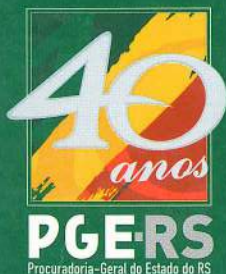


Revista da
PGERS
Procuradoria-Geral do Estado do RS

Volume 01



Edição Especial
Cadernos de Direito Público

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

**Especial 40 Anos da
Procuradoria-Geral do Estado
Volume 1**

Publicação da
Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RPGE	PORTO ALEGRE/RS	Ed. Especial	p.400	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

Catálogo 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 - 13. 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
Manoel André da Rocha
Márcia Pereira Azário
Márcia Regina Lusa Cadore Weber
Marco Antônio Piazza Pfitscher
Ricardo Seibel de Freitas Lima

EQUIPE TÉCNICA

(Execução, revisão e distribuição)

Luciana Grings
Secretária-Executiva

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

JOB Gráfica e Editora

SUMÁRIO

Editorial	07
Memorial: recurso de revista nº 14.996	
Memorial no Recurso Extraordinário nº 75.866	09
"Vocação industrial": razões do apelado	Telmo Candiota da Rosa Filho 31
Desistência da ação de desapropriação:	
agravo de instrumento	Telmo Candiota da Rosa Filho 35
Habeas Corpus	Luiz Juarez Nogueira de Azevedo 43
Lei Suely: recurso extraordinário	Caio Martins Leal 49
Fazenda Sarandi: memorial	Rejane Brasil Filippi 59
	Silvia La Porta de Castro
Decadência e prescrição na repetição do	
Indébito fiscal	Jacques Távora Alfonsin 67
Conversão de licença-prêmio em pecúnia:	
arguição de inconstitucionalidade	Ney Sá 73
Usucapião sem prova de domínio particular:	
Contestação	Odaci Rodrigues França 85
Crédito fiscal do ICM em operação isenta:	
Contestação	Rejane Brasil Filippi 97
Reajuste automático de vencimentos:	
Inconstitucionalidade da EC nº 15	Luiz Juarez Nogueira de Azevedo 105
Correção monetária da base de cálculo do	
imposto de transmissão: contestação	Rejane Brasil Filippi 127
Base de cálculo do ICM e o chamado	
"confisco da soja"	Jacques Távora Alfonsin 137
Licitação	Adnor Goulart 161
Convênios de ICMe o princípio da legalidade	
	Rejane Brasil Filippi 165
Fato gerador do ICM na importação de	
mercadorias	Mercedes de Moraes Rodrigues 171
Retrocessão	Eliana Donatelli de Moura 179
Custas judiciais: mandado de segurança	
contra a Lei 7.887/83	Ney Sá 191
Agravo Regimental contra a concessão	
da liminar	Caio Martins Leal 209
Responsabilidade civil do Estado por ato de	
escrivão distrital	Adnor Goularte 215
Ferrovários: Estado vence no STF	Caio Martins Leal 223
Eleição de diretores de escola: ação direta	
de inconstitucionalidade	267
Implantação do calendário rotativo:	
apelação	Márcia Porto Castro 279
A transferência de créditos do ICMS e os	
estoques: memorial	Jorge Arthur Morsch 289
Representação dos Estados na Câmara dos	
Deputados: ação direta de	
inconstitucionalidade	Caio Martins Leal 303

Advogado de sociedade de economia mista:
Contestação

Suzette M.R. Angeli e
Leandro Augusto N. Sampaio

323

Agravo de instrumento com pedido de
liminar, contendo a transcrição da petição
inicial da ação civil pública contra a Anatel
Telebrasil Sul Participações e Brasil
Telecom S/A

343

EDITORIAL

É com grata satisfação que apresento à comunidade jurídica a presente Revista PGE, comemorativa aos 40 anos de criação deste órgão, encarregado de prestar consultoria jurídica à administração pública estadual e representar o Estado em juízo.

Digo isso porque o órgão, hoje denominado Procuradoria-Geral do Estado, nasceu com o nome de Consultoria-Geral do Estado, estando-lhe afeto, naquela ocasião, todo o trabalho de consultoria jurídica do Estado do Rio Grande do Sul.

Com o passar do tempo, outras atribuições foram alcançadas à Consultoria-Geral, sendo que, no final da década de 1970, a representação judicial do Estado ficou a cargo dos Procuradores do Estado, denominando-se o órgão de **Procuradoria-Geral do Estado**.

Este, que será o primeiro volume é formado, exclusivamente, por peças forenses selecionadas dentre as ações mais marcantes desenvolvidas por este órgão no desempenho de uma de suas atribuições constitucionais.

Muitas das peças, embora elaboradas há algum tempo, guardam atualidade, demonstrando que as grandes discussões jurídicas podem reacender.

Ao longo destes 40 anos, muitas lutas travamos, derrotas e conquistas obtivemos, porque assim é a vida, das pessoas e das instituições, e, com a certeza de que muita luta há de ser travada ainda para conquistarmos uma grande Procuradoria, sempre comprometida com o interesse público, entrego essa edição como presente a cada um de nós, Procuradores do Estado e servidores desta Procuradoria-Geral do Estado, ativos e inativos, que ajudaram e ajudam a engrandecer a nossa Casa.

Helena Maria Silva Coelho
Procuradora-Geral do Estado

MEMORIAL: RECURSO DE REVISTA N.º 14.996

- I -

O TEMA EM DEBATE

A Constituição Federal declara imunes ao imposto sobre circulação de mercadorias as operações que destinem ao exterior produtos industrializados. Textualmente:

“— O imposto de que trata o item II não incidirá sobre as operações que destinem ao exterior produtos industrializados e outros que a lei indicar” (Emenda Constitucional n.º 1, art. 23, § 7.º).
O fumo em folha é produto industrializado? Eis aí o problema submetido à decisão de Vossa Excelência.

— II —

ONDE BUSCAR O CONCEITO DE PRODUTO INDUSTRIALIZADO

Compete à União legislar sobre normas gerais de direito tributário, através de **lei complementar**.

Emenda Constitucional n.º 1, art. 18, § 1.º:

“Lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder de tributar”.

Essas normas gerais de direito tributário, únicas que podem regular as limitações constitucionais do poder de tributar, encontram-se especialmente na Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), cuja ementa é:

“Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios”.

O Código Tributário Nacional surgiu como **lei ordinária**, porque, na época, desconhecia nosso direito constitucional a figura da lei complementar, com posição hierárquica inferior à Constituição Federal, mas superior a quaisquer leis ordinárias.

Atualmente, o Congresso Nacional somente pode dispor sobre normas gerais de direito tributário, através de lei complementar. Em outras palavras: para revogar qualquer dos dispositivos do Código Tributário Nacional, o Congresso Nacional precisará de editar lei complementar, “ex vi” do art. 18, § 1.º, da Emenda Constitucional n.º 1.

Ora, assim como tem caráter constitucional toda norma que somente possa ser

*Originalmente publicado na RPGE n.º 2, 1972

revogada por emenda constitucional, assim tem força de lei complementar toda norma que exija lei complementar para a sua revogação

Dai a consequência: O Código Tributário Nacional tem força de (vale como) lei complementar.

Já que a Constituição não define, nem dá elementos para a conceituação de "produto industrializado", há de se buscar o conteúdo dessa expressão no Código Tributário Nacional que, por valer como lei complementar, constitui diploma legal que, na hierarquia das leis, se encontra abaixo da Constituição, mas acima de quaisquer leis ordinárias, ainda que federais.

"... o C.T.N., como já acentuamos, embora simples lei ordinária, porque, ao tempo de sua publicação, a Constituição não estabelecia processo legislativo especial para aprovação das leis complementares, do caráter destas se reveste" (BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro, 3a. ed., Rio, Forense, 1971, p. 115).

Ainda, porém, que (para argumentar, tão somente) se considere o Código Tributário Nacional com o valor de mera lei ordinária federal, ainda assim ter-se-á de lhe reconhecer a superioridade sobre quaisquer decretos.

Considerando que o Código Tributário Nacional define "produto industrializado" e considerando o seu valor de lei complementar ou, pelo menos, o de lei ordinária **nacional**, força é concluir que constitui erro construir-se o conceito de "produto industrializado" com elementos extraídos de decretos, ainda que federais.

