categorias funcionais, não expressamente incluídas na órbita de sua incidência.

23. De todo o exposto, bem de ver-se é a inaplicabilidade aos ministros do Tribunal de Contas do Estado e às respectivas famílias do benefício especial de pensões previsto no art. 332, da Lei nº 3119/57. Consistindo a asseguração do art. 332 aludido modalidade estatutária de vantagem e não de direito, concedida aos **magistrados**, não poderá ter-se por enquadrada na acepção própria do vocábulo “**direitos**”, de que cogita o art. 123, da Carta Política, de 1947, con-forme restou examinado acima.

24. Não se alteraria a conclusão supra deduzida, na hipótese de, também, ser a matéria visualizada, sob perspectiva mais larga, no plano jurídico.

Se se pretender conferir à palavra “**direitos**”, posta no art. 123, da Constituição do Estado, sentido não preciso, em conformidade com as leis da função pública, mas, apenas, a significação ordinária corrente na Teoria Geral do Direito, — ainda, aí, não será possível compreender na esfera do art. 332, da Lei n.º 3119/57, as famílias dos Ministros do Tribunal de Contas.

25. Com efeito, o art. 123, da Constituição de 1947, preceitua que os **ministros** do Tribunal de Contas **terão os mesmos direitos**, garantias, prerrogativas e vencimentos **dos desembargadores** do Tribunal de Justiça. Não garante, assim, a Constituição às famílias (às viúvas e filhos) **dos ministros** da Corte de Contas os **mesmos** benefícios ou **direitos**, que porventura venham a ter as famílias (viúvas e filhos) dos desembargadores do Tribunal de Justiça. As outorgas do art. 123 respeitam aos ministros, em virtude de sua intitulação e da inequívoca conveniência de ser o exercício de suas relevantíssimas funções, assim, resguardado. Essas assegurações constitucionais, como anota J. G. MENEGALE (op. cit., ps. 225/226), “favorecem a autoridade de sua função de fiscal da administração pública, tomando-se, como convém, sobranceiros às injunções, aos interesses ou à pressão dos agentes mais graduados do poder executivo”.

Não há, dessa sorte, como confundir regime jurídico próprio dos titulares de cargo de Ministro da Corte de Contas do Estado com o sistema de natureza previdenciária, que as leis consignam para a viúva e filhos dos **magistrados** ou dos ministros em aprêço.

26. Contemporaneamente, entre nós, tem-se como indubitosa a obrigação de o Estado prestar assistência, quer aos seus servidores, já às famílias destes (Lei n.º 1751, de 22.2.52, arts. 195 e 196; Estatuto dos Funcionários Públicos da União, arts. 160 a 163).

Quanto às famílias dos funcionários, por morte destes, assegurada é uma **pensão**, cuja avaliação se processará sobre base atuarial, sujeita a normas legais, de caráter geral. Conforme observa JOSE' MATTOS DE VASCONCELLOS, “a idéia mater que presidiu o Instituto das pensões foi, por certo, amparar a família do servidor do Estado, de um momento para outro privada do seu chefe, do seu esteio e principal responsável, de modo a minorar e resolver, até certo ponto, as privações materiais, que semelhante falta, fatalmente, vem acarretar”.

(in "DIREITO ADMINISTRATIVO" vol. II, p. 547). Como bem acentuou o Conselho do Serviço Público, "o objetivo de um plano de pensões consiste em assegurar recursos financeiros adequados às famílias dos contribuintes desse plano, após a sua morte". (**apud** PARECER n.º 3721 citado).

27. Dessa maneira, o benefício da pensão reveste-se de natureza alimentar e se destina a proteger a família do servidor falecido, quer se encontre este na atividade, ou na inatividade.

28. Pressuposto do direito à percepção de **pensão** é, pois, também, o óbito do funcionário. Por morte do servidor, surgirá, em favor de seus beneficiários, **jus** ao gozo dessa vantagem.

Assim, conquanto o benefício advindo à família, **in hoc casu**, deva guardar referibilidade ao **status** precedente de servidor, que haja detido o extinto, força é entender, a rigor jurídico, que o sujeito de direito, na espécie, não é, nem poderia ser o funcionário, (que, pelo fato da morte, não mais possuiria personalidade jurídica, **ut** art. 10, do Código Civil), mas, sim, a família do falecido, na forma prevista em lei.

29. Com efeito, a personalidade jurídica tem o seu posto na ciência jurídica, como a condição prévia de todos os direitos e deveres, na frase de ENNECCERUS, como fonte e pressuposto de todos os direitos subjetivos, na expressão de DE RUGGIERO. E' a aptidão para ter direitos e obrigações- (**apud** EDUARDO ESPÍNOLA e EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, "TRATADO DE DIREITO CIVIL BRASILEIRO", vol. X, ed. 1941, ps. 287 e 288). Pressuposto da personalidade da pessoa física é a sua existência, à qual põe termo a morte.

Inobstante a morte do sujeito não tenha a consequência de extinguir todos os direitos subjetivos, de que era detentor, (mas, apenas, na lição de ESPÍNOLA, os que, "de tal modo se relacionam com a

própria pessoa do titular, que não podem ter existência senão enquanto se mantém a relação com essa mesma pessoa — direitos personalíssimos e direitos pessoais em geral, — ou que determinação de leis tornou inerentes, de modo exclusivo, a essa pessoa — direitos patrimoniais intransmissíveis, como o usufruto". — **in op. cit.**, p. 614) — conduz ela, entretanto, à cessação da universal titularidade sobre todos eles, bem assim à inviabilidade de adquirir o falecido qualquer outro direito, visto não mais existir.

Nesse sentido, observa ANDREAS VON TUHR, que, "con la muerte, además de la existencia física del hombre, termina la jurídica. De sus relaciones jurídicas (derechos y deberes), algunas se extinguen, pero la mayor parte se transfiere a otra persona, esto es, al heredero. Como la capacidad jurídica termina con la muerte, el fallecido non puede adquirir derechos; se ei sujeto sobre el qual debía recaer un derecho, no vive en el momento en que la adquisición debería producirse, el derecho no lo adquire el, sino su herencia, es decir su heredero, siempre que la expectativa de que se trata sea transmisible". (**apud** DERECHO CIVIL, — TEORIA GENERAL DEL DERECHO CIVIL ALEMAN - volumen 12, Editorial DEPALMA Buenos Aires, 1946, pág. 19). Também, em PLANIOL Y RIPERT. "DERECHO CIVIL FRANCES", Tomo Primeiro, ed. 1927, p. 8; ETCHEVERRY BONEO, "CURSO DE DERECHO CIVIL", Tomo 2, Buenos Aires 86/87.

30. Na hipótese do direito à pensão, assegurado à família do servidor falecido, não cabe, a evidência, entender que a viúva e filhos se intitulam ao benefício, por via de **jus hereditatis**, ou por efeito de **estipulação contratual**. O direito à pensão, segundo o nosso sistema, é de natureza previdenciária, de disciplina objetiva, de assento legal. É forma de assistência, de proteção à família do funcionário, após a sua morte. De regra, os beneficiários são aquelas pessoas a quem ele devia alimentar e a cuja manutenção provia. Como observa THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, "isto se impõe por um dever de justi-

ça social, porque o assalariado ganha, apenas, para prover à sua subsistência diária. O que percebe não chega para constituir pecúlio, ou capital, cujo rendimento baste para a manutenção da família". (in TRATADO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, vol. III, ed. 1942, p. 355). De outro lado, o servidor, embora contribua para a futura ou-torga desse benefício à família, durante o exercício da função pública, ou após a inatividade, a vatagem à família será fixada, de acordo com as normas legais, que regulem ou vierem a dispor sobre a matéria. Nesse sentido, observa THEMÍSTOCLES CAVALCANTI que "nenhuma relação existe entre a contribuição do funcionário e a pensão. Aquela não importa em estabelecer uma dívida para o Estado".

A pensão, segundo anota D'ALESSIO citado por THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, "**constitui direito autônomo distinto do estipêndio**" (op. cit., p. 356). À lei está, portanto, reservado regular o regime das pensões. O Poder Público, no plano legislativo, agirá, neste particular, sem restrições oriundas de direitos adquiridos a formas ou valores de pensões. As vantagens asseguradas às famílias dos funcionários, após a morte destes, são previstas no regime respectivo, que se há de estabelecer, é certo, de maneira a serem atendidas as necessidades vitais desses beneficiários. Além disso, direito pessoal e intransferível, salvo regra **legis** disciplinando diferentemente.

31. Não se poderia, dessa maneira, entender que o direito à pensão seria transmitido à família do funcionário, **causa mortis**, como se constituísse um bem já integrado no patrimônio do **de cujus** e, por sua morte, transferido a seus herdeiros. Esplendidamente, registram PLANIOL Y RIPERT (op. cit., p. 8) que "no puede reconocerse que, después de la muerte, se adquirieran derechos que correspondan a los herederos. Tanto es así que en caso de accidente mortal, los parientes ejercitan la acción de reparación en su propio nombre, no como herederos, justificando el perjuicio que han sufrido".

Nem se poderia concluir, de outra parte, que o direito à pensão, a que fazem jus, segundo o regime atual os beneficiários do servidor falecido, seja incorporado ao patrimônio, deste no próprio momento da morte, transmitindo-se, assim, à família, a título de **hereditas**. A construção proposta, no plano do direito privado, por ANDREAS VON TUHR (op. cit., p. 19), na hipótese do seguro de vida, não estabelecido em favor de terceiros, é, de inteiro, inadmissível, em termos de direito público, qual, aqui, sucede. Sendo pressuposto à aquisição do direito à pensão, consoante o sistema entre nós em vigor, **o fato da morte do servidor estadual**, não seria possível compreender-se, face ao art. 10 do Código Civil Brasileiro, que o funcionário adquirisse tal direito, **por si, no mesmo momento em que estivesse morrendo**, de tal maneira a legá-lo à sua família. Em verdade, ainda quando está a morrer, o homem tem vida, é pessoa. AVERANUS afirmou, categoricamente: "**momentum illud, quo, morimur, vitae tribuendum esse, non morti . . .**" (apud ESPÍNOLA, op. cit., p. 610). De conseguinte, como predica ESPÍNOLA, "não nos parece seja possível pretender que, enquanto ainda não faleceu, possa a pessoa perder a personalidade . . ." (op. cit., p. 611). Portanto, não seria compreensível pudesse o próprio servidor adquirir tal direito, ao limiar da morte, em momento em que se há, ainda, de tê-lo como existindo. De conseguinte, se não chegou a adquirir o direito, não cabe falar em transferi-lo, porque "nemo plus juris transferre potest quam ipse habet".

32. Decorre do acima exposto não ser cabível, no plano da Teoria Geral do Direito, entender a pensão, assegurada à viúva e filhos do servidor falecido, seja adquirida por seus beneficiários, **por via de sucessão**. Trata-se, ao contrário, de direito originariamente adquirido pela família do funcionário extinto.

De outra parte, ficou detidamente examinado neste parecer que, visualizada a significação do vocábulo "direitos", constante do art. 123, da Carta Política de 1947, em seu sentido próprio, segundo a noção estatutária, impende considerar que, em sua compreensão, não

se situam as **vantagens. Direitos do funcionário e vantagens do funcionário** são expressões com conteúdos distintos.

Resulta, assim, que, não constituindo a **pensão direito pessoal** dos Ministros do Tribunal de Contas do Estado, quer se verifique o problema, numa perspectiva estritamente estatutária, quer em sua acepção categorial genérica, força é concluir-se pela não aplicabilidade do dispositivo constitucional do art. 123, da Lei Magna do Estado, em ordem a estender a vantagem da pensão de um terço dos vencimentos ou proventos, que percebam, às viúvas e filhos dos ministros em foco, com base no art. 332 do Código de Organização Judiciária, que, **expressamente**, consigna dita outorga, de forma in-sofismável, em favor das viúvas e filhos **dos magistrados**, observado o disposto no § 1º do artigo em apreço.

33. Ora, estabeleceu a Lei nº 2.033, de 31 de janeiro de 1953, em seu artigo 1º, que “ao Procurador do Estado, junto ao Tribunal de Contas assistem vantagens, direitos e garantias iguais às que competem ou venham a ser outorgadas, por qualquer título e em qualquer tempo, aos Ministros do mesmo Tribunal”. A seu turno, a Lei nº 4.276, de 30 de dezembro de 1961, ex vi do art. 2º, assegurou ao Adjunto do Procurador do Estado, junto ao Tribunal de Contas “os mesmos direitos, garantias e vantagens atribuídas ao Procurador do Estado, junto ao Tribunal de Contas”, salvo os vencimentos que ficaram equiparados aos estípidios dos demais Procuradores do Estado, **ut** art. 1º, do mesmo diploma. Por último, a Lei nº 4.360, de 21 de novembro de 1962, fez extensivas aos Auditores do Tribunal de Contas do Estado as disposições da Lei nº 4.276, de 30 de dezembro de 1961.

Dessa sorte, não sendo aplicável às viúvas e filhos dos Ministros do Tribunal de Contas a vantagem assegurada pelo art. 332, do Código de Organização Judiciária, às viúvas e filhos dos magistrados, deflui, meridianamente, não caber, por igual, o benefício estabeleci-

do na regra legis em foco às viúvas e filhos do Procurador do Estado junto à Corte de Contas do Estado, do Adjunto do Procurador do Estado e dos Auditores desse egrégio Tribunal. O regime legal de direitos, vantagens e garantias acima descrito, que os ampara, é definido, vinculadamente aos Ministros em apreço.

Salvo disposição legal expressa em contrário, força é concluir, neste plano, que não poderá ser deferível a estes o que denegado se faz aos Ministros.

34. De todo o exposto, a sra. Gilda Marinho, na condição de filha de ex-Procurador do Estado, junto ao Tribunal de Contas, falecido a 31 de março de 1959, não poderia ter sido beneficiada pelo art. 332, do Código de Organização Judiciária. O dispositivo, **datavenia**, não é aplicável às viúvas e filhos dos Ministros, Auditores e Procuradores do Estado junto ao Tribunal de Contas.

35. Sucede, porém, que, muito embora, à época do pedido da referida sra. Gilda Marinho, houvesse, já, por maioria de votos, em plenário de consultores, a então Consultoria Jurídica do Estado opinado, desfavoravelmente à pretensão da peticionária, o pronunciamento oficial da douta Procuradoria Geral, foi pela outorga da vantagem pleiteada, entendendo o seu titular, na oportunidade, que “a faculdade de transmitir à família determinada pensão ou certo pecúlio evidentemente é um dos **direitos**, presumidamente abrangidos pela Constituição e pela lei ordinária. É direito de previdência social relativamente aos sucessores do titular originário, e implica certamente, numa garantia de classe ou de grupo que o legislador intencionalmente distinguiu com este benefício. É precisamente uma garantia que o legislador conferiu ao titular do grupo, mas visando à família deste e a esta cabe o uso do direito na forma e condições da lei. É, portanto, indubitoso o direito da peticionária à pensão que pleiteia, merecendo acolhida o parecer da minoria, desde que comprove a interessada não incorrer na exclusão prevista no art. 332, § 2º, letra c), do Cód. Org. Jud. do Estado”.

Com base nesse entendimento do Sr. Procurador Geral do Estado, na ocasião, bel. Floriano Maya D'Avila, deferiu o Governador do Estado, por despacho de 3 de setembro de 1959, o petição da interessada. Firmou-se, então, orientação administrativa no sentido de, em princípio, estender-se às viúvas e filhos dos Ministros, Auditores, Procurador do Estado e Adjunto do Procurador do Estado, no Tribunal de Contas, a pensão especial que o art. 332, do Código de Organização Judiciária, assegura, especificamente, às viúvas e filhos dos magistrados, e que a Lei nº 3.962, de 27.9.1960, mandou outorgar, também, às viúvas e filhos dos agentes do Ministério Público.

36. Ora, consoante ficou, largamente, examinado neste parecer, **em termos jurídicos**, não havia, **permissa venia**, como acolher-se a solução emprestada ao pedido da sra. Gilda Marinho. A regra do art. 332, da Lei nº 3.119/1957, não é aplicável, na órbita do Tribunal de Contas, relativamente às famílias dos Ministros e demais altos funcionários daquela egrégia Corte, acima aludidos. **Somente, através de provisão legislativa, tal como sucedeu com o Ministério Público**, seria possível estender o benefício do art. 332 do C. O. J., na forma nele prevista, à esfera do pessoal do Tribunal de Contas.

37. Entendo, entretanto, que não deve a Administração, pura e simplesmente, anular os atos concessivos da pensão em foco, expedidos em favor da sra. Gilda Marinho e de outros beneficiários que, com base nessa orientação, quanto ao Tribunal de Contas, estejam, eventualmente, usufruindo os benefícios do art. 332, do C.O.J.