Nenhuma norma constante de decreto (notadamente do Regulamento do imposto sobre produtos industrializados) pode modificar, ampliar ou restringir o conceito de produto industrializado, constante do art. 46, parágrafo único, do Código Tributário Nacional"

"Para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou a aperfeiçoar para o consumo".

Portanto: a resposta à indagação (o fumo em folha é ou não produto industrializado?) há de se dar à luz do Código Tributário Nacional. Jamais à luz de decreto, ainda que federal, ou de norma estadual.

"O § 1.º do art. 18 da Constituição Federal de 1967 diz que lei complementar estabelecerá as limitações constitucionais do poder de tributar.

A lei complementar cortará dúvidas que, na ausência dela, serão resolvidas pela interpretação, segundo as leis ordinárias existentes e interpretação das autoridades, sob revisão judicial constitucionalmente assegurada" (BALEEIRO, Aliomar, op. cit., p. 83)

— III —

CONCEITO AMPLO E CONCEITO RESTRITO DE PRODUTO INDUSTRIALIZADO

Indústria é palavra equívoca. Admite simultaneamente um sentido amplo, a lembrar trabalho, arte, atividade; e outro mais restrito, caracterizado pela **transformação**.

Em sentido amplo, há de se haver por industrializado todo produto de origem vegetal, destinado a exportação. Isso porque **nenhum** é exportado sem ser antes submetido a uma ou outra operação: seleção, limpeza, secagem, embalagem, etc.

Mas, na Constituição, a qualidade de industrializado não abrange toda categoria de produtos exportados.

"O imposto de que trata o item II não incidirá sobre as operações que destinem ao exterior produtos industrializados e outros que a lei indicar" (Emenda Constitucional n.º 1, art. 23, § 7.º).

Se, além dos produtos imunes, por revestirem a condição de industrializados por natureza, há os que a lei pode isentar ("e outros que a lei indicar"), forçoso é concluir-se que nem todo produto destinado à exportação é industrializado. Errada é toda interpretação que dê tal amplitude ao conceito que não fique resto, suscetível de isenção por lei complementar (Emenda Constitucional n.º 1, art. 19, § 2.º).

"A palavra **indústria** é empregada em dois sentidos, um estrito e, na terminologia jurídica, exato, e outro, larguíssimo, que abrange a atividade de produção e a de trabalho em produtos ou com produtos. Quando, no art. 23, § 7.º, da Constituição de 1967, se fala de produtos industrializados, de modo nenhum se pode pensar em senso largo, porque os dois conceitos estão inclusos, porém com o propósito diferenciador (produtos industrializados, produtos não-industrializados). O adjetivo industrializados alude à transformação do produto" (PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969, 2a. ed., S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1970, t. II, p. 516)

— IV —

O ARGUMENTO DO INCENTIVO À EXPORTAÇÃO

A tese do acórdão-padrão (o fumo em folha é produto industrializado) repousa, substancialmente, sobre dois fundamentos: um de ordem econômica, outro de ordem jurisprudencial.

O primeiro lança raízes no esforço desenvolvimentista nacional, que tem na diversificação da pauta de exportações e no alargamento do comércio internacional a indispensável fonte de recursos para o balanço de pagamentos. Quando a União procu-

ra promover a saída de nossos produtos, e disputa as preferências do mercado internacional, não é possível atender aos interesses fazendários locais, que se chocam com aqueles, sabido que não se exporta imposto.

Se procedesse o argumento, toda e qualquer operação de saída para o exterior deveria ser imune ao ICM, e não apenas os "produtos industrializados", como quer a Constituição. E a União deveria extinguir o imposto de exportação.

É falho o silogismo, do ponto-de-vista lógico, porque a premissa é insuficiente para a conclusão. Não se nega a premissa. Nega-se que ela possa conduzir à conclusão. É que não basta constatar que a Nação se empenha em gigantesco esforço desenvolvimentista, no qual o incremento das exportações constitui item importante, para concluir que o legislador federal tenha querido ou queira incentivar as exportações, quaisquer que sejam e a qualquer preço. A regra constitucional da imunidade, da qual o acórdão extraiu o argumento, se limita a impedir a incidência do tributo sobre as operações que destinem ao exterior produtos **industrializados**.

E restringe-se a imunidade aos produtos industrializados porque a Constituição quer incentivar a exportação de mão-de-obra, e não de matérias-primas.

No mercado internacional, os produtos primários tendem a diminuir de preço, ao contrário dos industrializados. Daí o círculo vicioso em que se encontram os países subdesenvolvidos, que exportam produtos primários, cada vez menos valiosos, e são obrigados a importar produtos industrializados, cada vez mais caros. Como romper o círculo vicioso, em prol do desenvolvimento? Incentivando-se a exportação, não de quaisquer produtos, mas dos industrializados. E é isso o que está na Constituição.

Nota: A afirmação de que a relação de trocas tende a piorar para os países de produção agrícola deve-se aos economistas RAUL PREBISCH e HANS SINGER. Diz o primeiro:

"As mesmas razões que explicam a disparidade com que aumenta a procura interna de produtos primários nos nossos países, comparada com a de produtos manufaturados e serviços qualificados, conforme aumenta a renda por habitante, manifestam-se também no âmbito internacional, embora com características particulares. Por um lado, a população dos grandes centros que adquirem produtos primários latino-americanos, cresce com maior lentidão que a dos nossos países, e isso influi sobremaneira na lentidão da procura. Por outro lado, a elasticidade da procura de alimentos é menor naqueles países do que entre nós, como também é menor a da procura de matérias primas, devido às transformações técnicas, que diminuem ou eliminam o emprego de matérias-primas naturais, ou as utilizam melhor.

A todos estes fatores espontâneos que contribuem para a menor procura de produtos primários, juntam-se o recrudescimento das medidas restritivas que limitam ou proíbem a entrada desses produtos nos grandes centros industriais, bem como as consequências adversas, para a produção dos países em desenvolvimento, da liquidação de excedentes nos mercados mundiais, a preços inferiores aos do mercado interno". (PREBISCH, Raul. **Dinâmica do Desenvolvimento Latino-Americano**, Rio, Ed Fundo de Culura, 1964, p. 85-6)

A piora da relação de trocas é negada por EUGÊNIO GUDIN (**Análise de Problemas Brasileiros**, Rio, Agir 1965, p. 190 e ss.) e discutível para GUNNAR MYRDAL (*Solidariedad o Desintegración*, México, Fondo de Cultura Económica, 1956, pag. 307). Este último informa:

"Un estudio de las Naciones Unidas ha aventurado la generalización que desde los finales del siglo XIX hasta los inicios de la Segunda Guerra Mundial hubo una tendencia a la baja de precios en los artículos primarios que exportaban los países subdesarrollados, en relación con los precios de los productos manufacturados que importaban, con el resultado de que, como promedio, al final de este período — que fue en los últimos anos de la Gran Depresión —, una cantidad dada de los primeros solo podía pagar un 60% de la cantidad de los últimos que podía comprar al principio del período. Esta cifra ha sido ampliamente citada como un índice de la deterioración de las relaciones de intercambio de los países subdesarrollados durante este período" (Op. cit., p. 306).

CELSO FURTADO denomina o fenômeno de "perda de dinamismo da procura de produtos primários exercida sobre os mercados internacionais". E explica:

"A constatação empírica do fenômeno foi completada por formulações teóricas que projetaram luz sobre vários aspectos do problema. Assim, ao eliminar as condições de uma análise estática e considerar os efeitos da elevação da renda per capita sobre a composição da procura, constatou-se a influência da lei de Engel sobre a evolução do comércio mundial. Se a elasticidade-renda da procura de gêneros alimentícios é relativamente baixa, não cabe esperar que as importações desses produtos, pelos países industrializados, cresça com intensidade. Pelo contrário: tais importações deverão constituir uma fração declinante do dispêndio dos referidos países. Mais significativos ainda são os efeitos do progresso técnico sobre a procura de matérias-primas. Do lado da oferta destas cabe ter em conta o progressivo aparecimento de produtos sintéticos, bem como o crescente aproveitamento de subprodutos. Do lado da procura, deve-se ter em conta a eficácia crescente no uso das matérias-primas, que permite reduzir o insumo destas por unidade de produto final. Por último, o avanço da tecnologia se realiza de tal forma que os fatores de produção primários (terra e mão-de-obra) tendem a ser substituídos por capital, o que permite aos países industrializados corrigir, na forma que lhes convém, sua própria constelação de fatores". (FURTADO, Celso. *Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico*, 3a. ed., S. Paulo, Companhia Editora Nacional, 1969, p. 187-8)

ROBERTO DE OLIVEIRA CAMPOS, antes da Constituição de 1967, já apontava os incentivos à exportação de produtos **manufaturados** como resposta à queda de preços dos produtos primários, no mercado internacional, ao lado de outras soluções.

como a diversificação das exportações:

"O emancipacionista escravizado é um maníaco da autodeterminação e da auto-suficiência de si próprio. A sua área preferida de gesticulação verbal é a balança cambial. O seu tema preferido, o de que exportamos cada vez mais e recebemos cada vez menos se isolado do contexto das relações comerciais entre países pobres e países ricos, facilmente conduz a uma profunda irritação contra os segundos. **A queda de preços de produtos primários no mercado internacional** (o grifo é nosso) é olhada não como uma infeliz contingência do mercado, a ser corrigida pelo método racional de acordos sobre produtos de base e diminuição do absurdo protecionismo agrícola de alguns países industrializados, senão que como um sinistro complô dos países desenvolvidos, para manter escravizados os países pobres. Incapaz de recomendar medidas práticas, o emancipacionista escravizado se limita a um protesto emocional. É o grau de irritação do emancipacionista que determina também o grau de sua escravização. Na sua luta contra a exploração, ele se esquece de que poderia contornar a situação negociando acordos para a comercialização de produtos primários, ou cuidando de diversificar a exportação, incluindo produtos novos na pauta antiga **e, tanto quanto possível, forçando a exportação de produtos manufaturados**". (CAMPOS, Roberto de Oliveira. "A Técnica e o Riso", Edições Apec, 1966, p. 74-5)

- V -

O ARGUMENTO JURISPRUDENCIAL

O segundo argumento do acórdão-padrão assenta nos precedentes do Supremo Tribunal em casos apontados como análogos. Com o acréscimo das decisões publicadas mais recentemente, temos que foram consideradas imunes:

a carne congelada (Rev. Trim. de Jurisp. 52/141);
o açúcar demerara (RTJ, 52/210);
o camarão descabeçado, classificado, cozido em salmoura, congelado a 25 graus abaixo de zero, e acondicionado em envoltórios atérmicos (RTJ, 50/29);
a madeira serrada (RTJ, 56/394);
o farelo de amendoim (RTJ, 52/283);
o peixe vivo, ornamental, pescado, criado, selecionado e condicionado em água com adição de oxigênio e tranquilizantes nos envoltórios plásticos, para exportação por via aérea (RTJ, 56/134); e
a folha de chá (RE n.º 67.993, in Diário da Justiça da União, edição de 3/11/1969).

Parece evidente, porém, que dessa listagem não se pode induzir haver o Pretório Excelso firmado a regra de que todo produto destinado à exportação é industrializado.

O que, sim, se pode concluir da leitura dos acórdãos citados é a existência de

dois princípios a orientar o intérprete:

a) Deve ser considerado industrializado todo produto sujeito ao imposto sobre produtos industrializados;

b) Ainda que não tributados pelo IPI, estão imunes ao ICM, na exportação, os produtos industrializados. (Contempla-se, aqui, a hipótese dos produtos que, por revestirem a condição de industrializados, **poderiam** ser tributados pelo IPI)

Os dois princípios podem e devem ser aplicados. Mas não levam à inclusão do fumo em folha na categoria dos produtos industrializados.

Quanto ao primeiro: seria contraditório nosso sistema jurídico se o mesmo produto fosse considerado industrializado para o efeito de sujeição ao IPI e não-industrializado para o efeito de sujeição do ICM, na exportação. Usar-se-iam dois pesos e duas medidas, para prejudicar o contribuinte nas duas hipóteses. Além disso, o Ato Complementar n.º 35, de 28/2/1967, estabeleceu:

"Art. 7.º — Nos termos do § 5.º do art. 24 da Constituição de 24 de janeiro de 1967, o imposto sobre circulação de mercadorias não incide sobre os produtos industrializados, quando destinados ao exterior.

§ 1.º — O disposto neste artigo aplica-se às mercadorias sujeitas ao imposto sobre produtos industrializados, segundo as especificações constantes da tabela anexa à Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, alterada pelo Decreto-Lei n.º 34, de 18 de novembro de 1966".

É ponto pacífico, no presente caso, que o fumo em folha não está sujeito ao IPI, já que se enquadra na posição 24,01 (fumo bruto ou não elaborado). Como se animais vivos, o fumo em folha consta da tabela para ser expressamente declarado não sujeito à tributação.

Quanto ao segundo princípio revelado pelo Supremo Tribunal Federal: se o produto é verdadeiramente industrializado, não se lhe pode negar essa qualidade pelo simples fato de não ser tributado pelo IPI. A norma constitucional é auto-executável. Não pode, portanto, ser limitada por lei ordinária.

Mais ainda: pode ocorrer que o legislador ordinário exclua a incidência do IPI por insuficiência de consumo interno. Exatamente nesses casos, há maior interesse na exportação. Ora, se apenas os produtos sujeitos ao IPI estivessem imunes ao ICM, na exportação, dificultar-se-ia a venda, no exterior, exatamente daqueles produtos cuja exportação deve ser incentivada, porque insuficiente o consumo interno.

É inaplicável, porém, este princípio ao fumo em folha pela simples razão de que ele não é produto industrializado. Não se enquadra no conceito expresso pelo art. 46, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

Pode-se, por inferência, concluir que o fumo em folha é produto industrializado, em face da relação feita pelo Supremo Tribunal Federal?

Parece-nos evidente que não, pois, de todos os produtos indicados pelo Pretório Excelso, o único que se assemelha ao fumo é a folha de chá.

Efetivamente, não há parentesco entre o fumo em folha e a carne congelada, ou o açúcar demerara, ou o camarão rosa, ou a madeira serrada, ou o farelo de torta de amendoim.

Há, sim, semelhança com a folha de chá. Esta, porém, pôde ser considerada

produto industrializado porque, embora submetida a operações singelas, foi **aperfeiçoada para o consumo** (Cód. Tributário Nacional, art. 46, parágrafo único). Perdeu a sua condição de matéria-prima. Isso, porém, não ocorre com o fumo em folha, que não adquiriu, ainda, aptidão para o consumo, que mantém a sua condição de matéria-prima. O fumo em folha exportado será submetido a operação de industrialização posteriormente, no estrangeiro, onde será elaborado o cigarro, o charuto, a cigarilha, esses, sim, bens aperfeiçoados para o consumo.

— VI —

FUMO EM FOLHA

Para que exista a imunidade, não basta que se trate de produto destinado à exportação. É preciso que se trate de produto industrializado.

Como tal, somente pode ser considerado:

a) o produto sujeito ao IPI **OU**

b) que se enquadre no conceito do art. 46, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

O fumo em folha não está sujeito ao IPI. Já na inicial da ação, declarou a Recorrente que ele se enquadra na posição 24.01, que não é tributada.

Só nos resta, portanto, verificar se as operações a que é submetido levam-no a enquadrar-se no conceito do art. 46, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

A Delegacia da Receita Federal de Porto Alegre publicou recentemente uma obra intitulada "FUMO — Aspectos Sócio-Econômicos", elaborada por um Grupo de Estudos Especiais, constituído pelos Agentes Fiscais Adelmir Grendene, Ernesto Rossa, José Borges, e pelo estatístico Nilva de Lema. Nessa obra se descrevem todas as operações a que é submetido o fumo, para a fabricação de cigarros. Tais operações foram divididas em três fases distintas:

"1ª) Participação direta no setor agrícola. Como já foi exposto em outro capítulo do presente trabalho, as empresas fabricantes de cigarros prestam assídua e constante assistência técnica e financeira aos plantadores de fumo....."