O acolhimento ao presente parecer, implicará, é certo, em não mais conceder a Administração a vantagem do art. 332, da Lei nº 3.119/57, a viúvas e filhos dos Ministros, Auditores, Procuradores do Estado e Adjuntos do Procuradores do Estado, no Tribunal de Contas, **salvo se lei nova vier estender-lhes dita outorga.**

Os que, na esteira da solução dada ao pedido da sra. Gilda Marinho, em 1959, estiverem percebendo a pensão especial do art. 332. do C. O. J., deverão, apenas, ter revogado o ato, que lhes garantiu essa vantagem, na hipótese de se encontrarem em uma das situações consignadas no parágrafo 2º, do art. 332, **sub judice.**

Senão, vejamos.

38. Entre nós, consoante ensina AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO, "o ato administrativo pode extinguir-se ou ser eliminado de dois modos diferentes: ou pela **revogação**, ou pela **anulação**. Consiste a revogação na eliminação total ou parcial de um ato administrativo, por consideração de **mérito**, (conveniência, utilidade, oportunidade, justiça etc) . Consiste a anulação na eliminação do ato administrativo, por considerações **relacionadas com a sua legalidade**". (apud INTRODUÇÃO AO DIREITO ADMINISTRATIVO, p. 75) . Em outro passo, observa o referido autor que "a revogação pode ser praticada: ou em consequência de um defeito originário na valoração do mérito do ato; ou em consequência de uma diversa apreciação dos mesmos fatos; ou em consequência do surgimento de um fato novo super-veniente" (op. cit., p. 81) . "Desde que a Administração reconheça que praticou um ato contrário ao direito vigente, cumpre-lhe anulá-lo o quanto antes, para restabelecer a legalidade administrativa. Se o não fizer, poderá o interessado pedir ao judiciário que verifique a ilegitimidade do ato e declare a sua invalidade, através da anulação" (apud REVISTA DOS TRIBUNAIS, vol. 327, p. 702).

É pacífico, na doutrina e na jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que os atos administrativos podem ser anulados pela própria autoridade que os expediu ou de maior graduação, quando contrários à lei, ou sem base nela, ou, ainda, eivados de qualquer vício insanável. PEDRO LESSA, em acórdão do Pretório Excelso, proclamou:

“Não há disposição de lei nem princípio de direito que vede à administração a reforma ou cassação de seus atos ilegais, visto como de atos ilegais nenhum direito pode emanar para as pessoas em benefício das quais foi realizado o ato ilegal”. (Acórdão n.º 2.359, de 7.12.1918, in D. O. de 5.6.1919, p. 1.654)

Nesse mesmo sentido, também, SEABRA FAGUNDES, in “O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO”, 3ª. ed., 1957, ps. 60/96, e “REVOGAÇÃO E ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO”, in REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, vols. 2, p. 487, e 39, p. 16; voto do Ministro OROZIMBO NONATO, no julgamento da apel. civ. n.º 7.704, a 19.1.1943, in REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, vol. 1, p. 174; CARLOS MEDEIROS SILVA, in PARECER n.º 37-T, in D. O. de 30.8.1951, p. 12.934; *idem* REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, vol. 26, p. 292/302, e vol. 27/365; HELY LOPES MEIRELLES, in DIREITO MUNICIPAL BRASILEIRO, vol. I, p. 482; MÁRIO MASAGÃO, in CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, ns. 313 e 314, p. 177; J. G. MENEGALE, in REPERTÓRIO ENCICLOPÉDICO DO DIREITO BRASILEIRO (CARVALHO SANTOS), vol. 4, p. 407.

39. De e compreender-se é, dessarte, que o ato administrativo contrário à lei ou praticado sem base em lei, quando, por sua natureza, a ela, deveria estar vinculado, é, em princípio, suscetível de anulação pela própria autoridade administrativa, pois dele nenhum direito pode ter nascido.

É que “a Administração pública, no Estado de direito, é uma atividade essencialmente jurídica”, e “aos agentes do Poder Executivo cabe, hoje, assumir posição dinâmica a fim de cumprir os mandamentos legais”. (apud CARLOS MEDEIROS SILVA, in REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, vol. 24/358). Conforme tive oportunidade de salientar em meu discurso de posse no cargo de Consultor-Geral do Estado, “nesta quadra da evolução política e jurídica do mundo oc-

dental, integrou-se, definitivamente, a Administração num processo, com inequívocas características de irreversibilidade, segundo o qual a autoridade executiva se submete ao império da legalidade. Uma autêntica vocação de respeito às instituições legislativas parece se ter inserido nos próprios fluxos de atividades do Poder Público, a ponto de tender este, espontaneamente, a fórmulas, expressas ou larvadas, de autolimitação” (in “CORREIO DO POVO” edição de 20.3.1965). O princípio da legalidade há de inspirar a ação administrativa. Nesse sentido, JEAN BOULOIS, in LE DROIT FRANÇAIS. ed. 1960, Tome II, p. 377; CH. EISENMANN, “O DIREITO ADMINISTRATIVO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE” trad. de “Études et Document, Conseil d’État, fasc. n.º 11”, in RE-VISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, vol. 56, ps. 47/70; MICHEL VIRALLY, “LA PENSÉE JURIDIQUE”, 1960, p. 146; M. WALINE. “LE RÉTRAIT DES ACTES ADMINISTRATIVES”, in L’ÉVOLUTION DU DROIT PUBLIC, Sirey, 1958, p. 564.

Dessa sorte, impende acolher-se que é facultado à Administração Pública anular os seus próprios atos, quando praticados com infração da lei, pois só na hipótese de ter sido esta obedecida é que deles poderia nascer um direito público subjetivo (Ac. do Supremo Tribunal Federal, de 6.4.1953, in Revista de Direito Administrativo, vol. 48, ps. 130/132). Pode a Administração anular o próprio Ato nascido sob o signo da ilegalidade (Ac. do S.T.F., de 15.6.1953, in Rev. de Dir. Administrativo, vol. 48, ps 259/264). Não há direito adquirido contra a lei. (Ac. do S.T.F., em 11.6.1952, in Revista de Direito Administrativo, vol. 38, ps. 259/260). O Ministro OROZIMBO NONATO, em um dos votos proferidos sobre a matéria, asse-verou: “Se a Administração reconhece que perpetrou erro evidente, de fato e de direito, pode anular o ato”. (Rec. Extr. n 20.462, in Revista de Direito Administrativo, vol. 39, p. 226). Como decidiu a colenda, 1ª Câmara Cível, do Tribunal de Alçada de São Paulo, em acórdão unânime, de 12.10.1959, “se um ato administrativo é praticado sem a subsistência de pressuposto legal indispensável, a falta deste pressuposto acarreta a ilegitimidade do ato. Faltar-lhe-á, em tal caso, a subsistência do interesse público suficiente para

legitimar-lhe a emanção. Assim, o erro de direito, por falsa interpretação da norma legal, constitui um caso de violação da lei. (Vd. ALESSI, DIRITTO AMMINISTRATIVO, p. 289, nº 1), que vicia o ato, permitindo que a Administração o anule, no exercício legítimo da autotutela” (in Revista de Direito Administrativo, vol. 62 p. 107). No mesmo sentido, observa TITO PRATES DA FONSECA, citando SANTI ROMANO, que “violiar a lei não consiste tão somente em ir de encontro aos seus preceitos, mas em interpretá-la ou aplicá-la mal ao caso concreto. Resulta em violação da lei a sua aplicação inexata, pelo mau acertamento dos elementos do caso, embora a interpretação tenha sido retamente feita”. (apud DIREITO ADMINISTRATIVO — ed. 1939, p. 387).

40. O princípio da revisão do ato administrativo, pela própria Administração, **encontra, entretanto, limite no direito adquirido, de terceiro.** Como decidiu o egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (in acórdão inserido no vol. 3º, da REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA DO S.T.F., p. 651), “desde que do ato administrativo nasceu um direito subjetivo, não pode ser revogado o mesmo, salvo se o ato não obedeceu à lei”. Nesta última hipótese, o cabimento do reexame afirma-se, porque ninguém pode adquirir direito contra a lei. Asseverou, nessa linha, o colendo CONSELHO DO SERVIÇO PÚBLICO que “a declaração de insubsistência de um ato administrativo, a determinação de torná-lo sem efeito, implica na sua anulação e esta só pode decorrer de um vício de fundo ou de forma ou, ainda, da incompetência da autoridade, que o praticou”. Mas, “desde que o ato praticado produziu conseqüências jurídicas criou situações novas legítimas, é evidente que a autoridade administrativa fica adstrita ao respeito àquele direito adquirido, em virtude do mesmo”, não lhe sendo lícito torná-lo sem efeito (apud PARECER nº 4.065, de 18.3.1960). O citado HELY LOPES MEIRELLES pondera “que, em princípio, todo ato administrativo é revogável, mas motivos óbvios da necessidade da estabilidade das relações jurídicas e de respeito aos direitos subjetivos dos particulares atingidos pe-

las atividades do Poder Público, impõem certos limites e restrições a essa faculdade da Administração”. (apud DIR. MUN. BRAS., I vol. p. 480). Em outro passo, prossegue o eminente magistrado paulista: “Atos existem que se tornam irrevogáveis, desde a sua origem, ou adquirem esse caráter por circunstâncias supervenientes à sua prática. Tais são os que **criam direitos subjetivos para o destinatário,** os que exaurem, desde logo, os seus efeitos, e os que transpõem os prazos de decadência ou prescrição. Ocorrendo qualquer dessas hipóteses, o ato administrativo se torna irrevogável” (op. cit., p. 481).

41. De outra parte, cabe acrescentar, como ensina L. C. DE MIRANDA LIMA, então Consultor-Geral da República (in Parecer publicado na Revista Forense, vol. 205/60), que

“esse poder cujo exercício só se autoriza a prol do interesse público, não é absoluto, mas limitado, encontra barras em efeitos mesmos do ato administrativo, em situação jurídica promanante deles. Em benefício do móvel essencial da própria função administrativa, o interesse social, é, intolerável se empreste cunho de generalidade à revogabilidade dos atos administrativos. A, vida social reclama a segurança das relações jurídicas, e, conseqüentemente, a estabilidade dos atos, que lhes dão origem ou nascimento. O ato administrativo, como ato jurídico, deve atender ao reclamo da ordem social. Não pode revogar-se ou modificar-se ao libito da Administração, sem apreço às situações jurídicas que engendrou. Se a própria lei, cuja execução é função do Poder Administrativo, dispensa respeito às relações jurídicas aperfeiçoadas sob o império da lei anterior, aos direitos perfeitos, não se compreenderia que o ato administrativo pudesse negá-lo àquelas oriundas de outro ato administrativo”.

Examinando a amplitude do princípio da revogabilidade dos atos administrativos, pela própria Administração, predica FLEINER, verbis:

“L'autorité ne doit faire usage de sa faculté de retirer ou de modifier une disposition edictée par elle que lorsque l'intérêt public l'exige. Elle ne doit pas troubler à la légère des situations existants, que se sont établies sur la base de ses dispositions; **elle ne doit pas davantage, parce que son point de vue juridique aurait changé, déclarer non valables des possessions des citoyens qu'elle a laissées subsister sans contestations pendant des années. La maxime *quieta non movere* et le principe de la bonne foi (Treue und Glauben) doivent valoir pour les autorités administratives également.** Mais, évidemment la possibilité du retrait d'une disposition qui lui est avantageuse est toujours suspendue sur la tête du citoyen comme une épée de Damocles. Le législateur a par suite dû songer à limiter le droit de retrait des dispositions pour les cas où la considération de la sécurité juridique l'exige. **C'est ainsi qu'il a reconnu l'immutabilité notamment aux dispositions créatrices de droits ou d'obligations qui ne peuvent être edictées, par l'autorité qu'auprès une procédure d'opposition ou d'enquête approfondie. Car une telle procédure a précisément pour objet, d'une part d'assurer la possibilité d'un examen des intérêts publics sous toutes les faces, mais d'autre part aussi d'offrir du citoyen la garantie que la disposition edictée de cette façon ne sera plus modifiée.** (apud LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT ADMINISTRATIF ALLEMAND, ps126/127).

WALTER JELLINEK, conquanto julgue inadequado atribuir-se ao ato administrativo a eficácia material da **res judicata**, admite, entretanto, como observa FRANCISCO CAMPOS, que tal força deva ser atribuída aos atos administrativos quando tem por conteúdo uma decisão, ou a aplicação da lei ao caso concreto, **particularmente quando a decisão é tomada mediante processo, ou com a**

**audiência e a contradição da outra parte.** (apud FRANCISCO CAMPOS, in “DIREITO ADMINISTRATIVO”, vol. II, p. 100, ed. 1958).

Na obra referida, à página 101, anota FRANCISCO CAMPOS que a “irretratabilidade dos atos administrativos que decidem sobre a situação individual é, ainda, um imperativo da segurança jurídica”. Em outro passo, predica o mesmo autor: “O fato de que os tribunais poderão rever os atos da autoridade administrativa não exclui o interesse de que, enquanto não adquirida, de modo definitivo, a certeza jurídica em relação ao caso concreto, não seja necessária a conservação de um estado de certeza que funcione provisoriamente como elemento de estabilização das relações jurídicas. Pelo fato de não ser definitiva, nem por isto a certeza, embora sujeita a verificação posterior, deixa de ser um elemento indispensável às relações humanas. Enquanto, portanto, os tribunais não substituem pela certeza judicial a precária certeza administrativa, esta **pro veritate habetur**” (op. cit., p. 102).

Não só Consoante observa ANDREAS VON THUR, in op. cit., § 90, “o tempo pode influir, ainda, sobre o nascimento dos direitos, quando do seu decurso resulta a verossimilhança de que exista um direito. Quando uma situação perdura durante um certo tempo, sem que ninguém a ela se oponha, há fundadas razões de presumir de que se constituiu de acordo com o direito”. Quanto ao efeito do curso de tempo sobre a conversão de situações não conformes ao direito em situações jurídicas de caráter definitivo, desde que, naquele curso, não hajam sofrido qualquer oposição, WALTER JELLINEK, na mesma linha do pensamento de VON THUR, predica, **in verbis**:

“Assim como o ato (administrativo) pode ser expressamente ratificado, renunciando, por isto mesmo, a Administração à faculdade de revogá-lo, pode, também, ratificá-lo, de modo implícito, pelo silêncio ou pela inação, durante prolongado lapso de tempo. No caso de ratificação não expressa, ou resultante do silêncio ou inação, durante longo decurso de tempo, a

**Administração atentaria contra a boa-fé se quisesse valer-se da irregularidade, por ela tolerada durante tanto tempo, para editar a revogação do ato".** (apud *Verwaltungsrecht*, p. 277).

FLEINER sustenta, também, que são irrevogáveis os atos administrativos de que resultam situações jurídicas ou estado de posse, que se mantêm, durante prolongado lapso de tempo, sem que hajam sido contestados pela Administração. (op. cit., ps. 126/127).

42. Dessa maneira, se é certo, em princípio que não há direito adquirido contra a lei e que a Administração pode anular os seus atos praticados com infração a dispositivos legais, consoante ficou largamente analisado acima (itens 38 e 39), não menos exato é que a atividade administrativa possui, em seu favor, uma **presunção de legitimidade**, e cada ato do Poder Público, oriundo de autoridade competente há de ter-se, em princípio, como válido, perante os cidadãos, máxime quando, por estes aceito, produza conseqüências de direito, em prol dos mesmos, de forma pacífica, iterativamente, no decurso de muitos anos, com inquestionada aparência de regularidade. Conforme excelentemente asseverou o Ministro OROZIMBO NONATO "o que se geralmente aceita é que o ato nascido da ilegalidade, revogável se mostra pela Administração, ou por ela é anulável. **Mas, se o ato tem aparência regular e originou direito subjetivo, não pode a revogação ter efeitos**" (in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 52, p. 246).

43. Pois bem, o Ato do Senhor Governador do Estado, que concedeu uma pensão à sra. Gilda Marinho, é de 24 de setembro de 1959, retroagindo seus efeitos a 31 de março daquele ano. Por Ato de 28.1.1963, com efeito, a contar de 1º de janeiro de 1962, foi majorada, pelo Chefe do Poder Executivo, à época, a pensão em referência. Tratava, agora, a Administração, conforme o processo em exame, de proceder a novo aumento no valor da pensão em apreço.

De outro lado, de conformidade com o relatório feito, de início travou-se largo debate no seio da Administração, a partir da Secretaria do Interior e Justiça, através do pronunciamento do Sr. Diretor da D. I. J., e na Consultoria Jurídica, então órgão da Procuradoria Geral do Estado, que, por maioria, opinou desfavoravelmente às pretensões da peticionária. Adotando, entretanto, o Sr. Procurador Geral do Estado, na ocasião, o ponto de vista da minoria, da C.J., manifestou-se pelo deferimento da solicitação da postulante, vindo, a final, o Chefe do Poder Executivo a decidir, despachando, de acordo com o parecer do Chefe do Ministério Público referido. O Tribunal de Contas registrou o ato.

Dessa forma, a concessão do benefício em tela à peticionária ocorreu, após petição da interessada e exame do pedido por órgão técnico, tendo o Governador do Estado deferido a vantagem, com base no pronunciamento do Procurador Geral do Estado. Foi, **in hoc casu**, o ato de outorga da pensão praticado pela Administração, por provocação da parte, e "para cuja formação", no dizer de Francisco Campos (*Rev. dos Tribunais*, vol. 343/940), "se observou um verdadeiro processo de natureza cognitiva, com participação do requerente, prévia instrução probatória e apreciação pela autoridade administrativa dos pressupostos jurídicos e de fato em que se fundava a postulação".

Se é certo que a extensão do art. 332, do C.O.J., à peticionária, qual se examinou, é, **data venia**, inteiramente insustentável, **sub specie juris**, não sendo possível manter o Poder Executivo dita orientação deferitória de pensão, com base na regra **legis** em apreço, em favor de viúvas e filhos dos Ministros e demais funcionários referidos do Tribunal de Contas, — não menos exato é, em concreto, que, desde 1959, de maneira tranqüila, em repetidas manifestações, tem a Administração considerando plenamente válidos tais atos de outorga desses benefícios, que, de resto, tem sido sem restrições, eficazes, produzindo todas as conseqüências de direito em prol da requerente e outros em mesma situação. Muito embora a índole apenas administrativa e não jurisdicional do julgamento do Tribunal de Contas,

**in hac specie**, (ut ac. do T.J. São Paulo, in REV. DE DIR. ADM., vol. 48/309), releva, entretanto, ainda, notar que ditos atos concessivos e majoritários de pensões, sem qualquer impugnação, foram, aí, registrados.

Parece-me, assim, que valeria, na hipótese, o citado ensinamento de W. JELLINEK, segundo o qual, “no caso de ratificação não expressa, ou resultante do silêncio ou inação, durante longo decurso de tempo, a administração atentaria contra a boa-fé, se quisesse valer-se da irregularidade, por ela tolerada durante tanto tempo, para editar a revogação do ato”.

44. A posição ora adotada por esta Consultoria Geral, quanto à não-anulação, pura e simples, do ato concessivo de pensão a petionária, bem assim a outros que lhe são assemelhados, não implica, consoante ficou bem expresso acima, em entender-se que a Administração não possa anular seus atos, praticados com desrespeito a lei, ou sem base em lei, ou mesmo em virtude de falsa interpretação da norma legal. Quero acentuar é que esse poder de revisar os próprios atos, maximé quando se trate daqueles de conteúdo decisório, de natureza constitutiva de direito, há de ser exercitado, com circunspeção pela autoridade administrativa, a fim de não se criar em torno de sua atividade, como observa FRANCISCO CAMPOS (DIREITO ADMINISTRATIVO, ps. 60 a 62), “uma atmosfera de incerteza ou de hesitação, que acabaria por prejudicar a eficácia de seus próprios atos, uma vez que se lhes não atribuiria o caráter de definitivo ou conclusivo, podendo sobre eles reabrir-se a qualquer momento a questão da sua validade, o que acabaria por comprometer a estabilidade e, por conseguinte, a própria autoridade da administração...”. Importa, ademais, ter presente que, sempre, derradeiramente, restaria, ainda, a via judicial, para que a Administração ou qualquer cidadão pudessem pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos porventura lesivos do patrimônio público (Const. Federal, art. 141, § 38), ou em ordem a quem interessado lograr, eventualmente, a anulação de ato administrativo, que lhe fira direito. É do inte-

resse público haja confiança na atividade administrativa; esta é, também, uma atividade jurídica, seus atos não são atos quaisquer, como anota FRANCISCO CAMPOS, “mas atos juridicamente qualificados ou de relevância jurídica, sendo, como é a Administração, uma das formas de execução do direito” (op. cit., p. 62). Impõe-se, em decorrência disso, outrossim, busque a Administração aplicar o direito, com segura e clarividente exegese dos textos legais, para, assim, guardar fidelidade irrestrita ao princípio da legalidade, que há de informar a ação administrativa.

45. À vista disso, de outra parte, evidente se faz que a não-anulação dos atos concessivos de pensões, com base no art. 332, do C.O.J. atrás referidos, não constituirá obstáculo ao Poder Executivo para adotar orientação nova, quanto à aplicação do art. 332, do C.O.J., não mais deferindo dita vantagem a viúvas e filhos de Ministros Auditores, Procurador e Adjuntos de Procuradores do Estado, junto à Corte de Contas. Não haveria alegar, aqui, infração ao art. 141, § 1º, da Constituição Federal de 1946, que assegura a igualdade de todos, perante a lei.

Com efeito, o art. 332, do C.O.J., não garante a pensão nele prevista aos beneficiários aludidos dos detentores dos cargos em foco, do Tribunal de Contas, qual ficou amplamente demonstrado neste parecer. A petionária e quem mais esteja a perceber esse benefício não possuem, a rigor, **legalmente**, amparo para a usufruição da outorga em referência. Ocorre que **data venia**, por erro de direito, por falsa interpretação do dispositivo em causa, deferiu-lhes a Administração, a pensão aludida, entretanto, através de processamento administrativo, que se há de ter por idôneo até prova em contrário, (eis que, tecnicamente, não há elementos a corroborarem a afirmação de a vantagem haver resultado de mero favor político). As razões que, alinhadas acima, justificam, porém, a manutenção dos atos, na ordem administrativa, de tal sorte que somente ao Poder Judiciário seria lícito, eventualmente, anulá-los, desde que provocado, a tanto, pelo próprio Poder Executivo ou nos termos do art. 141, § 38, da Carta Política da República, afastam, desde

logo, qualquer argüição de tratamento desigual, perante a mesma lei. Os atos de pensão em causa são mantidos não porque a Administração, hoje, os entenda fundamentados, legitimamente, no art. 332 do C.O.J., mas, tão só, porque o Poder Executivo não reconheceria como o procedimento lícito, de sua parte, a esta altura, após praticamente seis anos de gozo da vantagem, pelos beneficiários dos atos administrativos em tela, tornas insubsistentes ditos atos dela concessivos, praticados sob a inspiração de exegese do texto legal diversa da presente, mas, à época, seguida pelo Poder Público, e isso de conformidade com o que ficou escrito atrás.

46. Se, dessa maneira, não há anular os atos administrativos, que concederam pensão à sra. Gilda Marinho, e outros, com base no art. 332, do C.O. J., pode, porém, a Administração deixar de outorgar as vantagens pecuniárias relativas a tal benefício, desde que os interessados não mais satisfaçam os pressupostos de lei, para prosseguir no gozo da pensão em causa.

Tratando-se, segundo o sistema estabelecido no art. 332 e seus parágrafos do C. O. J., de vantagem pecuniária que é garantida às viúvas e filhos, **si et inquantum**, bem de ver-se é que o Poder Executivo deve adotar as providências necessárias, a fim de, **periodicamente**, comprovarem os beneficiários que ainda se mantêm no campo de abrangência e extensão das normas do art. 332 e seu parágrafo 1º, da Lei 3.119/57.

Segundo o § 2º do art. 332, do C.O.J., **cessa o pagamento da pensão:**

a) à viúva que contrair novas núpcias, transferindo-se para os filhos o benefício;

b) ao filho varão que completar maioridade, salvo se inválido e incapaz de prover a própria subsistência;

c) à filha mulher que contrair núpcias ou exercer atividade lucrativa com a qual possa prover a própria subsistência”.

Cumpra, dessarte, **in hac specie**, bem assim referentemente aos demais pensionistas, em situação semelhante à da sra. Gilda Marinho, comprovem, **por forma regular**, que, ainda, se encontram em condições de prosseguir usufruindo a vantagem em apreço. **No que pertine ao exercício de atividade lucrativa em empresa particular ou em outro qualquer setor**, importa sirva-se a Administração dos meios a seu alcance, para que faça, de inteiro, esclarecidos ou confirmados os quantitativos, que lhe vierem a ser informados.

Concerentemente à peticionária, os atos de revisão de pensão, constantes dos autos, somente deverão ser aperfeiçoados, na hipótese de a sra. Gilda Marinho não haver ainda contraído núpcias ou não “exercer atividade lucrativa com a qual possa prover a própria subsistência”. Não mais preenchendo, porventura, os requisitos de lei, para prosseguir no gozo do benefício, cabe a revogação do ato concessivo da pensão.

47. De todo o exposto, entendo:

a) que é inaplicável às viúvas e filhos dos Ministros do Tribunal de Contas, dos Auditores, do Procurador do Estado e do Adjunto do Procurador do Estado, junto ao Tribunal de Contas, o art. 332, do Código de Organização Judiciária do Estado (Lei nº 3.119, de 14.2.1957);

b) que não é possível estender-se o benefício do art. 332, do C.O.J., às viúvas e filhos dos funcionários aludidos do Tribunal de Contas, à vista do art. 123, da Constituição do Estado, de 1947, e das Leis n°s 2.033, de 31.1.1953; 4.276, de 30.12.1961, e 4.360, de 21.11.1962;

c) que, somente, através de provisão legislativa expressa, seria cabível a extensão da regra do art. 332, do C.O.J., às famílias dos mencionados Ministros e funcionários do Tribunal de Contas, à semelhança do que já ocorreu com o Ministério Público, *ex vi* da Lei n° 3.962, de 27.9.1960;

d) que a Administração pode rever seus próprios atos, para revogá-los por motivos de oportunidade ou conveniência, ou para anulá-los, se viciados de ilegitimidade;

e) que há limites a esse poder de revisão de seus atos pela Administração;

f) que na hipótese em exame, os atos administrativos concessivos de pensão, com base no art. 332, do C.O.J., em favor de viúvas e filhos dos Ministros e funcionários citados do Tribunal de Contas, expedidos com base na *exegese*, então em curso, no Poder Executivo, a respeito do predito dispositivo **legis**, conforme restou debatido, e plenamente eficazes, não deverão ser anulados, pela própria Administração;

g) que ditos atos somente poderão vir a ser anulados pelo Poder Judiciário, na hipótese de provocação do próprio Poder Executivo, ou de qualquer cidadão, este com base no art. 141, § 38, da Constituição Federal, de 1946;

h) que os atos administrativos em referência poderão ser revogados pelo Poder Executivo, se e quando os beneficiários da pensão

não mais preencherem os requisitos de lei (art. 332, § 2º, do C.O.J.) para prosseguir usufruindo a vantagem em foco.

i) que, se aprovado este parecer, não mais deve a Administração conceder novas pensões com base no art. 332, do C.O.J., em favor de viúvas e filhos de Ministros e Auditores do Tribunal de Contas, Procuradores do Estado e Adjuntos de Procuradores do Estado junto ao Tribunal de Contas, salvo se lei nova lhes vier estender esse benefício e o do art. 429 e seu parágrafo único, da referida Lei n° 3.119/57.

É o meu parecer, **s.m.j.**

José Néri da Silveira  
Consultor Geral do Estado

### DESPACHO:

Concordo com o presente Parecer.

Em 1º.9.65.

ILDO MENEGHETTI  
Governador do Estado  
(Publicado no D.O. de 24.9.65).

PARECER Nº 9550

*Rosa Maria Peixoto Bastos*

Professor. Aposentadoria especial. Cômputo de tempo de efetivo exercício em funções de magistério. Modificação da jurisprudência administrativa estadual.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 18 de março de 1992, ao julgar a ADIN nº 152-3-MG decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 286 da Constituição do Estado de Minas Gerais, "no que concerne a aposentadoria especial de professor, prevista no artigo 40, III, b, da Constituição Federal de 1988, já que a estendeu a todos os cargos e funções do "Quadro do Magistério" e, ainda, ao de "Regente de Ensino", resultando contempladas pelo benefício classes de servidores ligadas exclusivamente a atividades de caráter administrativo, estranhas a sala de aula".

O mencionado artigo 268 da Constituição de Minas Gerais possui esta redação:

"Art. 286 - Considera-se como de Professor, para os fins de aposentadoria e disponibilidade e de todos os direitos e vantagens da carreira, o tempo de serviço de ocupante de cargo ou função do Quadro do Magistério, ou de Regente de Ensino, inclusive o de exercício de cargo de provimento em comissão prestado em unidade escolar, em unidade regional, no órgão central da educação ou em conselho de educação."

Indaga a Secretaria do Planejamento e da Administração, neste processo, se esta decisão tem aplicação restrita, visando apenas a suspender a eficácia da expressão "aposentadoria e" contida neste artigo, ou se constitui regra jurisprudencial a ser seguida em todos os

casos de aposentadoria de professores, com base no artigo 40, III, b, da Constituição Federal de 1988.

2. A Constituição da República em vigor, em seu artigo 40, III, b, estabelece que o servidor será aposentado voluntariamente aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais.

Essa regra, contendo a mesma expressão "efetivo exercício em funções de magistério", já constava do ordenamento constitucional anterior, tendo sido introduzida na Constituição Federal de 1969 pela Emenda nº 18, de 30 de junho de 1981, nestes termos:

"Art. 1º - O item III, do artigo 101, da Constituição Federal, passa a vigorar com a seguinte redação:

"III - voluntariamente, após 35 (trinta e cinco) anos de serviço, ressalvado o disposto no artigo 165, item XX."

Art. 2º - O artigo 165 da Constituição Federal e acrescido do seguinte dispositivo, passando o atual item XX a vigorar como XXI:

"XX - a aposentadoria para o professor após 30 (trinta) anos e, para a professora, após 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício em funções de magistério, com salário integral." (Grifei).

3. Em 14 de outubro daquele ano, por solicitação do Secretário de Estado da Administração, foi emitido nesta Procuradoria-Geral do Estado o primeiro parecer onde se estudou o significado da expressão "efetivo exercício em funções de magistério". Nesse Parecer, de nº 4802, aprovado pelo Senhor Governador do Estado em novembro do mesmo ano, ao ser apontado o destinatário da aposentadoria especial recém criada, afirmou-se que

"no caso de funcionário público, ele e o professor que apresente efetivo exercício em funções de magistério, durante todo o tempo legalmente estipulado. Não basta exercer funções de magistério para ter direito a aposentadoria especial; é necessário prover cargo de Professor. Mas também não basta o provimento desse cargo, sendo igualmente indispensável o efetivo exercício em funções de magistério, durante todo o tempo constitucionalmente estipulado. Tem efetivo exercício em funções de magistério aquele professor que ensina, que ministra aulas, que exerce atividade docente. O Estatuto e Plano de Carreira do Magistério Público do Estado (Lei nº 6.672, de 22 de abril de 1974), ao conceituar professor como o "membro do Magistério que exerce atividade docente, oportunizando a educação do aluno" (artigo 2º, item III), dá-lhe o significado preciso para os efeitos da Emenda nº 18/81. Para está, professor não é todo e qualquer membro do magistério, mas somente aquele funcionário público provido em cargo público de Professor, que exerce, efetivamente, atividade docente. O professor, por exemplo, que, por transferência, for provido em cargo de Especialista de Educação (Lei nº 6.672/74, artigo 162), embora continue a integrar o Pessoal do Magistério Público Estadual, e mesmo que exerça a docência, não será destinatário da aposentadoria em apreço, pois não mais estará provido em cargo de Professor, como exige a Emenda Constitucional nº 18/81, ao usar o termo professor. Também não será computável para os efeitos dessa Emenda o tempo de serviço em que o funcionário, provido em cargo de Professor, estiver desempenhando atividades próprias do cargo de Especialista de Educação (Lei nº 6.672/74, artigo 2º, item IV; Lei nº 6.740/74, artigo 3º; Lei nº 7.132/78), porque, nessa hipótese, não satisfará a exigência de "efetivo exercício em funções de magistério", imposta pela nova Emenda. Em suma, para os efeitos da Emenda nº 18/81 só interessa a atividade de magistério dos funcionários públicos providos em cargo de Professor, e a daqueles servidores contrata-

dos para as funções de Professor. Tratando-se de uma regra excepcional, não pode a norma contida na Emenda nº 18/81 sofrer outra interpretação que não seja a estrita (cfe. CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 4 ed. Rio, Freitas Bastos, 1947 p. 252). Entendimento diverso levaria ao absurdo de se considerar como inútil ou supérflua a expressão "efetivo exercício em funções de magistério", o que também é inadmissível (cfe. CARLOS MAXIMILIANO, *Ob. cit.*, p. 303).

É preciso lembrar, além disso, que o direito a aposentadoria antecipada foi criado para compensar o professor pelo seu desgaste físico e psíquico com o trabalho em sala de aula. Reconhecer o benefício em relação a todo professor, mesmo aquele que não exerça efetivamente funções de magistério, seria tratar igualmente os desiguais, o que constituiria evidente injustiça. Também ficaria comprometida a segunda intenção da lei, que é a de estimular o árduo trabalho de regência de classe, até então sem outro atrativo que não fosse a realização profissional do professor."