"2ª) Preparação da matéria-prima. Nesta fase, ainda pré-industrial, a indústria recebe o fumo adquirido e o armazena em grandes depósitos, após um processo de esterilização das folhas, classificando-o segundo especificações técnicas de padrão e qualidade, sendo este estágio de muita importância, pois nele se processa a total eliminação de resíduos de água. Segue-se o enfardamento das folhas e o empilhamento dos fardos em ambiente com temperatura superior a 20 graus centígrados, a fim de evitar umidade e mofo, onde há um descanso de 6 a 12 meses. Vencido esse período, as folhas são submetidas a provas e especificações, sendo após encaminhadas à fábrica.

"3ª) Industrialização. Nesta última fase do sistema operativo, na qual se compreende o fabrico propriamente dito, salienta-se a grandeza

do complexo de máquinas e aparelhamento técnico, nos moldes da avançada tecnologia mecânica, constituindo-se numa linha de produção totalmente automatizada.

"Vários são os estágios de transformação da matéria-prima exigida por esse tipo de indústria, quais sejam:

- separação das folhas **em vêm em manilhas** (conjunto de folhas amarradas pelo pêndulo);
- retirada da nervura principal, o talo, cuja conservação provocaria um certo gosto amargo;
- seleção. Neste estágio se observa grande perda (20 a 30%) de resíduos. Os resíduos se desviam para um processo de trituração e tratamento químico, de modo a serem aproveitados em pequena percentagem de mistura ao produto;
- umedecimento em vasto recipiente, por banho de vapor;
- corte, por meio de lâminas-guilhotinas, e desfiamento;
- secagem do fumo já desfiado, em temperatura de 60 graus centígrados, visando a destruir as enzimas eventualmente existentes no produto, cuja permanência causaria a fermentação e conseqüente desvalorização do produto final;
- resfriamento;
- peneiramento. Neste processo há perda de 25% em pó e outras impurezas;
- aromatização do fumo por meio de pulverização;
- mistura de diferentes tipos de fumo, segundo a classe do produto que se pretenda;
- elaboração do cigarro. Neste último estágio se acoplam distintos aparelhos mecânicos que processam o invólucro de papel, de forma cilíndrica, recebem o fumo em porção pré-estabelecida, consoante o tipo de cigarro em fabricação, são distribuídos em número de 20 unidades, aluminizados, encarteirados, selados, celofanados, não sem antes lhes serem adicionadas as ponteiros de filtro quando for o caso), após o que empacotados, de dez em dez maços, e, enfim, acondicionados em caixas retangulares com capacidade para 50 pacotes (um milheiro de cigarros). Eis o produto acabado, para consumo".

Pergunta-se: as operações acima descritas, correspondentes à 2ª. fase, isto é, à da preparação da matéria-prima, constituem um novo produto, industrializado?

A resposta se há de buscar no art. 46, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, que nos devolve a pergunta, indagando:

1. Essas operações a que foi submetido o fumo lhe **modificaram a natureza**? Parece-nos evidente que não. Fumo em folha era. Fumo em folha é. No caso concreto, os próprios documentos de expedição informam tratar-se de "... fumo, ou tabaco em folha", e, às vezes, ainda "com talo".

2. Essas operações **modificaram a finalidade** do produto? Evidentemente não.

3. Essas operações o **aperfeiçoamento para o consumo**? Que tenha havido

aperfeiçoamento não se nega. O que se nega é que tenha havido aperfeiçoamento **para o consumo**. Não haja dúvida a respeito, pois há um conceito **legal** de consumo, "assim entendida a venda do produto ao público" (Código Tributário Nacional, art. 74, inciso V). Aperfeiçoar para o consumo é, portanto, pôr o produto em condições de ser vendido ao público. O fumo em folha, por ser matéria-prima, não pode, enquanto tal, ser aperfeiçoado **para o consumo**. Esse aperfeiçoamento somente pode sobrevir depois de alterada a sua natureza, quando transformado em cigarro, charuto ou cigarilha. E é por isso que o empacotamento pode ser havido como operação de industrialização do cigarro: porque o aperfeiçoar para o consumo, isto é, cria condições, antes inexistentes, para a venda ao público.

Verifica-se, assim, que antes e depois dos cuidados destinados à conservação de suas propriedades, o fumo em folha constitui matéria-prima, sem que sua natureza se tenha alterado, sem que sua finalidade tenha mudado e sem que se tenha aperfeiçoado para o consumo.

Qual a matéria-prima que dá lugar ao fumo em folha exportado? Não é o próprio fumo em folha? Mas será lícito admitir que o fumo em folha é a matéria-prima do fumo em folha?

AMÂNCIO JOSÉ DE SOUZA NETTO, insurgindo-se contra os que pretendem dar ao art. 46, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, uma interpretação demasiadamente ampla, que leva a considerar industrializado praticamente qualquer produto, procurou exemplos para demonstrar os absurdos a que ela conduziria. E — é interessante observar — os que lhe ocorreram foram o da amêndoa de cacau e o do fumo! Textualmente:

"A regra geral consignada no art. 46, parágrafo único do Código Tributário Nacional, definidora do que seja produto industrializado, dada a generalidade e amplitude dos seus termos, há de ser encarada relativamente. Doutra forma, poder-se-ia, por exemplo, concluir que a amêndoa de cacau é um produto industrializado, pois ela resulta de uma série de operações de beneficiamento (colheita do fruto, descascamento, fermentação da polpa, estufagem da polpa, secagem do caroço), cujo objetivo é, exatamente, aperfeiçoá-la para o consumo, o mesmo ocorrendo com o fumo, cuja folha sofre uma série de processamentos (colheita, fermentação, secagem, manocagem, etc. . .), até se tornar apta para o consumo". (SOUZA NETTO, Amâncio José de. "O Imposto Único sobre Minerais e a Reforma Constitucional de 1969", in Rev. de Dir. Público, 1970 v. 13, p. 182)

Também ALIOMAR BALEEIRO, ao dar exemplos de produtos não-industrializados, cita o cacau. Textualmente:

"Parece-nos inexata a inteligência de que o I. C. M. só não incidirá sobre os produtos industrializados que "a lei determinar". Esta cláusula rege apenas "e outros", isto é, os produtos não industrializados, matérias-primas ou mercadorias primárias que tradicionalmente se destinam, na maior parte, ao mercado externo, como café, minerais,

cacau, couros e peles, algodão, etc". (ALIOMAR BALEEIRO. "Direito Tributário Brasileiro, 3a. ed., Rio, Forense, 1971, p. 206-7)

A exemplificação do eminente financista nos alerta para um aspecto de grande importância, para a solução da presente controvérsia: o fato de o produto primário ou a matéria-prima serem submetidos a diversas operações, antes de remetidos para o estabelecimento que os irá industrializar, não os transforma **ipso facto** em produtos industrializados, para os efeitos da imunidade na exportação.

Da lição transcrita também se observa que ALIOMAR BALEEIRO aos produtos industrializados opõe, de um lado, as mercadorias primárias e, de outro, as matérias-primas. Ora, é negável que o fumo em folha constitui matéria-prima, não podendo portanto, ser havido como "produto industrializado"

Ao conceder a segurança, disse o MM. Juiz de 1a. instância:

"E OBSERVE-SE que, se o produto em referência, porventura, na exportação, estivesse acondicionado em embalagem destinada à sua apresentação, restaria tributado pelo I.P.I., posto que constante da Tabela Anexa à Lei n.º 4.502, de 30/11/1964, na posição 24-02-5. O simples fato de não apresentar-se acondicionado é que impede a incidência do tributo federal".

Data venia, a hipótese de apresentar-se o fumo em folha acondicionado em embalagem destinada à sua apresentação é absurda, exatamente por se tratar de matéria-prima e não de produto aperfeiçoado para o consumo, isto é, de produto industrializado. Jamais passaria pela cabeça de um exportador a idéia de remeter minério de ferro embalado em caixinhas destinadas a melhorar sua apresentação... Igual idéia tampouco jamais terão os exportadores de fumo em folha ...