4. Reexaminado o assunto por esta Procuradoria-Geral, foi emitido logo depois, em 17 de dezembro do mesmo ano, o Parecer nº 4864, pelo eminente Procurador do Estado Doutor JORGE ARTHUR MORSCH. Neste trabalho, também aprovado pelo Senhor Governador do Estado, adotou-se entendimento diverso, mais amplo do que o anterior. Partindo-se do pressuposto de que a Constituição de 69 empregava indiferentemente as expressões cargo de professor e cargo de magistério, concluindo-se que, para ela, as duas expressões eram necessariamente equivalentes. Assim, "para a Constituição o professor não será nem apenas o detentor de cargo ou emprego denominado de professor, nem apenas o regente de classe; será aquele que exerce cargo ou emprego dentro de cujas atribuições está o exercício de atividades privativas de professor. Se vamos denominar amanhã de especialista de educação o cargo hoje exercido pelo professor que, mercê de estudos especializados, reúne as qualificações necessárias para desempenhar atividades de adminis-

tração escolar, planejamento educacional, orientação educacional, e supervisão escolar, nem por isso se pode excluí-lo de sua condição básica de professor: o especialista e um professor especializado em educação, que titula cargo para cujo provimento é necessário mesmo o exercício da docência pelo tempo mínimo de três anos".

Quanto ao objetivo da expressão constitucional "exercício em funções de magistério", foi dito que, "na esteira das disposições federais, a Lei nº 6.672, de 22 de abril de 1974, que dispõe sobre o Estatuto e Plano de Carreira do Magistério Público do Rio Grande do Sul, definiu no inciso V do artigo 2º como atividade de magistério a dos professores, a dos especialistas de educação e a diretamente ligada, no plano técnico-pedagógico, ao funcionamento do sistema estadual de ensino e ao aperfeiçoamento da educação. Está, como outras normas do Estatuto e Plano de Carreira do Magistério, guarda íntima vinculação a Constituição Federal, enquanto condiciona o recebimento pelo Estado das subvenções federais ao ensino, como previsto no parágrafo do artigo 15 e no parágrafo 1º do artigo 25 da Constituição Federal, e disciplinado no artigo 54 da Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971, e Decreto nº 71.244, de 11 de outubro de 1972.

Dentro dessa linha de raciocínio, não é difícil perceber o objetivo da expressão constitucional "exercício em funções de magistério". Está aí claramente posta uma condição que qualifica objetivamente a aposentadoria antecipada do magistério, em oposição a aposentadoria antecipada dos magistrados. Enquanto o magistrado faz jus a sua aposentadoria antecipada porque, e magistrado, não se perquirindo se o tempo constitucionalmente prefixado para o implemento da aposentadoria corresponde a exercício na função indicante, para a aposentadoria do professor se faz necessário que o tempo de serviço constitucionalmente fixado para o implemento da aposentadoria corresponda o exercício em funções de magistério. Em outras palavras, a Constituição concede a aposentadoria antecipada

do magistrado mesmo ao detentor de outro cargo público que, forado de anos, ingresse na magistratura, mas não concede a aposentadoria antecipada de professor ao detentor de outro cargo público que ingresse no magistério, nem ao professor que exerça atividade que não seja de magistério (por exemplo, que esteja no exercício de cargo de chefia fora do sistema estadual de ensino). Nesse sentido se há de entender a expressão "exercício em funções de magistério": o tempo de serviço computável para efeitos da aposentadoria antecipada do professor e somente aquele correspondente ao exercício em funções de magistério."

Em sua conclusão, apontou o Parecer, como destinatário da Emenda Constitucional nº 18/81, o "professor, assim entendido o detentor de cargo, emprego ou função, cujo conteúdo ocupacional corresponda ao da profissão de professor, e que esteja, pelo prazo de 30 anos, se do sexo masculino, ou de 25 anos, se do sexo feminino, no exercício efetivo (real ou ficto) de atividades docentes, especializadas ou diretamente ligadas, no plano técnico-pedagógico, ao funcionamento do sistema estadual de ensino e ao aperfeiçoamento da educação."

5. A contar de então, partindo desse entendimento mais amplo, a jurisprudência administrativa do Estado passou a considerar como exercício efetivo de funções de magistério não apenas as de docência, mas todas aquelas diretamente ligadas, no plano técnico-pedagógico, ao funcionamento do sistema estadual de ensino e ao aperfeiçoamento da educação.

A jurisprudência do STF, nesse mesmo período, também não se mostrou muito rígida no que concerne ao que se poderia considerar, para efeito de aposentadoria especial, como "funções de magistério", mas poucas vezes, como observou o eminente Ministro SYDNEY SANCHES, em voto proferido no julgamento da ADIN (medida cautelar) nº 152-3-MG, a estendeu a funções estranhas ao ministério de aulas (LEX - Jurisprudência do STF, 142/116).

6. Em dezembro de 1986, no entanto, esse Tribunal, adotando posição menos abrangente sobre o assunto, proferiu, no julgamento da representação nº 1265 - AM, decisão que inaugurou uma nova fase em relação ao trato da matéria. Por unanimidade de votos, concordando por inteiro com o parecer da Procuradoria-Geral da República emitido no processo, decidiu pela inconstitucionalidade formal e material da Emenda nº 20/84 a Constituição do Estado do Amazonas, que estendia a aposentadoria especial dos professores a outras atividades do âmbito do ensino "administrativas, técnico - pedagógicas e outras específicas" (RTJ, 120/508). Assim se manifestou o eminente Ministro DJACI FALCÃO (Relator), em seu voto:

"Por outro lado, há manifesta inconstitucionalidade material. E que, enquanto a Lei Maior estatui em relação ao magistério, aposentadoria voluntária especial, no prazo de trinta anos e vinte e cinco anos de efetivo exercício, respectivamente (art. 165, item XX, acrescentado com a E.C. nº 18/81), sem computar o desempenho de outras funções, a Emenda nº 20, a Constituição do Estado do Amazonas, desvinculando-se do paradigma federal, que estabeleceu uma exceção, alargou a faixa de beneficiários, de modo a compreender funções "administrativas técnico-pedagógicas e outras específicas dos demais especialistas de educação".

Oportunas são as considerações do eminente Procurador JOÃO PAULO ALEXANDRE DE BARROS, ao dizer:

"A augusta Assembléia Legislativa, ATRAVÉS de seu ilustre Presidente, argumenta que a Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971 (que fixou Diretrizes e Bases para o ensino de 1º e 2º graus), não distingue entre professores e especialistas de ensino, invocando o artigo 35 dessa Lei que dispõe:

“Não haverá qualquer distinção para efeitos didáticos e técnicos, entre os professores e especialistas subordinados ao regime das leis do serviço público.”

Mas, a igualdade aí estabelecida e de outra ordem: para efeitos didáticos e técnicos são iguais os professores subordinados ao regime das leis do trabalho e os professores do serviço público. O mesmo princípio isonômico aplica-se aos especialistas, sabendo-se, entretanto, que a própria lei distingue os professores dos especialistas. A igualdade — apenas para efeitos didáticos e técnicos — e para neutralizar a distinção de regime jurídico de uns e outros, professores enquanto tal, o mesmo ocorrendo com os especialistas.

A Lei de Diretrizes e Bases dispõe de um capítulo - V - com o subtítulo “Dos professores e Especialistas”, onde estabelece os requisitos para o exercício de uma ou de outra carreira. E a distinção resta caracterizada no artigo 33, após fixadas as condições para o exercício do magistério nos artigos 30 e 32. O artigo 33 especifica atividades compreendidas na categoria dos especialistas, verbis (pag. 17):

“Art. 33. A formação de administradores, planejadores, orientadores, inspetores, supervisores e demais especialistas de educação será feita em curso superior de graduação, com duração plena ou curta, ou de pós-graduação.”

De todo o exposto, resta-nos a convicção de que, preexistindo a Lei de Diretrizes e Bases a Emenda nº 18, de 30 de junho de 1981, o Congresso Nacional, se quisesse estender a especial aposentadoria a outras categorias funcionais que não o professor, tê-lo-ia feito utilizando-se da terminologia da lei federal. Não quis, entretanto, estender, porque buscava contemplar a atividade especial, exaus-

tiva, estafante e penosa do professor enquanto no exercício das funções de magistério. E só.”

7. São de 18 de março de 1992 as duas últimas decisões do STF sobre o assunto, tendo sido proferidas no julgamento das ADINs nº 122-1-SC e nº 152-3-MG. Em ambas as ações foram concedidas medidas cautelares suspendendo a vigência das regras constitucionais impugnadas.

8. Na ADIN nº 122-1-SC, tratou-se de decidir sobre a constitucionalidade, ou não, do parágrafo 4º do artigo 30 da Constituição Estadual de Santa Catarina, que, para efeito de aposentadoria especial do professor, considerava como de “efetivo exercício em funções de magistério a atividade dos especialistas em assuntos educacionais”. E de seu Relator, o eminente Ministro PAULO BROSSARD, o seguinte voto, que transcrevo na íntegra, por sua clareza e precisão:

“Como se depreende do Relatório, a matéria não é nova; já foi enfrentada por esta Egrégia Corte na Representação nº 1.265-4, relatada pelo meu eminente antecessor Ministro DJACI FALCÃO, quando declarada, em face da Emenda nº 18, de 1981, a inconstitucionalidade da Emenda nº 20 a Constituição do Estado do Amazonas. Eis o teor da sua ementa:

“Representação em que se argüi a inconstitucionalidade da Emenda nº 20, a Constituição do Estado do Amazonas, promulgada a 6-12-84 e publicada a 11-12-84, que alterou o art. 64 do referido diploma, estendendo a aposentadoria especial dos professores a outras atividades do âmbito do ensino “administrativas, técnico-pedagógicas e outras específicas”.

Ocorre, na espécie, inconstitucionalidade de natureza formal (art. 57, inc. V e 103 da Constituição da República), bem assim de caráter material (art. 165, inc. XX, da Lei Maior).

O poder de auto organização do Estado-membro não é ilimitado, impondo-se a observância, dentre outros, dos princípios a que se referem os incs. III e V do art. 13, da Lei Fundamental.”

2. Agora a questão, com as suas peculiaridades, renova-se em face da Constituição de 1988: argui-se a inconstitucionalidade do parágrafo 4º, do artigo 30, da Constituição de Santa Catarina que estendeu a aposentadoria voluntária especial, prevista no seu artigo 40, inciso III, alínea “b”, aos “Especialistas em Assuntos Educacionais”.

3. Evidente que o cargo e, muito menos, a função de “Especialista em Assunto Educacional” não se confunde com a de professor, tanto e que a impugna da norma da Constituição do Estado procurou equiparar-los para fins de aposentadoria.

O vocábulo magistério, como observa o parecer do Ministério Público, tem sentido específico que não alcança a amplitude que lhe emprestou o constituinte catarinense: designa tão-somente o cargo de professor. E este e, apenas, aquele que ministra aulas.

4. Ademais, a questão se os “especialistas em assunto educacional” integram ou exercem funções próprias do magistério, e matéria que refoge ao âmbito da discussão. Pois a Constituição Federal é clara ao dispor:

“Art. 40. O servidor será aposentado:

.....  
III - voluntariamente:

.....

b) aos trinta anos de efetivo exercício em função do magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais.

.....”.

Vê-se, pois, que o dispositivo constitucional concede aposentadoria especial não aos ocupantes de cargos e funções do magistério, mas especificamente aos titulares de cargos e funções de professor, “se professor”, diz a Constituição. O direito consagrado pela norma é mais restritivo do que supõe o legislativo catarinense em suas informações.

5. Se, esta Egrégia Corte, na vigência da Carta de 69 entendeu inconstitucional a norma da Constituição Estadual, que estendia a aposentadoria voluntária especial dos professores a outros cargos e atividades no âmbito do ensino, diferente não será a solução da questão, que ora se repete, em face da Constituição de 1988.

6. Esse entendimento é confortado pelo enunciado no inciso III do art. 202, que assegura a aposentadoria pela previdência social, “após trinta anos, ao professor, e, após vinte e cinco, a professora, por efetivo exercício da função do magistério”. Efetivo exercício da função de magistério.

Segundo velha regra de hermenêutica, a Constituição deve ser interpretada como um todo e de maneira harmônica. Ora, os dois preceitos se harmonizam e se complementam perfeitamente, ficando patente, em ambas as hipóteses, que o benefício se aplica aqueles que, não apenas são professores, mas que exerceram efetivamente o magistério, nos períodos indicados.

7. Trata-se de preceito excepcional em matéria de aposentação com proventos integrais e como tal deve ser

interpretado estritamente, e não deve ser entendido ampliativamente.

8. Os princípios gerais estabelecidos para a administração pública (art. 37, CF) e os específicos aos servidores públicos civis (art. 39 a 41, CF) são de observância a aplicabilidade obrigatória aos Estados, os quais, por isso, sobre eles não podem dispor de forma diferente.

9. Ante o exposto, julgo procedente a presente ação direta, proposta pelo Governador do Estado de Santa Catarina, para declarar a inconstitucionalidade do parágrafo 4º, do artigo 30 da Constituição daquele Estado.”

9. Em outras palavras, como foi afirmado no mesmo julgamento, pelo eminente Ministro CARLOS VELLOSO, “o benefício inscrito no “art. 40, III, “b”, da Constituição — aposentadoria aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais — e para o professor no efetivo exercício do magistério, vale dizer, o professor localizado na sala de aula, atividade realmente desgastante. Somos professor universitário, com tempo parcial. Não chego a afirmar que essa atividade, a de professor universitário, com tempo parcial, seja desgastante. Todavia, o magistério de primeiro e segundo grau e cansativo, e desgastante: o professor deve preparar as suas aulas, tem turmas muito grandes, tem que cuidar da disciplina em sala, os estudantes são adolescentes, deve corrigir centenas de provas, enfim, o trabalho é intenso. Subjacente a norma, encontra-se a circunstância fática que lhe serve de embasamento, que é a sua razão. O embasamento do benefício inscrito no art. 40, III, “b”, da Constituição, é o que acima afirmamos. Sendo assim, não seria razoável estender o benefício excepcional ao professor que não está no efetivo exercício do magistério, que não está dando aulas, que não está na sala de aula.”

Por maioria de votos, vencido apenas o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, o Tribunal julgou procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade do mencionado parágrafo 4º do artigo 30 da Constituição do Estado de Santa Catarina.

10. Quanto a ADIN nº 152-3-MG, sobre a qual, inclusive, e formulada a consulta contida no presente processo, o Tribunal julgou, por maioria de votos, também vencido apenas o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 286 da Constituição Estadual de Minas Gerais. Esse artigo, como se viu, possui a seguinte redação:

“Art. 286 - Considera-se como de Professor, para os fins de aposentadoria e disponibilidade e de todos os direitos e vantagens da carreira, o tempo de serviço de ocupante de cargo ou função do Quadro do Magistério, ou de Regente de Ensino, inclusive o de exercício de cargo de provimento em comissão prestado em unidade escolar, em unidade regional, no órgão central da educação ou em conselho de educação.”

11. Sobre ele, assim se manifestou o Tribunal, pelo voto do eminente Ministro ILMAR GALVÃO (Relator):

“No que tange a aposentadoria especial — aspecto focado na inicial —, não se limitou o art. 286 a reproduzir o art. 40, III, “b”, da CF/88, que a circunscreve ao professor, “no efetivo exercício em funções de magistério”, já que a estendeu a todos os cargos e funções do “Quadro do Magistério” e “Regente de Ensino”, resultando contempladas, pelo benefício, classes de servidores que, conquanto integrantes da carreira do magistério, estão ligados exclusivamente a atividades de caráter administrativo, como as de Inspetor Escolar e Administrador Educacional, conforme descrito no art. 13, da Lei nº 7.109/77-MG (fls. 70).

Uma leitura atenta do dispositivo sob enfoque, da Constituição Federal, revela, sem maior esforço interpretativo, haverem sido por ele contemplados somente os integrantes do corpo docente da rede de ensino, os encarregados de ministrar aula e de transmitir ensinamentos aos alunos, entre os quais não se compreendem os servidores encarregados de planejamento, de assessoramento, de controle e avaliação, ainda que, entre os requisitos a serem por eles atendidos, se contém títulos alusivos a formação pedagógica. (...) E de convir-se, entretanto, que uma coisa é considerar-se como função de magistério certas atividades ligadas ao ensino, que a lei exige seja exercida pelo professor; outra coisa, porém, e ter-se por atividade de professor a que é exercida por outros integrantes da carreira do Magistério, estranhos a sala de aula.

Recorde-se, a título de exemplo, que a Lei nº 5.540/68, em seu artigo 32, assimila a atividade de magistério a função de direção de faculdade ou de universidade, que é própria de professor de ensino superior, não se podendo, em tal circunstância, negar a qualidade de efetivo exercício em função de magistério ao tempo de serviço prestado pelo professor, nessa condição. Idêntico tratamento e dispensado ao tempo de serviço prestado pelo professor, no exercício de função de direção de escola de ensino fundamental ou outras assemelhadas, para os efeitos de direito.

O que não é possível e admitir-se — como se viu — que a aposentadoria especial em tela seja estendida, indistintamente, a todos os integrantes do Quadro do Magistério, como admitido na literalidade do texto do art. 286 da Constituição do Estado de Minas Gerais, sob apreciação.

Tratando-se de texto insuscetível de ser contido nos limites permitidos pela Constituição Federal, por meio de supressão de termos ou expressões, e de ser

considerado, por inteiro, como nulo e sem nenhum efeito, com o que nenhum prejuízo decorrerá para a classe de professores, obrigada que se encontra, de forma direta, pelo art. 40, III, "b", da CF/88.

Ante o exposto, meu voto é no sentido de julgar procedente a ação, para o fim de declarar inconstitucional o art. 286 da atual Constituição do Estado de Minas Gerais."

12. Neste ponto, cumpre abordar a questão referente aos diretores e vice-diretores de escolas.

Tratou-se da matéria, nesse julgamento, porque o artigo 286, como visto, estabelecia que "considera-se como de Professor, para fins de aposentadoria (...) o tempo de serviço (...) inclusive o de exercício de cargo de provimento em comissão". Sendo aqueles diretores exercentes de cargos de provimento em comissão, estariam obrigatoriamente abrangidos pela norma constitucional em julgamento. Em seu parecer, nos autos da referida ADIN, o eminente Procurador-Geral da República, Doutor ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA, assim se pronunciou sobre o assunto:

"A Constituição Federal permitiu aposentadoria especial para os professores, com tempo de serviço inferior ao exigido para os demais funcionários, desde que se encontrassem no efetivo exercício do magistério.

E, como visto, o vocábulo magistério não tem o sentido que lhe tentou emprestar a Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, em sua informação de fls. 55/66, mas designa, tão-somente, o cargo de professor. E este é, apenas, aquele que ministra aulas.

Portanto, não se pode considerar, como de professor, os cargos de Orientador Educacional, Supervisor Pedagógico, Inspetor Escolar e Administrador Educacional, de provimento efetivo, assim como

os cargos com lotação no Conselho de Educação, o de Regente de Ensino e o de Diretor de Escola, de provimento em comissão, que compõem o Quadro do Magistério, previsto na Lei Estadual nº 7.109, de 13 de outubro de 1977, que "contém o Estatuto do Pessoal do Magistério Público do Estado de Minas Gerais, e da outras providências".

O cargo em comissão de Diretor de Escola nem sempre é ocupado por professores em atividade, sendo facultado o seu exercício por aposentados e por especialistas de educação (Orientador Educacional, Supervisor Pedagógico, Inspetor Escolar e Administrador Educacional), conforme dispõe o artigo 153, combinado com os artigos 155 e 21 da citada Lei Estadual nº 7.109, de 1977. Consoante foi ressaltado, a Constituição Federal concede aposentadoria especial apenas ao professor ou professora no efetivo exercício do magistério, ou seja, ao ocupante do cargo de provimento efetivo de professor, e que esteja ministrando aulas." (Grifei).

Ao decidir sobre a matéria, contudo, o STF, pelo voto de eminente Relator Ministro ILMAR GALVÃO, entendeu que:

"E de convir-se, entretanto, que uma coisa é considerar-se como função de magistério certas atividades ligadas ao ensino, que a lei exige seja exercida pelo professor; outra coisa, porém, e ter-se por atividade de professor a que é exercida por outros integrantes da carreira do magistério, estranhos à sala de aula.

Recorde-se, a título de exemplo, que a Lei nº 5.540/68, em seu artigo 32, assimila a atividade de magistério a função de direção de faculdade ou de universidade, que é própria de professor de ensino superior, não se podendo, em tal circunstância, negar a qualidade de efetivo exercício em função de magistério ao tempo de serviço prestado pelo professor, nessa condição. Idêntico tratamento e de ser dispensado ao

tempo de serviço prestado pelo professor, no exercício de função de direção de escola de ensino fundamental, ou outras assemelhadas, para os efeitos de direito.

O que não é possível é admitir-se -como se viu — que a aposentadoria especial em tela seja estendida, indistintamente, a todos os integrantes do Quadro do Magistério, como admitido na literalidade do texto do art. 286 da Constituição do Estado de Minas Gerais, sob apreciação."

Nesse ponto, ousou divergir desse entendimento, porque penso que o mandamento constitucional do artigo 40, III, b, se sobrepõe a quaisquer regras da legislação ordinária, como a citada Lei nº 5.540/60, que, no caso, além de anterior a própria Constituição, com ela é incompatível. Além disso, sem vislumbrar exceções, creio que a Constituição Federal, ao assegurar aposentadoria especial aos professores, dirige-se, exclusivamente, como afirmou o eminente Ministro JOSÉ NERI DA SILVEIRA, em seu voto no julgamento da ADIN nº 122-1-SC, ao professor, vale dizer, aquele que tem atividade docente em classe, atividade direta e ordinária com os alunos. Aliás, foi muito bem observado pela Procuradoria-Geral da República, em seu parecer nos autos da ADIN nº 152-3-MG, que "o cargo em comissão de Diretor de Escola nem sempre é ocupado por professores em atividade, sendo facultado o seu exercício por aposentados e por especialistas de educação (Orientador Educacional, Supervisor Pedagógico, Inspetor Escolar e Administrador Educacional), conforme dispõe o artigo 153, combinado com os artigos 155 e 21 da citada Lei estadual nº 7.109, de 1977. Consoante foi ressaltado, a Constituição Federal concede aposentadoria especial apenas ao professor ou professora no efetivo exercício do magistério, ou seja, ao ocupante do cargo de provimento efetivo de professor, e que esteja ministrando aulas".

No Estado do Rio Grande do Sul, ocorre o mesmo, isto é, a função de diretor e de vice-diretor de escolas não necessita ser exercida, obrigatoriamente, por professor. Segundo estabelece o artigo 3º da Lei nº 9.233, de 13 de fevereiro de 1991, poderá concorrer a essas funções todo o membro do magistério público estadual que possua curso de Pedagogia com habilitação em Administração Escolar ou habilitação superior na área de educação, tendo, no mínimo, 3 (três) anos de efetivo exercício no Magistério Público Estadual.

Diante disso, não vejo porque uma interpretação menos abrangente das normas constitucionais sobre a aposentadoria especial do professor possa trazer dificuldades consideráveis para o recrutamento de diretores e vice-diretores, já que esses, necessariamente, não precisam ser professores. De outra parte, questões de mera conveniência administrativa não podem, a meu ver, ser consideradas na interpretação das normas constitucionais, que se dirigem para o presente e o futuro. O intuito do hermeneuta, ao buscar o sentido de tais regras, será sempre o de desvendar o seu real alcance, sem se deixar influenciar pela conveniência ou oportunidade momentâneas de tal ou qual medida. Essa preocupação cabe ao legislador, tão-somente.

13. Assim, pelo exposto, e reiterando posição por mim adotada desde outubro de 1981, opino no sentido de que faz jus a aposentadoria especial apenas aquele servidor provido em cargo de professor ou contratado como professor, que exerça, efetivamente, atividade docente, ministrando aulas. Respondendo, pois, as duas perguntas formuladas pela Secretaria do Planejamento e da Administração, concluo: 1) que a decisão proferida no julgamento da ADIN nº 152-3-MG declarou a inconstitucionalidade, por inteiro, como nulo e sem nenhum efeito, do artigo 286 da atual Constituição do Estado de Minas Gerais (vide voto do eminente Relator Ministro ILMAR GALVÃO) e 2) que tal decisão, por constituir a forma de pensar do Supremo Tribunal Federal, desde 1986, constitui regra jurisprudencial a ser seguida, segundo meu entendimento, em todos os casos de aposentadoria com fundamento no artigo 40, III, b, da Constituição

Federal, inclusive, como foi perguntado, nos casos de aposentadoria do pessoal do magistério estadual regido pela Lei nº 6.672/74 e legislação posterior.

Importando tal entendimento, no entanto, modificação da atual jurisprudência administrativa do Estado, sou de opinião que o tempo até agora qualificado como de efetivo exercício em funções de magistério, conforme orientação desta Procuradoria-Geral do Estado, deva ser respeitado para a aquisição de futuras aposentadorias de professores. Assim me parece diante da necessidade que existe de haver segurança e estabilidade nas relações entre a Administração e seus servidores, especialmente como no presente caso, quando há mais de dez anos vem sendo seguida orientação diversa sobre o assunto. Nesse sentido, veja-se o Parecer nº 7700, da eminente Procuradora do Estado Doutora MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES, ratificado pelo Parecer nº 9336, do eminente Procurador do Estado Doutor MAURÍCIO AZEVEDO MORAES.

Quanto as aposentadorias especiais já concedidas e aquelas já adquiridas, por ter o servidor, nessas últimas, preenchido todos os requisitos exigidos, embora sem a apresentação do requerimento, estão elas protegidas, respectivamente, pelo ato jurídico perfeito e o direito adquirido, mesmo que para tanto tenha sido considerado tempo de magistério estranho a atividade docente, de acordo com o entendimento até agora seguido por esta Procuradoria-Geral, as mesmas não se aplicando, conseqüentemente, a nova orientação.

Este é o meu parecer.

Porto Alegre, 12 de novembro de 1992.  
 ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS  
 PROCURADORA DO ESTADO  
 Processo nº 20903-13.00/92.4 - SPA

(1)

Acolho as conclusões do Parecer nº 9550, da Procuradoria de Pessoal, de autoria da Procuradora do Estado Doutora Rosa Maria Peixoto Bastos.

Com relação ao direito adquirido, entendo pertinente transcrever o ensinamento magistral de VICENTE RAO, segundo o qual: "A inviolabilidade do passado e princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano, pois, segundo as sábias palavras de Portalis, o homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não se pudesse julgar seguro nem sequer quanto a sua vida passada. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso do seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas. Na ordem do universo e da natureza, só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira da nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade querer mudar, ATRAVÉS do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças" (O direito e a vida dos direitos, v. 1, p. 428).

Submeta-se o expediente a deliberação do Excelentíssimo Governador do Estado.

Em 26 de fevereiro de 1993.

Gabriel P. Fadel,  
Procurador-Geral do Estado.  
Processo nº 20903-13.00/92.4 - SPA

(2)

Tendo em vista o que consta do processo, APROVO o Parecer nº 9550, da Procuradoria-Geral do Estado, que conclui no sentido de que faz jus a aposentadoria especial prevista no artigo 40, inciso

III, alínea b, da Constituição Federal em vigor, apenas o servidor provido em cargo de professor, que exerça, efetivamente, atividade docente, ministrando aulas.

Importando tal entendimento, no entanto, modificação da atual jurisprudência administrativa do Estado, deverá ser respeitado para a aquisição de futuras aposentadorias de professores o tempo até agora qualificado, segundo entendimento da Procuradoria-Geral do Estado, como de efetivo exercício em funções de magistério.

Quanto as aposentadorias especiais já concedidas e aquelas já adquiridas, por ter o servidor, nessas últimas, preenchido todos os requisitos exigidos, embora sem a apresentação do requerimento, estão elas protegidas, respectivamente, pelo ato jurídico perfeito e pelo direito adquirido, mesmo que para tanto tenha sido considerado tempo de magistério estranho a atividade docente, de acordo com o entendimento até agora seguido pela Procuradoria-Geral do Estado, as mesmas não se aplicando, conseqüentemente, a nova orientação.

Publique-se, para conhecimento da alteração da jurisprudência administrativa do Estado, sobre a matéria.

À Procuradoria-Geral do Estado, para as devidas anotações. Após, a Secretaria do Planejamento e da Administração.

Em 26 de fevereiro de 1993.

Alceu Collares,  
Governador do Estado

PARECER Nº 13048

*José Guilherme Kliemann*

SERVIDORES "TRANSPOSTOS": EXTRANUMÉRARIOS, INTERINOS E CONTRATADOS ESTABILIZADOS. LEI COMPLEMENTAR Nº 10.098/94, ART. 276 E PARÁGRAFOS. REGIME PREVIDENCIÁRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.98. QUESTIONAMENTOS.

O Senhor Secretário de Estado da Administração e dos Recursos Humanos substituto encaminha a esta Procuradoria-Geral do Estado questionamentos da Assessoria Jurídica da SARH acerca da incidência de algumas normas da Emenda nº 20 à Constituição Federal e seus reflexos ao regime de previdência dos servidores extranumerários, que não titulam cargo de provimento efetivo.

De acordo com a manifestação de encaminhamento, "as alterações de texto na Constituição Federal são claras no sentido de que somente os cargos efetivos são portadores da possibilidade de manterem regime complementar de previdência", sendo as seguintes as questões formuladas:

"E em decorrência disto, deve-se perguntar como fica o regime previdenciário destes servidores, extranumerários que obtiveram o direito à aposentadoria após o marco temporal de 16.12.98?

"É o de previdência geral ou do Estado?

"Enfrenta esta Pasta outros questionamentos acerca de aposentadoria de servidores extranumerários que, v.g., solicitaram inativação após terem implementado idade para inativação compulsória após o marco temporal de 16.12.98?

“E os servidores extranumerários que vão aposentar-se por ‘laudo’, ou seja, por invalidez, como fica o seu regime de previdência?”

A Sra. Dirigente da Equipe de Consultoria da Procuradoria de Pessoal fez anexar cópia de expediente do Tribunal de Contas do Estado, no qual se inclui, dentre outras peças, o Parecer nº 46/99, de autoria do Auditor Substituto de Conselheiro Cesar Santolim, assim ementado:

“Aposentadoria. Servidor ‘transposto’ na forma do art. 276 da Lei Complementar RS nº 10.098/94. Regime previdenciário aplicável, especialmente à luz do texto da Emenda Constitucional nº 20/98.

O bem elaborado Parecer, com apoio no magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e em diversos Pareceres desta PGE, encerra conclusão no sentido de que os servidores transpostos devem ser inativados na forma do regime previdenciário próprio dos servidores públicos estaduais.

É o relatório.

2. Trata-se do exame do regime previdenciário dos servidores estaduais interinos, extranumerários e contratados, que se vale-ram da possibilidade de serem transpostos para cargos submetidos ao regime estatutário, de acordo com o previsto no artigo 276 e parágrafos da Lei Complementar nº 10.098, de 3 de fevereiro de 1994.

Com o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.150-2, ficou afastada do mundo jurídico a expressão contida no § 2º do art. 276 da LC 10.098/94 “operando-se automaticamente a transposição dos seus ocupantes”, bem assim foi conferida interpretação conforme à Constituição Federal para excluir do alcance dos §§ 3º e 4º do mesmo art. 276, o último com a redação da Lei nº 10.248/94, as funções ou empregos relativos a servidores celetistas que não se submeteram a concurso público (CF, art. 37, II) ou concurso de efetivação (ADCT, art. 19, § 1º).

Assim sintetizou a questão o Parecer nº 12209, da lavra da Procuradora do Estado Elaine de Albuquerque Petry:

“O instituto da transposição, interessa lembrar, originado do artigo 276 da Lei Complementar nº 10.098, de 3 de fevereiro de 1994, no direito estatutário estadual, consistiu na transformação de cargos ocupados por interinos e das funções dos contratados, em cargos de provimento efetivo, neles operando-se, automaticamente, a titulação dos respectivos ocupantes, naturalmente sem a prévia prestação de concurso público de provas ou de provas e títulos...”

“Destarte, com a decisão final do Excelso Pretório, cujo acórdão está publicado, os chamados transpostos da Administração Pública direta, autárquica e fundacional reputam-se servidores estatutários sujeitos ao regime do direito público, e vinculados à relação de função pública sem titulação de cargo efetivo, inclusive às normas da Lei Complementar nº 10.098 que não se destinem exclusivamente aos ocupantes de cargos.”

“Trata-se de excluir do texto legal, por incompatível com o modelo constitucional vigente, a própria transposição ou enquadramento dos servidores abrangidos pela benesse; de outro lado, uma vez que está mantido o caput do artigo 276 da Lei Complementar nº 10.098, está igualmente mantida a submissão ao regime jurídico instituído pela mesma Lei Complementar, na qualidade de servidores públicos, ‘aos servidores estatutários da Administração Direta, das autarquias e das fundações de direito público, inclusive os interinos e extranumerários, bem como os servidores estabilizados vinculados à Consolidação das Leis do Trabalho’, desde que não tivessem exercido opção negativa inscrita no p. 1º do preceito em referência.”