Data venia, é totalmente impertinente a afirmação (também constante da sentença de 1a. instância) de que **não se exporta imposto**. Em primeiro lugar, porque não se pode **a priori** excluir a possibilidade de repercussão do tributo. Os países que exportam em condições de monopólio ou quase monopólio seguramente exportam impostos. Em segundo lugar, porque a impossibilidade de repercussão não é causa de exclusão do tributo. E em terceiro lugar, porque se trata de argumento que prova demais, já que levaria a se declarar a imunidade em toda e qualquer exportação, fosse ou não industrializado o produto. Na verdade, o que pode ocorrer é que os preços vigorantes no mercado internacional não permitam a exportação, se onerado o exportador pelo ICM. A isso, porém, tem atendido o Estado do Rio Grande do Sul, ora isentando, ora reduzindo a base de cálculo do ICM, na saída de produtos para o exterior, inclusive o fumo em folha.

Na realidade, tão pacífica é a conceituação do fumo em folha como matéria-prima não industrializada que os Secretários da Fazenda dos Estados e do Distrito Federal, reunidos em Brasília em 30 de março do corrente ano, por convocação do Ministro da Fazenda, resolveram celebrar convênio, por força do qual ficou o Estado de Minas Gerais autorizado a conceder isenção do Imposto sobre Circulação de Mercadorias nas saídas de fumo em folha destinado à exportação para o exterior (doc. nos autos). Sabido que a exportação de produtos industrializados está imune a incidência do ICM, percebe-se

claramente que, permitindo a isenção do fumo em folha na exportação, implicitamente reconheceu-se a incidência do tributo, dada sua condição de produto não-industrializado.

Data venia dos que pensam diferentemente, o acórdão recorrido pôs a questão nos seus devidos termos, ao dizer:

“Da forma como o quer a impetrante, chegar-se-á a uma conclusão absurda a respeito do texto constitucional, o qual se tornaria até inócuo, pois é curial que todos os produtos de origem vegetal sejam submetidos a uma ou outra operação para serem colhidos e exportados: seleção, limpeza, secagem, descasque, debulha, imunização, etc. Desse modo, toda a produção agrícola haveria de estar nas saídas para o exterior, a coberto da regra de não-incidência tributária, certo que produto vegetal algum é arrancado da terra e exportado no mesmo estado em que a natureza os apresenta” (fls. 56).

Porto Alegre, 26 de novembro de 1971.

José Maria Rosa Tesheiner
Coordenador da Unidade de Defesa Judicial

Jorge Arthur Morsch
Dirigente da Equipe de Assuntos Tributários

MEMORIAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 75.866 — Rio Grande do Sul*

EMENTA: Funcionário Público. — Aposentadoria. — Proventos. — Lei Incidente à Época — Revisão de Proventos, Lei atual — Inexistência de Direito Adquirido.

Recorrente: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
Recorridos: F. B. G. e outros
RELATOR: Senhor Ministro BARROS MONTEIRO.

EMÉRITOS JULGADORES,

1. Os Recorridos, na condição de **servidores públicos inativos** do Estado, **pretendem gozar da prerrogativa de inalterabilidade** da respectiva **situação legal** como se titulares de posição jurídica individual e não a do sistema regulamentar, que rege o serviço e o servidor público.

É manifesto o equívoco dos interessados e a ofensa da decisão recorrida ao disposto no artigo 102, § 2.º da Constituição Federal, porquanto: **revistos os proventos dos servidores impetrantes do Mandado de Segurança pela forma determinada na decisão do Tribunal “a quo” excederão a remuneração percebida na atividade.**

2. O Recorrente, através da Lei n.º 4937, de 22 de fevereiro de 1965, **criou** a figura dos chamados **regimes especiais de trabalho**, e, para esses efeitos, **considerou** para os cargos de Nível Superior como **horário básico** o trabalho semanal de **22 horas** e, o de **33, 44 e dedicação exclusiva**, como regimes especiais, dando-lhes uma suplementação salarial de 50%, 100% e 150%, respectivamente.

Diz a lei:

“Art. 5.º — São estabelecidos para os cargos classificados no Nível Superior do Quadro Geral de Funcionários Públicos, os seguintes **regimes especiais**:

- A — 3 horas semanais
- B — (44 horas semanais) Tempo integral
- C — Dedicação exclusiva.

Art. 12 — O servidor em regime especial de trabalho, estabelecido pelo art. 5.º, receberá uma gratificação calculada sobre o vencimento básico do cargo, fixado pelo art. 2.º, de acordo com a seguinte tabela:

- A — 33 horas semanais — 50%
- B — 44 horas semanais — 100%
- C — Dedicação exclusiva — 150%.”

3. A convocação para regime especial de trabalho era matéria que ficava dentro do poder discricionário da Administração, **menos nas hipóteses de 33 horas** em que o **conteúdo ocupacional** e respectivas **especificações** de classe **indicassem tal**

*Originalmente publicado na RPGE nº 7, 1973

carga horária (= 33 horas, superior à considerada básica; 22 horas), quando a **convocação** não só era obrigatória como **automática** e os **vencimentos** desses **cargos** formados pela **soma das duas parcelas**: valor básico mais gratificação correspondente e, para efeitos de cálculos dos proventos, se **incorporaria aos vencimentos**, se percebida durante cinco (5) anos consecutivos ou dez (10) intercalados, desde que, no momento da jubilação, estivesse o funcionário vinculado a um desses regimes. Eis a lei:

“Art. 7.º — A convocação para trabalho no regime de 33 horas semanais poderá ser feita “ex-officio” ou solicitada pelo funcionário interessado, comprovada a necessidade do serviço.

§ 1.º — Os ocupantes de cargos cujas especificações indiquem horário de trabalho de 33 horas semanais, ficam automaticamente convocados para esse regime especial, passando a perceber a gratificação respectiva.

Art. 12 —

§ 6.º — A **gratificação** correspondente aos regimes especiais de trabalho, **para efeitos de cálculo de proventos, incorpora-se ao vencimento após cinco anos consecutivos ou dez intercalados** de efetivo exercício nos referidos regimes desde que o servidor, . . . , no ato da aposentadoria, se encontre vinculado a um deles.”

4. Os Recorridos, quando da edição da Lei número 4937/65, tinham o regime de trabalho de 33 horas semanais, de acordo com a especificações e em razão de entendimento tanto da administração quanto dos próprios interessados de que na hipótese configurada pelo § 1.º, art. 7.º do predito ordenamento — em que a convocação não só era obrigatória como automática —, essa parcela não seria gratificação, em sentido próprio, mas mera fórmula de fixação dos vencimentos, já que correspondia ao horário de trabalho próprio da categoria e, em tais circunstâncias, também, devida aos inativos dessa mesma classe.

Na oportunidade, o então Consultor-Geral, atual Ministro do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, Professor JOSÉ NERI DA SILVEIRA, em Parecer publicado no D. O. E. de 26/7/1965, consagrou a tese, merecendo os melhores encômios, nos seguintes termos, como está dito, às fls. 281/284 dos autos:

“a) Convém agora acrescentar que o regime de trinta e três horas de trabalho, a que estão submetidos os ocupantes de cargos enquadrados na regra do art. 7.º § 1.º, é o seu **horário normal** de atividade funcional, nos termos do art. 27 da Lei n.º 4.937. **Logo, muito embora esteja regulada essa parcela de sua retribuição pecuniária, pelo mesmo dispositivo legal e sob comum nomen juris, vale esclarecer que, na espécie do art. 7.º, § 1.º, não se trata de prestação de serviço extraordinário, em sentido próprio, e, por via de consequência, a gratificação, que lhe corresponde, não se pode entendê-la vinculada ao exercício de labor funcional, além do horário normal, ou do expediente ordinário.** Pressuposto da gratificação por serviço extraordinário é a

existência de um certo expediente regular, que, prorrogando-se, confere, em decorrência, título à gratificação aludida. Ora, na hipótese do art. 7.º, § 1.º, inócorre prorrogação alguma do horário normal por semana, a que estão sujeitos os ocupantes dos cargos nele previstos. Não caberia, assim, tecnicamente, considerar o acréscimo, que lhe está assegurado pelo dispositivo em causa, qual contraparte por serviço extraordinário. Este, de resto, por natureza, há de ter-se por **temporário** e não de índole **permanente**, sendo ditada a convocação dos servidores por razões de **conveniência do serviço**.