Deixe-se patente que, de acordo com a referida decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 1.150, os servidores 'transpostos', não obstante regidos pelo Estatuto dos Servidores, não ocupam cargo efetivo, constando do voto do Sr. Min. Néri da Silveira, verbis:

"Pois bem, declarando-se, eventualmente, inconstitucionais as expressões constantes do § 2º do art. 276, ou seja, 'operando-se automaticamente a transposição de seus ocupantes', qual propõe o voto do ilustre Relator, disso resultará que, estando transformados em cargos de provimento efetivo os cargos providos por interinos, as funções de extranumerários e de contratados, os ocupantes dessas situações precárias ficarão no sistema do regime jurídico único, ut caput do art. 276 em apreço, sem prover, todavia, cargo efetivo, nem ocupar funções, pois estas foram transformadas em cargos, cujo provimento pelos ocupantes das funções de extranumerários, contratados e interinos não será possível, pelo óbice constitucional do art. 37, II, da Constituição Federal, se não ocorrer a sujeição ao concurso, previsto no art. 19, § 1º do ADCT de 1988. Com suas funções de extranumerários e contratados transformadas, objetivamente, em cargos de provimento efetivo, em classe inicial, em número certo, e nesses cargos novos de provimento efetivo não podendo ser providos, decorrerá disso que esses servidores, submetidos ao regime jurídico único, de natureza estatutária, por força do caput do art. 276 em foco, nele permanecerão, despojados, entretanto, das funções que ocupavam, eis que essas terão sido transformadas validamente em cargos de provimento efetivo, observada a identidade de denominação e equivalência das atribuições com cargos correspondentes dos respectivos quadros de pessoal."

3. Impende frisar, como preliminar, que o debate aqui enfrentado tem como pressuposto a manutenção da norma inserta no caput do artigo 276 da LC nº 10.098/94, uma vez que a referida ADIn nº 1.150, proposta pelo Sr. Procurador-Geral da República, curiosamente não a teve como objeto, no que, data vênua, não comungou com a melhor técnica jurídica.

E tal observação afigura-se necessária dada a duvidosa constitucionalidade da norma, tanto sob o aspecto formal quanto material - motivo de alerta por esta Procuradoria-Geral -, e que mereceu, inclusive, o veto por parte do Sr. Governador do Estado, assim fundamentado:

"O artigo 276 do Projeto, decorrente de emenda de Parlamentar, apresenta vício de iniciativa e inconstitucionalidade material ao suprimir a exigência de concurso para a efetivação dos servidores estaduais em desacordo com o parágrafo 1º do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal e porque permite a efetivação dos servidores das fundações de direito público.

"O artigo em tela transformou, indiscriminadamente, sem poder fazê-lo, servidores celetistas em estatutários, conferindo-lhes cargos públicos sem distinguir os estabilizados dos não estabilizados e os concursados dos não concursados.

"Assim, o artigo 276 afronta disposições expresas da Carta Federal e princípios de organização administrativa nela constantes, como se demonstrará."

(transcrição parcial das razões de veto)

Destarte, a relevância dos questionamentos e o posicionamento que motivam permanecem se e enquanto hígida estiver a norma que promoveu a 'transposição' dos servidores - os interinos e

extranumerários, bem como os celetistas estabilizados - para o regime jurídico único.

4. Dispõe a Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda nº 20:

“Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.”

.....

“§ 13 - Ao servidor ocupante, exclusivamente de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.”

Também com pressuposto ao desenvolvimento das ponderações seguintes, tem-se a compatibilidade das normas acima transcritas com a própria Carta Federal. Deve-se destacar o reconhecimento de que a tese que defendia a inconstitucionalidade do § 13 do artigo 40 da CF, ainda que com sólidos e respeitáveis argumentos<sup>1</sup> Examinem-se, por todos, o Parecer PGE nº 12688, do Procurador RICARDO ANTONIO LUCAS CAMARGO, e o artigo de IVAN BARBOSA RIGOLIN. “A Filiação dos Ocupantes de Cargo em Comissão Deve mesmo Ser ao INSS? A Possível Inconstitucionalidade do § 13 do art. 40 da Constituição”, Boletim IOB, DCAP, ano III, nº 8, págs. 7/21.1, perdeu relevância diante do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da medida cautelar na ADIn nº 2024, ocorrido em 27.10.99, relatado pelo Sr. Min. Sepúlveda Pertence. Na ocasião, o Plenário do STF indeferiu, à unanimidade, o pedido de liminar, manifestando entendimento, não definitivo, no sentido de inexistir mácula a qualquer dispositivo constitucional. E, como no controle concentrado de

constitucionalidade a causa petendi é aberta, constitui-se a negativa de liminar, sobretudo uníssona (e ausentes apenas dois Senhores Ministros), em significativo indício quanto ao resultado de mérito.

Da ementa acórdão, recentemente publicado, extraem-se os seguintes excertos, que sintetizam com precisão o decidido:

“II. Previdência social (CF, art. 40, § 13, cf. EC 20/98): submissão dos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, assim como os de outro cargo temporário ou emprego público ao regime geral de previdência social: arguição de inconstitucionalidade do preceito por tendente a abolir a ‘forma federativa do Estado’ (CF, art. 60, § 4º, I): implausibilidade da alegação: medida cautelar indeferida.

“1. A ‘forma federativa de Estado’ - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.

“2. À vista do modelo ainda acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originária da Constituição de 1988, o preceito questionado da EC 20/98 nem tende a abolir-lo, nem sequer a afetá-lo.

“3. Já assentou o Tribunal (MS 23047 - ML, Pertence), que no novo art. 40 e seus parágrafos da Constituição (cf. EC 20/98), nela, pouco inovou ‘sob

a perspectiva da Federação, a explicitação de que aos servidores efetivos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, 'é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial', assim como as normas relativas às respectivas aposentadorias e pensões, objeto dos seus numerosos parágrafos: afinal, toda a disciplina constitucional originária do regime dos servidores públicos - inclusive a do seu regime previdenciário - já abrangia os três níveis da organização federativa, impondo-se à observância de todas as unidades federadas, ainda quando - com base no art. 149, parág. único - que a proposta não altera - organizem sistema previdenciário próprio para os seus servidores': análise da evolução do tema, do texto constitucional de 1988, passando pela EC 3/93, até a recente reforma previdenciária.

"4. A matéria da disposição discutida é previdenciária e, por sua natureza, comporta norma geral de âmbito nacional de validade, que à União se facultava editar, sem prejuízo da legislação estadual suplementar ou plena, na falta de lei federal (CF 88, arts. 24, XII, e 40, § 2º): se já o podia ter feito a lei federal, com base nos preceitos recordados do texto constitucional originário, obviamente não afeta ou, menos ainda, tende a abolir a autonomia dos Estados-membros que assim agora tenha prescrito diretamente a norma constitucional sobrevinda."

5. A dúvida quanto ao regime previdenciário dos 'transpostos' advém precisamente da redação conferida ao artigo 40 da Constituição pela Emenda nº 20, a qual passou a determinar que tão-somente podem vincular-se ao regime próprio de previdência os servidores titulares de cargo efetivo.

E os servidores 'transpostos', como visto, muito embora vinculados ao regime jurídico único, não titulam cargo efetivo, o que, em

um primeiro momento, poderia levar à conclusão de estarem excluídos do regime previdenciário próprio do Estado. E tal não seria desarrazoado, pois, em princípio, comungaria com disposição da novel norma, que prestigia aqueles que tenham logrado vinculação através de concurso público de provas ou de provas e títulos. Ademais, "O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos quer, no caso do Direito, pela atuação dos Tribunais." 2 STF, Plenário, Recurso Extraordinário nº 166.772-RS, rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. em 12.05.94.2

Todavia, o debate - que envolve, inegavelmente, conteúdo complexo e controverso - não admite redução à mera letra da norma, mesmo porque não contém o § 13 do artigo 40 menção expressa ao servidores cuja situação ora se examina, os quais não se enquadram no conceito de cargos em comissão, cargos temporários ou empregados públicos (pois que deixaram de manter vínculo regido pelo regime consolidado das leis do trabalho). Os servidores abrangidos pelo art. 276 do Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do RS verdadeiramente se encontram em uma posição sui generis.

Examinem-se as razões do mencionado Parecer-TC nº 46/99, do Auditor Substituto de Conselheiro Cesar Santolim, naquilo que neste momento importa considerar:

"Não impressiona a exegese literal do texto do 'caput' do art. 40, com a redação que lhe foi dada pela EC nº 20/98, ao fazer alusão aos 'servidores titulares de cargos efetivos' porque o que ali se buscou foi distinguir a situação excepcional do servidor ocupante, 'exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou

de emprego público' (§ 13 do mesmo artigo 40), que embora servidores públicos, e vinculados à Administração Pública, submetem-se ao regime geral da previdência social. Esta exclusão (expressa e insiste-se, excepcional) só pode receber interpretação restritiva, em atenção às mais elementares regras de hermenêutica.

“E o fundamento da diferenciação não é outro senão aquele que dá suporte ao já mencionado Parecer nº 01/99, desta Auditoria: a necessidade do tratamento assimétrico entre aqueles que possuem vínculo permanente com a Administração Pública e aqueles que só o tem em caráter acidental. Ora, como fartamente se demonstrou, os servidores ‘transpostos’, ainda que não detenham cargo, desempenham funções públicas em caráter permanente, são efetivos e vinculados a regime estatutário, não se lhes aplicando, a qualquer título, a exceção do § 13. A redação do ‘caput’ do art. 40 não cogita destes servidores extranumerários por uma singela razão: como se evidenciou no julgamento da ADIn nº 1.150-2, sua presença em nosso ordenamento jurídico é assistemática, embora, ao menos enquanto reconhecida a constitucionalidade do disposto no art. 276 da Lei Complementar nº 10.098/94, inevitável.”

Tal entendimento encontra amparo na lição da em. Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 12ª ed., 2000, págs. 449/450):

“Há que se lembrar também que alguns Estados e Municípios não implantaram o regime jurídico único previsto no artigo 39 da Constituição, em sua redação original. Foi o que ocorreu no Estado de São Paulo, onde até hoje existem servidores que exercem a chamada função-atividade, com base na Lei nº 500,

de 13-11-74, que corresponde a funções de caráter permanente, para as quais o ingresso se fazia mediante processo seletivo. Tais servidores nem ocupam cargo efetivo a que se refere o caput do artigo 40, nem ocupam cargo em comissão, cargo temporário ou emprego público, referidos no § 13 do mesmo dispositivo. Eles têm uma situação muito semelhante a dos servidores efetivos, na medida em que foram admitidos por processo seletivo; seu regime é estatutário, porque estabelecido por lei; a maior parte deles adquiriu estabilidade com base no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O caráter de temporariedade e de precariedade da forma de provimento e exoneração, presente no casos previstos no § 13, não existe com relação a esses servidores. A eles deve aplicar-se, por analogia, o caput do artigo 40”.

Também a d. Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo expressa semelhante entendimento através dos Pareceres PA-3 nº 210/99 e PA-3 nº 301/99, que, conquanto dirigidos à situação dos servidores daquele Estado regidos pela Lei-SP nº 500/74, tratam também de servidores extranumerários.

E a legislação estadual ampara tal entendimento, disposto a Lei-RS nº 11.129, de 18 de fevereiro de 98:

“Art. 1º - Aplica-se aos servidores públicos do Estado providos em cargos ou admitidos para empregos temporários o disposto no art. 40, inciso III, alíneas ‘c’ e ‘d’ da Constituição Federal.

“Parágrafo único - O disposto no ‘caput’ se estende aos servidores transpostos com fundamento no art. 276 da Lei Complementar nº 10.098, de 03 de fevereiro de 1994, e não se aplica aos servidores providos em comissão ou admitidos em caráter emergencial.”

Os argumentos, pois, são relevantes e autorizam a conclusão de que a permanência de servidores 'transpostos' no regime previdenciário próprio do Estado não ocasiona, em princípio, colisão com as normas da Carta Federal, introduzidas pela Emenda nº 20/98.

6. Cumpre, contudo e nesse contexto, ressaltar que a sedimentação dessa orientação deverá advir com a realização do chamado "concurso de efetivação", previsto no art. 19, § 1º, do ADCT da Constituição Federal.

Com efeito, pelo concurso ter-se-ia o provimento de cargos e a efetivação dos servidores, com o quê extirpa-se as dúvidas a vinculação dos servidores ao regime próprio de previdência, havendo destacado o em. Min. Néri da Silveira, no voto proferido no julgamento da sempre referida ADIn nº 1.150, que "Ao Estado, evidentemente, caberá providenciar a realização do 'concurso de efetivação' desses servidores estabilizados pelo art. 19 do ADCT, que, segundo as informações, atingem o número de 37.402."

E pelo Min. Nelson Jobim foi asseverado, de forma em tudo pertinente: "A declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo ocasionará, eventualmente, o surgimento de problemas que só poderão ser solucionados mediante concurso de efetivação, em que, havendo o problema, resolve-se com a sua extinção."

Muito embora, como já explicitado no Parecer nº 12209, da Procuradora Elaine de Albuquerque Petry, seja a realização de concurso, público ou 'de efetivação', uma decisão administrativa dependente do juízo discricionário do administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, no caso em foco o concurso assume especial relevância, não podendo, como fez constar o Sr. Min. Marco Aurélio ao proferir voto na ADIn suso-referida, ser colocado em plano secundário.

7. E, postas tais circunstâncias, afigura-se imprescindível distinguir as situações, na medida em que não seria razoável desconsiderar - nessa fase de transição - que, dentre os servidores albergados pela norma do artigo 276 do Estatuto dos Servidores, os 'transpostos', alguns mantêm-se, desde muito, vinculados ao regime geral de previdência social, enquanto outros já estabeleceram liame com o sistema previdenciário do Estado, significa dizer, têm sua aposentadoria a cargo do Tesouro do Estado e os demais benefícios previdenciários do Instituto de Previdência do Estado, a partir dos registros e das contribuições correspondentes, previstos na legislação estadual.

Assim, e porque não há falar-se em inexistência de regime previdenciário aos servidores extranumerários, interinos e contratados estabilizados, que se encontram, obviamente, sob o amparo da legislação, seja aquela que norteia o regime geral de previdência, seja a do regime próprio estadual, tem-se que os servidores permanecem vinculados àquele regime em que estavam à data da edição da Emenda nº 20, ao menos até que se consolide sua situação, possivelmente como servidores efetivos. E a permanência, fixada em um dado momento, visa a não carrear mais instabilidade e incerteza a uma situação que já é, na adjectivação do próprio Excelso Pretório, precária, e porque a Carta Federal não se deteve - e nem seria exigível que o fizesse - em disciplinar especificamente cada uma das particulares situações funcionais localizáveis nos estados e municípios.

Esta situação pode levar à existência transitória de um regime híbrido, na medida em que, ainda para aqueles servidores vinculados ao RGPS, exsurta para o Estado a obrigação de pagar diferença de proventos relativamente ao que perceberem da previdência social federal e suas remunerações, se houver e nos termos da lei, não apenas porque assim o quis o legislador estadual (e.g. a Lei Complementar nº 10.776/96), mas porque a diferenciação atingiria o princípio constitucional isonômico, de múltipla dimensão.

Gize-se e reafirme-se que tal situação reveste-se de especialidade, alcançando um número certo e determinado de servidores (o Min. Néri da Silveira referiu serem 37.402), e perdura nas condições acima referidas, significa dizer, consubstancia uma situação provisória e inextensível a quaisquer outros servidores que estejam vinculados ou venham a se vincular ao Estado, independentemente da natureza jurídica de tal vinculação. Lida-se, portanto, segundo reconhecido pela Assembléia Legislativa do Estado nas informações que prestou na ADIn nº 1.150-2, com um quadro à parte, em extinção.

8. Diga-se, a fim de antecipadamente solver eventuais questionamentos, que aos servidores que permanecem celetistas (por não terem alcançado a estabilidade prevista no art. 19 do ADCT ou por haverem realizado a opção negativa a que alude o § 1º do art. 276 da Lei nº 10.098/94), aos temporários e aos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão não assiste o direito de, uma vez vinculados ao regime geral de previdência social, nos termos do § 13 do artigo 40, terem seus proventos complementados por parte do Estado<sup>3</sup> É de IVAN BARBOSA RIGOLIN, op. cit., pág. 19, a observação: "Pela Lei nº 8.231, o segurado faz jus a toda a sorte de prestações elencadas no seu art. 18. Quanto às aposentadorias ali previstas, pela Constituição Federal não existe obrigação alguma de que sejam complementadas pelo Município" [ou pelo Estado].<sup>3</sup> Tais servidores, que não eram destinatários das normas constitucionais que garantiam a paridade de vencimentos e proventos, não tiveram assegurada a benesse, não mais competindo ao legislador estadual, uma vez constitucionalizada a matéria, dispor a respeito.

Em conclusão e nos termos acima expostos, devem os servidores 'transpostos', por sua situação sui generis, permanecer vinculados ao regime geral de previdência social ou ao regime previdenciário do Estado, conforme for a vinculação até a data de

promulgação da Emenda nº 20 à Constituição Federal, sendo respectivamente do Instituto Nacional do Seguro Social ou do ente público estadual a responsabilidade pela concessão dos atos de aposentadoria, ainda que posteriores à denominada Reforma da Previdência. Responderá o Estado, em relação aos servidores vinculados ao RGPS, pela eventual complementação dos valores dos proventos de aposentadoria, se inferiores ao valores das remunerações, nos termos da lei.

Ressalta-se, outrossim, a relevância da realização do concurso previsto no artigo 19, parágrafo 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal.

Tendo em consideração a diversidade de situações envolvidas, possíveis questionamentos específicos deverão ser objeto de enfrentamento, a medida em com eles se deparar a Administração Estadual, em trabalhos futuros, mesmo porque, conforme destacado no Parecer PA-3 nº 301/99, da PGE de São Paulo, as alterações introduzidas pela Emenda nº 20 à Constituição Federal ainda se ressentem de estudos aprofundados da doutrina e de orientação em nossos Tribunais, com o quê perfeitamente admissíveis interpretações divergentes a respeito.

É o parecer.

Porto Alegre, 04 de maio de 2001.

José Guilherme Kliemann,

Procurador do Estado.

Processo nº 000732-24.00/00.4 - SARH

(1)

Acolho as conclusões do PARECER nº 13048, da Procuradoria de Pessoal, de autoria do Procurador do Estado Doutor JOSÉ GUILHERME KLIEMANN, aprovado pelo Conselho Superior na sessão realizada no dia 28 de junho de 2001.

Encaminhe-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Administração e dos Recursos Humanos.

Em 29 de junho de 2001.  
Paulo Peretti Torelly,  
Procurador-Geral do Estado.

PARECER Nº 13636

*Leandro Augusto Nicola de Sampaio*

Função institucional do Procurador do Estado, enquanto agente político integrante de instituição necessária e essencial à existência do próprio Estado. Natureza das atribuições constitucionais. Posicionamento no sistema de organização do poderes instaurado pela Ordem Constitucional de 1988.

Vêm-me dois expedientes instaurados por Procuradores do Estado questionando a aplicabilidade do disposto no artigo 98 da Lei 9.504/97, à carreira institucional da Advocacia de Estado.

Submetidos os processos ao exame da Corregedoria-Geral desta Casa e de suas instâncias administrativas, de onde restou sugerido manifestasse a Consultoria desta Casa o seu pronunciamento.

É o relatório.

Presente na Constituição Federal, no capítulo que trata da Organização dos Poderes, a advocacia pública constitui, no âmbito estatal, junto com o Ministério Público e a Defensoria, o que se tem denominado, na respeitada doutrina de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, renomado administrativista pátrio, um Poder Funcional.

As funções essenciais à Justiça - e a Justiça é um valor da concepção do Estado - constituem autêntico Poder, tripartido nas três Funções nomeadas (advocacia pública, Ministério Público e Defensoria) que, sendo essenciais, e o termo adotado pela Carta é este o que, sem dúvida, em se tratando de Constituição, é deveras significativo, o são à própria essência e existência do Estado.

Os agentes da advocacia pública - no caso do Estado do Rio Grande do Sul, os seus procuradores - são essenciais à existência do Estado democrático de direito. Detêm munus público constitucionalmente radicado no capítulo que trata dos Poderes de Estado.

O Procurador do Estado reveste-se da titularidade de um Poder Funcional do Estado. Quando fala, em juízo ou em consultoria, expressa a vontade do Estado.

A posição institucional dos Procuradores do Estado é, portanto, de indiscutível relevância. Traz-se, por oportuna, a lição de Procurador do Estado MARIO BERNARDO SESTA, ilustre jurista gaúcho, exarada em trabalho de doutrina intitulado "ISONOMIA REMUNERATÓRIA DAS CARREIRAS JURÍDICAS", publicado na respeitada REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO (RPGE, Porto Alegre, 1993, vol. 20, n. 48, p. 11-43)

"A atribuição do radical constitucional aos órgãos incumbidos daquilo que se chamou de 'funções essenciais à Justiça', e que é, sem dúvida, uma das disposições mais relevantes do novo constitucionalismo brasileiro, transforma aquelas instituições em órgãos de Estado, integrantes obrigatoriamente do contexto organizacional do Estado. Assim sendo, esses órgãos passam, na mesma medida (não uns mais do que outros) a ter um papel que transcende à atividade meramente administrativa. De outra parte, é de reconhecer-se que, embora se constitua em notável avanço em termos de nomenclatura e topologia constitucionais, a regra do art. 135 expressa uma realidade que já se esboçava no nosso constitucionalismo. Enfim, se há matéria sobre a qual não pode pairar qualquer resquício de dúvida séria, respeitável, é exatamente a absoluta e total equivalência entre a carreira do Ministério Público e da Advocacia de Estado. Note-se: afinal que, até por terem sido exercidas indistintamente através do mesmo órgão na sua origem, são, a custódia da lei

e a advocacia de Estado, dentre as hoje chamadas funções essenciais à Justiça, as que maior semelhança guardam entre si: ambas pressupõem o patrocínio do mesmo interesse, que é o interesse público, uma sob o enfoque da Sociedade, outra sob o do Estado, que é a organização política daquela. Em nível de constitucionalismo estadual, no Rio Grande do Sul, a situação é ainda mais cristalina." (destacado no original)

Valho-me, novamente, da REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO (RPGE, Porto Alegre, 1995 v. 22, n. 51, p. 11-19) na qual DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, no artigo "A ADVOCACIA DE ESTADO E AS NOVAS COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS" disse:

"Chega-se, assim, às conseqüências sobre a advocacia do Estado, enquanto função essencial à Justiça, autônoma em relação aos Poderes do Estado. Desde logo se constata que as tradicionais funções públicas desenvolvidas pela advocacia de Estado - a consultoria e a representação judicial - já não são mais suficientes para atender às novas experiências federativas e administrativas, que tornam ainda mais complexos os problemas da gestão dos interesses públicos.

Registram-se, em decorrência, transformações adaptativas da advocacia de Estado quanto às suas finalidades, às suas modalidades e às suas características. Em maior ou menor grau, elas já são evidentes e, por isso, pautam a evolução próxima do instituto, revelando o que se deve entender em plenitude por essencialidade à justiça, como expresso no texto constitucional de 1988.

Quanto às finalidades, a ênfase na defesa dos interesses públicos se desloca do simples interesse

fazendário da pessoa jurídica para o interesse público primário da defesa da juridicidade integral da ação administrativa. O novo conceito de advocacia pública não a esgota na tradicional prossecução dos interesses materiais da Administração Pública senão que passa a envolver prioritariamente a satisfação dos interesses públicos imateriais, tal como expressos nos princípios da administração pública (art. 37, caput, e 70, caput, da Constituição).

A própria legalidade, como um dos princípios expressados, já não é mais suficiente para sustentar um conceito satisfatório de eticidade no agir administrativo; a legitimidade passa também a ser exigida, notadamente no controle dos excessos e distorções do emprego da discricionariedade, e a licitude vem a ser incorporada à ordem jurídica e passa a informar o controle da moralidade administrativa.

Quantos às modalidades, a consultoria e a representação judicial são hoje apenas o núcleo de uma constelação de funções da advocacia de Estado. Para a realização da promoção e da defesa do interesse público, as modernas funções dos órgãos dela encarregados se distribuem em três tipos de atividades: a orientação, a defesa e o controle jurídicos da atividade administrativa. A orientação jurídica envolve as funções de assistência jurídica e as de consultoria jurídica; a assistência é função ancilar e de apoio, exercida sem autonomia e em benefício de um órgão de decisão administrativa, enquanto que a consultoria é função principal (essencial), exercida com autonomia e em benefício imediato da própria ordem jurídica. A defesa jurídica é a atuação contenciosa, que evoluiu da representação judicial para um conceito de defesa integral, judicial e extrajudicial, inclusive nos contenciosos de regulação não-estatal e nos tribunais administrativos e pára-administrativos onde existam. O controle jurídico, por fim, se vem alçando a função mais importante da advocacia de Estado pelas extraordinárias potencialidades que se reconhecem em qualquer de suas modalidades: o controle prévio, o controle simultâneo e o controle posterior. Às vantagens da atuação preventiva, pela consultoria, acrescen-

ta-se a do acompanhamento da atividade administrativa enquanto ela se desenvolve.

Assim, diversificada, a advocacia de Estado vem apresentando certas características operacionais cada vez mais nítidas: a discricionariedade técnica, a despolitização, a privatividade e a independência funcional.

A discricionariedade técnica orienta a tomada de decisões segundo padrões objetivos cientificamente informados, sem interferência de considerações outras de qualquer natureza: o advogado do Estado decide e atua conforme sua ciência e sua consciência; segundo o direito e sua convicção.

Por isso mesmo, as ações da advocacia de Estado, no exercício de suas funções, são despolitizadas. Não importa o conteúdo de conveniência e oportunidade das escolhas dos agentes políticos e administrativos, mas apenas a sua submissão à ordem jurídica.

(...) Finalmente, mas não com menor importância, o desempenho dos advogados de Estado deve ser caracterizado pela independência funcional. Os órgãos da advocacia do Estado, tanto quanto os das demais advocacias públicas, o Ministério Público e a Defensoria Pública, são independentes nas suas funções técnicas, como funções essenciais à justiça que são, insuscetíveis de coação pela manipulação política de vencimentos, de vantagens, de progressão em carreira, de remoção ou transferência e por outros expedientes que visem a influenciar-lhes as decisões." (destacado no original)

É também de MARIO BERNARDO SESTA a idéia de que o interesse supremo do Estado, que é manifestado quer através de seus órgãos máximos, expressivos da soberania, quer através de todo o

complexo de órgãos de sua administração direta, quer, inclusive, através da vasta gama dos órgãos da chamada administração descentralizada é, nada mais, nada menos, do que a realização da justiça, visualizada esta de acordo com as concepções filosóficas e políticas, explícita ou implicitamente adotadas pela ordem institucional correspondente. É, por essa razão, por ser o interesse do Estado a realização da Justiça, que a sua tutela jurídica, tanto no patrocínio judicial quanto no aconselhamento preventivo é atividade essencial à Justiça.

Essencial à Justiça e, por conseguinte e como mera decorrência, essencial ao Estado de direito, cujo valor supremo é a realização da Justiça. A advocacia pública é personalizada nos seus procuradores, membros, agentes e detentores de Poder essencial à existência do Estado, que recebem institucionalmente mandato que os habilita a tutelar judicialmente o interesse público, enquanto interesse do próprio Estado.

Sobre os Procuradores repousa expressiva responsabilidade institucional na condução do sistema de controle do regime de legalidade administrativa e do patrocínio jurídico e judicial do interesse público, formulando as linhas básicas e mestras necessárias ao balizamento institucional da atuação do administrador público.

Para o resguardo da realização plena de suas atribuições institucionais - que não raro ferem interesses políticos ou administrativos de gestores - gozam os procuradores do Estado de prerrogativas e estão submetidos, como membros que são de Poder do Estado, a vedações, restrições e impedimentos para o exercício de suas próprias liberdades individuais, sempre em nome da garantia constitucional de estarem sujeitos a atuar no exercício das funções que lhes são cometidas com absoluta e total dedicação. Coerente o legislador que, para isso, concebe arcação jurídica estabelecendo garantias funcionais e patamares remuneratórios idênticos e parificados aos dos outros membros de Poder, como forma de tratar condignamente todos os seus agentes,

em níveis que compensem tantas e tantas responsabilidades e restrições à suas próprias liberdades e autonomias pessoais.

Nas para sempre lúcidas palavras externadas pelo Procurador do Estado JORGE ARTHUR MORSCH, quando exercia, em 1990, o mais alto e honroso posto da carreira, presidindo os atos de instalação do 16o Congresso Nacional de Procuradores do Estado, "os constituintes, buscando organizar melhormente as atividades pertinentes à defesa dos interesses do Estado, inspirados no modelo italiano, e sem dúvida, nos precedentes bem sucedidos existentes em alguns Estados da Federação, dentre os quais o Rio Grande do Sul, decidiram adotar radical constitucional específico para a Advocacia do Estado. Esta é, sem dúvida, uma das mais relevantes inovações do constitucionalismo contemporâneo brasileiro, reveladora de uma tomada de consciência da importância que o aconselhamento jurídico e a tutela judicial do interesse público, enquanto interesse do Estado, representam no contexto institucional de uma sociedade que se quer construir e conservar democrática."

Dizia mais:

"Efetivamente, do Estado contemporâneo não se espera somente a ação adstrita ao princípio da legalidade, nem tampouco que se limite à prestação da justiça como atividade restabeledora da paz social através da solução da lide.

Pretende-se mais: pretende-se que, de forma global e não adstrita ao equacionamento da lide, o estado contemporâneo se converta, como um todo, num instrumento de justiça. De certa forma, busca-se a superação do estado de direito por um estado de justiça.

Dentro dessa visão, que sem dúvida esteve presente no coração e na mente dos constituintes, nada mais lógico do que valorizar a Advocacia do Estado,

enquanto atividade voltada ao aconselhamento jurídico e a tutela judicial do interesse estatal, definindo-a como função essencial à justiça.

A relevância extraordinária, que a Advocacia de Estado conquistou no presente, leva-nos a uma reflexão sobre o passado da Instituição e da atividade que desenvolve.

Um sucinto exercício de caráter histórico nos transporta, com facilidade, às origens da advocacia de Estado na instituição dos Procuradores do Rei que, desprezando antecedentes isolados e mais remotos, estão ligados à atual Advocacia de Estado por uma linha evolutiva ininterrupta, particularmente perceptível e documentada na tradição jurídica luso-brasileira.

Com efeito, desde sua instituição, por Dom Aphonso III, no final do Século XIII, a instituição dos 'Procuradores do Rei' exercia como competência, principalmente, a defesa dos interesses do erário real, à época ainda não bem distintos dos do próprio monarca, e, secundariamente, a acusação pública, quando dela pudessem advir, a título de cominação, vantagens pecuniárias para o erário.

Essa instituição, origem inquestionável da Advocacia de Estado na tradição jurídica luso-brasileira, acompanhou a história portuguesa desde então até hoje e, com ela, veio ao Brasil: aqui se fez presente no período colonial e, como a independência, foi adotada pelo direito brasileiro, cruzando império e, adentrando no regime republicano, chega até os dias que correm, quando, como atesta inequivocamente a Constituição Federal de 1988, adquire relevância capital no contexto institucional do País.

Alguns aspectos dessa secular evolução histórica merecem ser ressaltados.

O impacto da Revolução Francesa evidentemente se fez sentir em Portugal. Ao contrário, porém do que ocorrera na França, onde a Revolução, no intuito de apagar totalmente os vestígios do antigo regime, terminou por desarticular o sistema então existente de tutela do interesse público, relativamente semelhante ao de Portugal, este País conservou a instituição dos 'Procuradores do Rei', aumentando, porém, em consonância com o legado francês, a importância da acusação pública, sempre, porém, a par da atividade de Advocacia de Estado.

Assim, configurou-se o que chamaríamos de modelo português, que se caracteriza pelo exercício conjunto, numa mesma instituição, das duas atividades pertinentes à defesa do interesse público; a Advocacia de Estado, vale dizer, a defesa dos interesses estatais; e a acusação pública e fiscalização da lei, vale dizer a defesa dos interesses da sociedade.

Com efeito, lado a lado com a defesa dos interesses do Estado, os Procuradores reais portugueses e brasileiros e, depois, no Brasil, os Procuradores da República, defendiam os interesses da sociedade, estes representados pela acusação pública e pela fiscalização da lei no processo.

Também é verdade que, com o correr do tempo, a atividade mais nova da instituição, que vem a corresponder à competência do Ministério Público, passou a dominar o cenário da instituição, com prejuízo para a defesa do interesse público, naquilo em que corresponde ao interesse estatal, prejuízo esse incompatível com a relevância desse aspecto da tutela do interesse público na democracia contemporânea.

Este modelo vigorou no Brasil e em nível federal até a Constituição de 1988, de certa forma, ainda vigora, na medida em que não foi implementada a disposição do artigo 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A Procuradoria-Geral da República, na esfera federal, é a versão contemporânea dos antigos Procuradores do Rei.

De longa data, porém vinha-se percebendo que o modelo português, outrora excelente, já não correspondia às necessidades de tutela do interesse público, na medida em que ambas as atividades se tornavam complexas, e por demais abrangentes para serem exercidas adequadamente por um mesmo e único Órgão. Além disso, não raro, a tutela dos interesses da sociedade contrapunham-se, num antagonismo insolúvel, diante do exercício das duas atividades por um mesmo e único Órgão.