b) Dessarte, a gratificação, na hipótese do art. 7.º, § 1.º, não se reveste da mesma índole e significação da que se atribui aos funcionários em regime de tempo integral, de dedicação exclusiva, ou mesmo de trinta e três horas, em se tratando, aqui, de ocupantes de cargos do Nível Superior, cujas especificações de classe indiquem horário normal de trabalho de, apenas, vinte e duas horas por semana. **Representa a gratificação em tela, concernentemente à espécie do art. 7.º, § 1.º, dessa maneira, valor de caráter integrativo do vencimento dos cargos nele compreendidos, retribuição nitidamente estipendial, atribuída ao funcionário, em virtude, precisamente, do cumprimento regular de seu horário normal de trabalho.** Para os cargos enquadrados no art. 7.º, § 1.º, previu a Lei n.º 4 937, de par com o quantitativo atinente ao padrão fixado no art. 2.º, mais a importância de que cogita o art. 12, titulada de gratificação.

c) **Com efeito**, conforme ficou analisado atrás (itens 7 a 9) a **vantagem em foco, embora sob nomen juris de gratificação, — em se tratando da hipótese do art. 7.º, § 1.º, da Lei em apreço, equívale a fórmula de vencimento, importante ser considerada, nesse caso, como parcela integrativa permanente do estipêndio dos cargos abrangidos pela norma legal em alusão.**

De outra parte, essa vantagem vem de ser instituída, através da Lei de reajustamento geral do funcionalismo público civil do Estado (Lei n.º 4.937/65), e representa para os servidores ocupantes dos cargos, de que cogita o art. 7.º, § 1.º, em análise, **aumento permanente de estipêndio.** . . .

Dessa sorte, portanto, não há como desconsiderar, ao ensejo da revisão de proventos dos que se inativaram em cargos enquadrados no âmbito do art. 7.º, § 1.º, da Lei 4.937/65, essa parcela do aumento ocorrido, em favor dos atuais ocupantes desses cargos”.

Essa orientação hoje, para os recorridos é absurda, insustentável. “feita às pressas” por “exegetas burocráticos” !

5. O Estado, tal como procedeu ao ensejo da Lei n.º 4937/65, com o advento da Lei n.º 6193, de 11/1/71, estabeleceu não só novas tabelas de vencimentos para os

servidores, como alterou os **regimes especiais** de trabalho, **suprimindo** o de trinta e três (33) horas semanais, que voltou a **ser o básico e fixou** os de (A) tempo integral (44 horas semanais), atribuindo-lhe a gratificação de 50% e (B) dedicação exclusiva, com a gratificação de 100% sobre o vencimento fixado para trinta e três (33) horas.

Em face, porém, dessa mudança de estrutura, determinada pela nova lei, que tornou a carga horária de trinta e três (33) horas semanais de trabalho, como horário básico, cuidou o Estado de reajustar os níveis dos novos vencimentos em ordem a compensar essa alteração.

Veja-se, a propósito, o que diz a autoridade dita coatora em suas informações (fls. 167 dos autos):

"A gratificação convocatória de 50% prevista pela Lei n.º 4937/65, constituía-se de verdadeira parcela integrativa do vencimento e como parte do tratamento pecuniário básico.

Estava em função do horário de trabalho — 33 horas semanais para nível superior.

8. A vigente Lei n.º 6193/71 não mais prevê a possibilidade de um regime normal de trabalho de 22 horas semanais.

A parcela integrativa — 50% sobre o vencimento básico — **passou a ser incorporada ao vencimento básico, em consequência de exigência legal do aumento de horas de trabalho semanal.**

E isso é demonstrável em termos quantitativos de remuneração:

- Em dezembro de 1970, o básico do padrão 15 para 22 horas semanais, correspondia a Cr\$ 435,00, que, acrescido de 50% — regime de 33 horas — equivalia a Cr\$ 652,50 mensais;

- A partir de 1.º de janeiro do corrente ano (1971), a tabela prevê o vencimento, **para o regime de 33 horas semanais**, de Cr\$ 1.200,00.

O acréscimo real de aumento para os impetrantes em 1971, foi de 84% sobre a tabela vigente em 31 de dezembro de 1970, no regime da Lei n.º 4937/65."

6. Legítimo, por sem dúvida, o procedimento do recorrente ao fazer a **revisão de proventos** dos recorridos, eis que baseado em ordenamento legal, cuja validade não foi sequer questionada.

Assim, no caso, não se trata de fixação mas de **revisão de proventos** operada com base na nova lei — 6193/71 —, que para um horário de trinta e três (33) horas de trabalho semanal, **carga horária prevista e cumprida pelos reclamantes**, fixou os vencimentos de Cr\$ 1.200,00.

7. Os Recorridos, alegando, todavia, estarem sob o pálio do direito adquirido, querem acrescentar **mais** a parcela de 50%, **como se o novo valor de Cr\$ 1.200,00 só correspondesse a uma carga horária de 22 horas de trabalho semanal.**

Não procede a pretensão, nem têm eles direito adquirido à manutenção do status anterior. A **lei nova, à base do que se há de fazer a revisão dos proventos**, alterou sem ferir direitos de quem quer que seja.

8. Ressalte-se, já agora, que a r. sentença do juízo singular deferiu a segurança pelo só fato de situar-se o Diretor-Geral do Tesouro em posição hierárquica inferior a de Secretário de Estado e do Governador, autoridades que haviam firmado os atos de inativação dos interessados.

Veja-se, fls. 187:

"Não ao Senhor Diretor-Geral do Tesouro, mas ao Senhor Governador do Estado ou ao Senhor Secretário de Estado de Administração competirá, em o exercício de suas prerrogativas legais a expedição de atos normativos de revisão de proventos de inativos. E em a aplicação da Lei 6.193/71, excluir a questionada vantagem, por considerá-la integrada no novo nível básico, ou por decidir, importará a manutenção dela em infringir o preceito constitucional escrito em o artigo 102, parágrafo 2.º, da Constituição Federal".

Ora, a prevalecer esse entendimento por ausência de ato de Secretário de Estado e/ou do Governador, os RECORRIDOS não se poderiam beneficiar — enquanto não expedidos os atos de REVISÃO DE PROVENTOS por uma dessas autoridades —, com nada da Lei nova n.º 6193/71 e deveriam continuar percebendo os proventos iniciais da Lei n.º 4937/65, de apenas (computado o básico de Cr\$ 435,00 mais 50%, da chamada gratificação: 217,50) Cr\$ 652,50.

Diante disso, indiferença a contradição da sentença de fls. 181/189, que nega ter o Diretor-Geral do Tesouro competência para o menos e o manda fazer o mais.

Igualmente, não pode subsistir o Acórdão da ilustrada 3a. Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça por ofensivo do texto constitucional (ut art. 102, § 2.º), já que confere aos Recorridos proventos maiores do que os percebidos pelos servidores — (e os próprios inativos se) em atividade para o mesmo regime de trabalho de 33 horas.

Observe-se, no particular, que a V. Câmara do Tribunal "a quo" se impressionou, **data venia**, com um detalhe, para decidir nos rumos que o fez, que não pode vingar, porque absolutamente irreal. Qual seja, o de que o Estado continuava pagando a mesma vantagem.

Aqui o equívoco. O Estado outorga vantagem de igual natureza, não a mesma. De igual natureza porque **os servidores em REGIME ESPECIAL DE 44 HORAS** — que nunca foi o caso dos Recorridos —, ao se inativarem, preenchidos os pressupostos da lei, **INCORPORAM AOS VENCIMENTOS** para efeitos de cálculo dos proventos a gratificação correspondente. Servidores em regime de 33 horas de trabalho semanal, com base nas disposições da Lei 6193/71 ou depois dela, não têm a menor possibilidade de conseguir essa vantagem.

A autoridade dita coatora, em suas informações, fls. 169, esclarece:

"Finalmente, cumpre ainda esclarecer que os casos recentíssimos, arrolados pelos impetrantes, . . ., dizem respeito a regimes convocatórios de 44 horas com a respectiva remuneração — 50% de gratificação — (art. 1.º, 4.º da Lei n.º 6193/71) . . ."

Eis a lei n.º 6193/71:

"Art. 1.º — A tabela de vencimentos . . . é a seguinte:

§ 3.º — O funcionário em regime especial de trabalho receberá uma gratificação calculada sobre o vencimento básico do cargo.

REGIME	GRATIFICAÇÃO
--------	--------------

A — 44 horas semanais	50%
-----------------------	-----

B — Dedicção exclusiva	100%
------------------------	------

§ 4.º — Os funcionários convocados para o regime de 44 horas, ... ou com duração superior a cinco anos consecutivos ou dez intercalados ...

Art. 7.º — Revogam-se as disposições em contrário. ...

9. Os Recorridos mesmos, de sua vez, se encarregam de mostrar que os atuais servidores, EM REGIME DE TRABALHO DE 33 HORAS SEMANAIS, não logram a vantagem, mas só os que estiverem no regime de 44 horas.

Leia-se o que dizem às fls. 267:

"O que o quadro. . . mostra, a final, é que aos atuais servidores em atividade, se vierem a implementar as condições de incorporação da vantagem, serão outorgados proventos **que só serão conseguidos**, comparativamente aos impetrantes, **com duração semanal de trabalho SUPERIOR EM ONZE HORAS**. Só isso".

Pois bem, isso quer dizer 44 horas semanais de trabalho e não 33, já que este não constitui mais regime especial e os vencimentos ao serem fixados tiveram presente essa circunstância. Compensaram. Do contrário, os vencimentos teriam sido fixados em valor menor, exemplificando: Cr\$ 800,00 (e já seria considerável aumento para quem tinha Cr\$ 435,00) e, ao final, daria o mesmo resultado: Veja-se

22 horas semanais.....	800,00
33 horas semanais + 50%.....	1.200,00
44 horas semanais + 100%.....	1.600,00.

Por outro lado, de que ao regime especial de trabalho deve corresponder uma prorrogação no horário normal previsto para o respectivo cargo, um serviço extraordinário, o que nunca fizeram os Recorridos porque a carga horária normal deles, prevista nas especificações de classe, era de 33 horas de trabalho semanal, dizem-no em o Memorial de fls. dirigido à Sua Excelência, o Senhor Doutor Procurador-Geral da República.

Nesse mesmo documento, afirmam, não sem certa dose de malícia, que estaria o Estado, agindo contraditoriamente, porque, desde janeiro do ano em curso, restabelecera a vantagem retirada na vigência de Lei 6193/71. De fato, com a promulgação de novo ordenamento legal, a Lei n.º 6486, de 20 de dezembro de 1972 que, a par de fixar novos níveis de vencimentos aos servidores do Estado, **reduziu o horário de trabalho dos classificados no padrão 15**, caso dos Recorridos, e criou novos regimes especiais. Veja-se:

"Art. 12 — O regime normal de trabalho para todos os cargos ...

classificados no nível superior é **fixado em 22 horas semanais**.

Art. 13 — São estabelecidos para os cargos de que trata o art. 12 desta Lei os seguintes regimes especiais de trabalho, aos quais corresponderá a gratificação a seguir estabelecida, calculada sobre o vencimento:

REGIME	GRATIFICAÇÃO
A — 33 horas semanais	50%
B — 44 horas semanais	100%
C — Dedicção exclusiva	150%".

Prova-se, destarte, que o recorrente se submete ao disposto na legislação pertinente e não age, como afirmam os Recorridos, de forma contraditória ou caprichosa.

10. No Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a matéria foi apreciada e resolvida dentro da linha adotada pelo Recorrente em, pelo menos, cinco (5) julgados:

a) MANDADO DE SEGURANÇA n.º 15.627 — DF, Impetrantes: Salvador César Obino e Outros, Relator o Senhor Ministro EVANDRO LINS E SILVA, R. T. J. n.º 41, onde se pode ler no voto:

"Os vencimentos ou proventos são fixados pela Lei (p. 20)".

Ou, nessa outra passagem, no voto do Senhor Ministro ELOY JOSÉ DA ROCHA:

"O princípio verdadeiro, no entanto, a meu ver, é este: a revisão de proventos se há de realizar segundo a lei atual, e não conforme a lei do tempo da inatividade. **NÃO HÁ DIREITO ADQUIRIDO A REVISÃO DOS PROVENTOS, NA CONFORMIDADE DA LEI VIGENTE NO MOMENTO DA INATIVIDADE**, a revisão, que é atual, sujeita-se à lei nova" (grifei, págs. 22 e 23).

b) RECURSO EXTRAORDINÁRIO n.º 69.536 — PR, Segunda Turma, Rel. Senhor Ministro THOMPSON FLORES, Recorrente: Estado do Paraná; Recorrido: Delly de Carvalho:

"Funcionário público. Aposentadoria. Proventos. Melhorias futuras. Limitação.

O enunciado da Súmula 359 não autoriza afirmar direito adquirido aos aumentos futuros atribuídos aos servidores em atividade. Recurso conhecido e provido."

E, mais adiante:

"Procedendo como procedeu, sem reduzir o que percebia o recorrido, como se vê da certidão de f. 19-21, não afrontou o direito adquirido, que inexistia para as melhorias futuras, nem comprometeu o enunciado na Súmula 359".

c) RECURSO EXTRAORDINÁRIO n.º 70.001: Primeira Turma, Rel. Senhor Ministro DJACI FALCÃO, Recorrente: Virgílio Domingues da Silva Filho; Recorrida: União:

"Funcionário Público. Gratificação — Extinção — Aposentadoria — Direito Adquirido.

— Extintas as gratificações de magistério e nível universitário, o professor aposentado deixa de percebê-las a partir da sua vigência, sem ofensa a direito adquirido".

Sustentando o voto:

"O acórdão recorrido entendeu que extintas as gratificações de magistério em nível universitário, por força da Lei n.º 4345, de 1964, que criou outros níveis de vencimentos, o professor aposentado deixa de percebê-las a partir da sua vigência. Entende, contudo, o recorrente que houve ofensa a direito adquirido.

Em princípio, o servidor sujeito ao regime estatutário, não tem direito à imutabilidade de vencimentos ou mesmo à permanência de qualquer vantagem. Por outro lado, se os proventos da inatividade são regulados pela lei vigente ao tempo da aposentadoria, isso não significa impossibilidade de revisão prevista em lei.

Não há cogitar de ofensa a direito adquirido, inclusive porque, conforme observa o respeitável aresto a lei nova concedeu aumento que compensou a extinção das gratificações. É de se considerar que a mesma se estende aos inativos, não só quanto à extinção das gratificações, mas também no que se relaciona a atualização dos proventos (artigo 21, número 7, que faz remissão à Lei n.º 2622)".

Ut R. T. J. n.º 54, págs. 387 e seguintes.

d) RECURSO EXTRAORDINÁRIO n.º 70.232 — ES, Primeira Turma, Relator Senhor Ministro DJACI FALCÃO, Recorrente: Estado do Espírito Santo; Recorridos: Lumberto Maciel de Azevedo e Outros, R. T. J. n.º 56, págs. 205 e seguintes:

"Ao servidor inativo, civil ou militar, é assegurado o direito ao reajustamento de proventos, sem que estes ultrapassem os vencimentos daqueles que se acham em atividade (art. 102, parágrafos 1.º e 2.º da Constituição)".

Na sustentação do voto:

"Ora, conforme declarado pelos votos vencidos de fls. 419 e 424, amparando-se este último no RMS 18.831, e tendo em vista, ainda, a jurisprudência do Eg. Supremo Tribunal consubstanciada nos julgamentos proferidos, dentre outros, nos RE 67713, in D.J. 29/12/69; RE 67441, in D.J. 10/04/70; RE 68431, in D.J. 05/12/69; RE 64085, in R. T. J. 49/61; RE 66833, in R.T.J. 51/449, não se nega ao servidor inati-

vo, civil ou militar, o direito de reajustamento dos proventos, quando aumentados os vencimentos dos servidores em atividade, em face do princípio constitucional da revisão por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda. NO ENTANTO, VEDADO É APOS A CARTA DE 67, AO SERVIDOR INATIVO PERCEBER PROVENTOS SUPERIORES AOS VENCIMENTOS DAQUELES EM ATIVIDADE, DE IGUAL CATEGORIA, OU TAMBÉM, COMO SUCEDE NO CASO DOS AUTOS PRETENDER QUE A EQUIPARAÇÃO DE UNS A OUTROS CONTINUE PERSISTINDO, TENDO EM VISTA A DATA DA APOSENTAÇÃO OU PASSAGEM PARA A RESERVA.