Por outro lado, o equacionamento de dificuldades análogas ensejou que desde o início deste século, na Itália, se julgasse mais conveniente a institucionalização dicotomizada da tutela dos interesses do Estado, de um lado: e da tutela dos interesses da sociedade, através da acusação pública e fiscalização da lei, de outro lado. Assim, naquele País, organizaram-se, desde o início desse século, lado a lado, as instituições da 'avvocatura dello stato' e do Ministério Público, no mesmo nível de igualdade e com o mesmo estatuto jurídico da magistratura judicante.

A excelência organizacional e funcional desse modelo foi adotada pelo constituinte brasileiro, ao qual, sem dúvida, também passara despercebido que a mesma solução já fora adotada, com êxito, em alguns Estados da Federação brasileira, entre os quais o Rio Grande do Sul, onde, há mais de uma década, a Advocacia de Estado, a Magistratura judicante e o Ministério Público são instituições com radical constitucional específico e com estatuto jurídico rigorosamente paritário."

MORSCH afirmava, ainda:

"Há outras considerações do ponto de vista histórico e político que não podem deixar de ser registradas. É que, se considerarmos a história da Advocacia de Estado desde suas origens, no acervo da tradição luso-brasileira, isto é, desde os "Procuradores do Rei" até os dias de hoje, perceberemos que a evolução dessa instituição coincide com a transição do Estado absoluto para o Estado liberal e, posteriormente, com a transição do Estado liberal para a democracia participativa contemporânea.

De certo modo, a Advocacia de Estado é uma instituição símbolo da democracia contemporânea, na medida em que revela a consciência, institucionalizada e projetada no texto do Código Constitucional, de que a atividade estatal é sempre atividade liminarmente jurídica e, como tal, o aconselhamento jurídico e o patrocínio judicial dos interesses do Estado devem ser organizados de sorte a que se exerçam tendo em vista os valores pertinentes ao regime democrático.

Sem uma Advocacia de Estado devidamente institucionalizada, protegida pelas garantias peculiares às demais magistraturas, o interesse público, enquanto interesse estatal, não será aconselhado e tutelado com a impessoalidade, com a imparcialidade, e com a independência que lhe são inerentes, e que são essenciais à construção e à conservação da democracia que todos queremos.

Não foi, portanto, ao acaso, fruto de mera circunstância redacional, mas, sim, em razão de uma decisão política consciente que o constituinte brasileiro, não só arrolou a Advocacia de Estado como uma das instituições pertinentes ao arcabouço

constitucional do País, como Órgão de existência constitucional necessária. Fez mais do que isto: posicionou o respectivo radical constitucional, lado a lado com o Ministério Público e com o da Defensoria Pública, cognominando igualmente essas três atividades como “funções essenciais à justiça, sem estabelecer entre elas qualquer gradação. E dizendo-as essenciais à justiça, institucionalizou a convicção de que, sem elas, justiça não haverá e, por isso mesmo, dispôs esses mesmos radicais constitucionais no título pertinente à organização do Estado, após tratar do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário.

E nisso foi singularmente feliz, na medida em que os Procuradores do Estado, por sua peculiar condição jurídica e moral, enquanto Órgão de colaboração e representação, estão situados fora e acima do ordenamento estritamente burocrático da Administração Pública.

Não menos do que quaisquer outros agentes das chamadas categorias jurídicas, revestem-se da condição de agentes políticos, por sua pertinência indissociável ao arcabouço institucional do Estado de direito contemporâneo.

Sem acalentar sonhos exorbitantes, a Advocacia de Estado está consciente de seu papel constitucional e do significado mais profundo do procuratório que seus agentes exercem, no Estado de direito democrático.

Jamais se olvide que quando a nação brasileira comparece perante o Poder Judiciário, é um agente da Advocacia de Estado que fala em seu nome, quando um Estado da federação comparece em juízo, é um Procurador do Estado que fala em seu nome.” (destacado)

Na palestra proferida na aula inaugural da Escola Superior de Advocacia de Estado do Rio Grande do Sul, em março de 1994, publicada na novel e promissora REVISTA JURÍDICA DA ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (ReJur-APERGS, 2001, n. 1, p. 13, assim se pronunciou o professor JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“A advocacia pública assume, no Estado Democrático de Direito, mais do que uma função jurídica de defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública, mais até mesmo do que a defesa do princípio da legalidade, porque lhe incumbe, igualmente e veementemente a defesa da moralidade pública, que se tornou num valor autônomo constitucionalmente garantido”.

E apreciando a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN n. 881, em 02.08.1999, decidiu o egrégio Supremo Tribunal Federal, na pessoa do Ministro JOSÉ NERI DA SILVEIRA:

“Penso que o art. 132 da Constituição quis relativamente à advocacia de Estado, no âmbito dos Estados-membros e do Distrito Federal, conferir às Procuradorias não só a representatividade judicial, mas, também, o exame da legalidade dos atos, e o fez com a preocupação de atribuir essa função a servidores concursados e detentores do predicamento da efetividade. O grande objetivo foi o exame da legalidade dos atos do Governo, da Administração Estadual, a ser feito por um órgão cujos ocupantes, concursados, detenham as garantias funcionais. Isso conduz à independência funcional para o bom controle da legalidade interna, da orientação da administração quanto a seus atos, em ordem a que esses não se pratiquem tão-só de acordo com a vontade do administrador, mas também conforme a lei.”

São mais uma vez de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO as lúcidas e inteligentes palavras que transcrevo, que retirei do artigo "AS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA E AS PROCURATURAS CONSTITUCIONAIS" inserido na REVISTA JURÍDICA DA ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (ReJur-APERGS, 2001, vl. 1, p. 46-65 e que dão o necessário e devido contorno da natureza da Procuratura de Estado:

"As funções essenciais à Justiça se constituem num conjunto de atividades políticas preventivas e postulatórias através das quais interesses juridicamente reconhecidos são identificados, acautelados, promovidos e defendidos por órgãos tecnicamente habilitados, sob garantias constitucionais. (p.52). A advocacia pública destina-se à defesa dos interesses públicos bem como dos interesses individuais, coletivos e difusos que a ordem jurídica lhe cometer, com ou sem caráter exclusivo, e é praticada por profissionais de direito, agentes públicos, constituindo-se, no sentido amplo, no ministério público, sendo seus órgãos singulares os advogados públicos, e, órgãos coletivos as procuradorias das pessoas jurídicas de direito público, entre as quais se destacam as procuraturas constitucionais. A Constituição cria três tipos institucionais de procuraturas, estas encarregadas das funções essenciais à justiça, exercendo, cada uma delas, atribuições consultivas e postulatórias, todas bem definidas a nível constitucional (artigos 127, 129, 131, 132, 133 e 134 CF) e infraconstitucional (Constituições estaduais e respectivas leis orgânicas), voltadas a três conjuntos de interesses caracterizados. (p.54-55 -destacado)

O primeiro conjunto de interesses abrange, basicamente, dois importantes subconjuntos: os inte-

resses difusos da defesa da ordem jurídica e do regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 129, CF), em relação aberta, porquanto pode ser acrescida de outras funções, desde que compatíveis com a finalidade constitucional (art. 129, IX). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a advocacia da sociedade, e a procuratura que a tem a seu cargo é o Ministério Público em seus ramos federais, distrital federal e estaduais.

O segundo conjunto de interesses são os interesses públicos, assim entendidos os estabelecidos em lei e cometidos ao Estado, em seus desdobramentos políticos ( União, Estados e Distrito Federal). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a advocacia do Estado (art.131, para a União, e 132, para os Estados e Distrito Federal) e as procuraturas que a têm a seu cargo são a Advocacia-Geral da União (órgão coletivo) e os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (órgãos singulares).

O terceiro conjunto de interesses são individuais, coletivos e até difusos, mas todos qualificados pela insuficiência de recursos daqueles que devam ou queiram defende-los: são os interesses dos necessitados (artigo 5o, LXXXIV, da Constituição). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a advocacia dos necessitados e a procuratura que a tem a seu cargo é a Defensoria Pública federal, distrital federal e estadual (art. 134, CF). (p.55 - destacado)

Às três procuraturas constitucionais compete, em síntese, a função de controle institucional de provedoria, sendo portanto, públicas não só quanto à finalidade, mas também quanto aos agentes, pois são exercidas por agentes políticos, ór-

gãos do Estado (...) Exercem, em suma, os membros do Ministério Público, os Advogados (ou Procuradores) da União, os Procuradores do Estado e do Distrito Federal e os Defensores Públicos, no exercício do controle institucional de provedoria de sua respectiva competência, funções essenciais à justiça, em suas diferentes procuraturas públicas constitucionais." (p.55-56 - destacado)

Mais adiante, tratando dos princípios constitucionais das procuraturas e do regime de seus agentes, assim se expressou o magistral doutrinador:

"Pode-se extrair os seguintes princípios: essencialidade, institucionalidade, igualdade, unidade, organicidade unipessoal, independência funcional, inviolabilidade, autonomia administrativa e autonomia de impulso.

A essencialidade está afirmada na própria designação constitucional das funções. Elas não podem deixar de existir, com as características e roupagem orgânica que lhes são próprias, e nem tolhidas ou prejudicadas no seu exercício. Sua essencialidade, em última análise, diz respeito à manutenção do próprio Estado Democrático de Direito e à construção do Estado de Justiça.

A institucionalidade também resulta evidente da própria criação constitucional explícita, no caso do Ministério Público (artigo 127), da Advocacia Geral da União (art.131) e da Defensoria Pública e, implícita, quanto aos Procuradores de Estado e do Distrito Federal (art. 132). A igualdade decorre da inexistência de hierarquia entre os interesses cometidos a cada uma das funções essenciais à Justiça; a igual importância das funções determina a igualdade constitucional das procuraturas que as de-

sempenham. A unidade, que consiste na inadmissibilidade de existirem instituições concorrentes, com a mesma base política e com chefias distintas, para o exercício das funções cometidas a cada procuratura, como está explícita no caso do Ministério Público (art. 127, § 1o) e também da Advocacia Geral da União (art. 131, § 1o) e, implícita para os Procuradores de Estado do Distrito Federal e para a Defensoria Pública (artigos 132 a 134).

A organicidade unipessoal (...) cada agente das procuraturas é um órgão individual para empregar nomenclatura de MARCELLO CAETANO, com sua natureza institucional ligada ao cargo, desempenhado com independência técnico-profissional.(...) A independência funcional diz respeito à insujeição das procuraturas constitucionais a qualquer outro Poder do Estado em tudo o que tange ao exercício das funções essenciais à justiça. (...) Não obstante poderem atuar, em tese, em face a qualquer dos Poderes do Estado, não podem a eles se sujeitar nem deles receber influência quanto ao desempenho de suas funções. (...)A inviolabilidade é um consectário da independência funcional no que respeita às pessoas dos agentes públicos das procuraturas constitucionais. Assim como nenhum dos poderes pode interferir no desempenho das funções essenciais à justiça, nenhum deles pode constringer por qualquer modo, até mesmo pela manipulação de remuneração ou de qualquer outro direito, o agente nelas investido.(...) A autonomia administrativa consiste na outorga às procuraturas constitucionais, da gestão daqueles meios administrativos necessários para garantir-se-lhes a independência para atuar, mesmo contra os interesses de qualquer dos Poderes, notadamente do Poder Executivo (...) A autonomia de impulso, por fim, é o princípio fundamental da atuação das procuradorias constitucionais. Ele preside e orienta o

poder-dever desses órgãos, de tomar todas as iniciativas que lhes são abertas pela Constituição Federal, pelas Constituições Estaduais e pelas leis, para o velamento e a defesa dos interesses que lhes foram confiados. (p.57-58 - destacado)

O único limite à atuação de defesa da ordem jurídica, para essas instituições, só pode estar na própria ordem jurídica. A lealdade dos agentes das procuraturas constitucionais não se dirige aos Governos mas à ordem jurídica, a que todos devem servir com elevação e independência, por isso têm o poder de impulso, do qual não se devem demitir, nem mesmo por receio de desagradar aos agentes de quaisquer dos Poderes, ainda que o Chefe do Poder Executivo, que nomeia os Chefes institucionais das procuradorias constitucionais. (p.59 - destacado)

Quanto ao aspecto da autonomia funcional do Procurador do Estado o que, aqui, interessa particularmente, afirma o estudioso:

“Assentado que se tratam de agentes políticos, com autonomia de suas funções, resulta evidente que eles não poderiam efetivamente, integrar qualquer dos Poderes. Do contrário, ocorreria submissão no exercício de delicados poderes políticos, como o de fiscalização, de consultoria, de promoção de justiça ou de defesa de interesses indisponíveis, a outros agentes políticos.

(...) Outra e não menos relevante decorrência vem a ser a inexistência de subordinação hierárquica dos agentes políticos das procuraturas constitucionais a qualquer autoridade dos Poderes Políticos.(...) Não integrando o Poder Executivo, nem estando a ele subordinadas funcionalmente, as procuraturas constitu-

cionais também independem do sistema disciplinar e do sistema remuneratório desse Poder.” (p.60 - destacado)

Nesse sentido, observa-se que é inaplicável ao membro da procuratura de Estado a disposição do artigo 98 da Lei 9.504/97, ainda mais quando sopesado o disposto no art. 120, §1º, inc. III do Código Eleitoral. Com efeito, o munus de Procurador do Estado se dá de forma contínua e permanente, enquanto personalizado no agente político que recebeu o encargo constitucional.

Ajusta-se o disposto no artigo 98 da Lei Federal n. 9.504, de 30 de setembro de 1997 aos servidores nele referidos, em cujo rol certamente não se incluem os agentes da advocacia pública, titulares e personagens de uma das três funções (as outras duas são o Ministério Público e a Defensoria) alçadas na Ordem Constitucional Brasileira à condição de essenciais, integrando o TÍTULO IV - DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES da Constituição Federal integrado pelo CAPÍTULO I - DO PODER LEGISLATIVO, pelo CAPÍTULO II - DO PODER EXECUTIVO, pelo CAPÍTULO III - DO PODER JUDICIÁRIO e pelo CAPÍTULO IV - DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA, deste fazendo parte a SEÇÃO I - DO MINISTÉRIO PÚBLICO, a SEÇÃO II - DA ADVOCACIA PÚBLICA e a SEÇÃO III - DA ADVOCACIA e DA DEFENSORIA PÚBLICA.

Aproveito, também, para subscrever as judiciosas ponderações formuladas pelo Procurador do Estado FREDERICO DE SAMPAIO DIDONET, titular da Procuradoria do Interior que, em promoção exarada nos autos, assim se expressou:

“O artigo em apreço, à toda evidência, está a cuidar de dispensa do serviço. Ora, não se dispensa quem não tem horário a cumprir, mais ainda em função de que os Procuradores do Estado, assim como os titulares de outras funções essenciais à Justiça, são,

em verdade, por definição legal, órgãos de execução de suas instituições. Por isso, não tem como se dispensar o órgão que, de resto, é a própria instituição personificada e por tal razão não está sujeito aos normais controles de cumprimento de horário, registro de ponto, etc.

Assim, a norma invocada, em princípio, está a destinar-se e a proteger os trabalhadores em geral e os servidores públicos típicos, condição que não ostentam os Procuradores do Estado, como já se disse, por expressa definição legal, corroborado pela circunstância de que possuem tratamento constitucional em capítulo próprio, bem distinto daquele que cuida das questões dos servidores públicos.

Outro aspecto que conduz à diferença existente entre o titular do cargo de Procurador do Estado e o próprio Procurador enquanto cidadão é que naquela condição ele pode, justamente em função do cargo, requerer o seu afastamento do munus em prol dos serviços da Justiça Eleitoral, até pelo fato de que poderá, no exercício de suas funções, ser chamado a atuar na defesa de ato de juiz eleitoral que venha a ser questionado em sede judicial ou em defesa do próprio Estado, já que é ele, por um de seus poderes, que gere as eleições em todo o seu território.

Destarte, à míngua de precedentes sobre o caso aqui enfocado, o que talvez até se justifique pelas ponderações acima suscitadas, opina esta Coordenação pelo indeferimento do pedido." (destacado)

Pelos fundamentos que alinhei, não vejo aplicável ou incidente o dispositivo legal sob referência à carreira da advocacia pública do Estado do Rio Grande do Sul, diante, destaco, da natureza do munus que exercem os seus agentes.

É o Parecer.

Porto Alegre, 14 de julho de 2002  
Leandro Augusto Nicola de Sampaio,  
Procurador do Estado.  
Processo nº 003091-10.00/01.3

034839-10.00/00.8

Acolho as conclusões do PARECER nº 13.636, da Procuradoria de Pessoal, de autoria do Procurador do Estado Doutor LEANDRO AUGUSTO NICOLA DE SAMPAIO, aprovado pelo Conselho Superior desta Procuradoria-Geral do Estado na sessão realizada no dia 24 de abril de 2003.

Encaminhem-se os expedientes ao Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos.

Em 29.05.03.

Helena Maria Silva Coelho,  
Procuradora-Geral do Estado.