AO CONTRÁRIO DO DECLARADO PELO TRIBUNAL A QUO, INEXISTE DIREITO ADQUIRIDO POR PARTE DOS RECORRIDOS À MANUTENÇÃO DA SITUAÇÃO ANTERIOR, EM FACE DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS, ÀS QUAIS SE AJUSTOU A LEI CAPIXABA (Lei 2298/67, fls. 490-491).

IRRESPONDÍVEL SE ME AFIGURA O ENTENDIMENTO ESPOSADO NO PARECER E NOS VOTOS DOS ILUSTRES DESEMBARGADORES VIEIRA BRAGA E CÍCERO ALVES. NA VERDADE, EM FACE DA LEI MAGNA É ASSEGURADO O DIREITO AO REAJUSTAMENTO DE PROVENTOS QUANDO HÁ REVISÃO DE VENCIMENTOS DOS SERVIDORES EM ATIVIDADE, EM VIRTUDE DA DECADÊNCIA DO PODER AQUISITIVO DA MOEDA (§ 1.º, do art. 102, da Constituição). CONTUDO, "EM CASO NENHUM OS PROVENTOS DA INATIVIDADE PODERÃO EXCEDER A REMUNERAÇÃO PERCEBIDA NA ATIVIDADE" (§ 2.º, do citado art. 102)".

e) RECURSO EXTRAORDINÁRIO n.º 76.345 — RS, Primeira Turma, Relator Senhor Ministro DJACI FALCÃO, Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul; Recorridos: C. S. L. e Outros, julgado em sessão do dia 19/06/73, versando matéria idêntica a discutida nos presentes autos e, à unanimidade, foi o recurso conhecido e provido para cassar-se a segurança concedida, sob duplo fundamento de inexistência de direito adquirido e por violação ao disposto no art. 102, § 2.º, da Carta Federal.

11. Assim, tal como já foi afirmado, o procedimento do Recorrente longe de ferir direitos, longe de contrariar o magistério ditado por esse Pretório Excelso, longe de vulnerar o que está consagrado na Súmula 359, ao conceder, nos termos e pela forma que o fez, **revisão de proventos** aos Recorridos agiu em conformidade com a lei local e em consonância com o disposto na Constituição Federal (art. 102, §§ 1.º e 2.º).

Mas, **salva reverência**, prevalecendo a decisão recorrida, os impetrantes passarão a perceber, na inatividade, "proventos superiores aos vencimentos daqueles em atividade, de igual categoria", e em igual regime de trabalho.

Significativo, outrossim, o despacho deferitório de seguimento do presente recurso, fls. 271/272.

"Ora, na espécie, não houve a retirada da gratificação incorporada à posição individual do servidor, houve apenas a modificação legal e

regulamentar. Os jubilados adquiriram o direito de perceber realmente, pelo regime de 33 horas, uma remuneração determinada. Essa remuneração que se pagava com vencimentos e sobre vencimentos, denominada gratificação por regime especial, essa remuneração passou a ser paga apenas com vencimentos. Os sobrevenimentos se conservaram apenas para o regime de 44 horas semanais. Se perceberem a remuneração das 33 horas, hoje regime normal, mais a "gratificação" de 33 horas, o "bis in idem" resultará na superioridade dos proventos frente aos vencimentos do pessoal ativo, trabalhando as mesmas 33 horas. Evidenciou-se, aliás, que o sobrevenimentos, ou gratificação de 50%, foi incluída na remuneração das 3 horas, segundo a nova lei estadual 6193/71, tanto que houve acréscimo de 84% na tabela de vencimentos (fls. 172). Perceber isso e mais a gratificação de 50%, ultrapassando a remuneração do pessoal ativo, nas mesmas condições, pode realmente ter afrontado o mandamento constitucional".

12. Confia, assim, o Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul, invocando os oportunos e superiores suprimentos dos EMÉRITOS JULGADORES, que essa ilustrada Turma conheça do Recurso e lhe dê provimento para, a final, cassar a decisão recorrida, como medida de realização do direito e inquestionável

JUSTIÇA!

Brasília, 16 de agosto de 1973.

Orlando Giraldi Vanin
Consultor-Geral do Estado

"VOCÇÃO INDUSTRIAL": RAZÕES DO APELADO *

Telmo Candiota da Rosa Filho

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da 2ª Vara de Montenegro:

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, através do consultor jurídico abaixo assinado, nos autos da AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO movida contra F.C.P.P., vem à presença de V. Ex^a formular as contra-razões à apelação interposta pelo expropriado.

EGRÉGIA CÂMARA CÍVEL:

1. Os laudos trabalham sobre um fenômeno. Vem do grego essa palavra, onde significa "o brilho". Fenômeno é o que aparece. O modelo matemático-científico deve se assentar na autenticidade do fenômeno. Não há técnica ou fórmula matemática esotérica que se possa pretender impor à realidade mal apreendida. Como advogados não podemos apreciar o modelo matemático, mas devemos valorar o fenômeno. E temos de nos abalar a um juízo crítico da fórmula evidentemente errônea. E o caso dos autos. Diz o senhor perito que o hectare vale Cr\$ 250.000,00; diz o assistente técnico do expropriado que o valor é de Cr\$ 650.000,00. Em verdade, porém, se o Dr. Juiz de Direito, ou o e. Desembargador Relator, ou qualquer do povo se deslocar hoje para a zona do Pólo Petroquímico, comprará o seu hectare de terra "rural" a Cr\$ 30.000,00 ou Cr\$ 40.000,00. É o que fez o Sr. Francisco Roger Albuquerque Trein, um dos mais bem aquinhoados réus nas desapropriações do Pólo, conforme comprovamos em nossas razões de apelação neste processo.

Assim, pois, "data vênica", deve o bacharel enfrentar o engenheiro cujo modelo matemático-científico só o é pretensamente, pois que deformante da realidade em que se deveria assentar.

Não é verdade que o assistente técnico do Estado tivesse um valor pré-fixado. Se assim fosse, por que esse valor corresponderia aos preços de mercado de hoje, conforme comprovado não só em seu laudo, mas também na planilha que acompanha a apelação do A. nestes autos?

Endossamos a crítica do apelante ao laudo pericial que embasou a r. sentença recorrida, embora a crítica deva ser mais ampla e abrangente. O sr. perito não só confundiu áreas rurais (da zona do futuro Pólo Petroquímico) com industriais (do Parque Industrial de Canoas), como arbitrariamente, numa Planilha que ele mesmo elaborou, com vinte e duas transações, selecionou seis para parâmetros, quatro em Canoas e duas na zona exproprianda. Por que quatro lá e duas aqui? Por que não três lá e três aqui pelo menos? E por cúmulo ainda utilizou o sr. perito, quanto ao parâmetro de Canoas, duas transações viciadas, conforme demonstramos em nosso apelo, uma por um valor hipertrofiado para futura obtenção de financiamento e outra por alteração de data do negócio para incidência de correção monetária. Absolutamente inidôneo o

laudo que embasou a r. sentença recorrida. Que ciência é essa, que modelo é esse que pretende resumir uma realidade totalmente deformada pela ótica do técnico?

E assim chegamos à vocação industrial, à pretensa vocação industrial do sr. assistente técnico do expropriado. Será que ele pretende realmente que o Poder Judiciário fixe em Cr\$ 600.000,00 o hectare que hoje qualquer do povo pode adquirir a trinta ou quarenta mil cruzeiros? Seria excesso de ingenuidade "científica". A técnica é facilmente perceptível. Vamos criar um fundamento (vocação industrial) para estabelecer um extremo oposto ao valor arbitrado pelo técnico do A. e, assim, tornar plausível um preço intermediário, obtido por média aritmética, o qual, sem aquele extremo oposto ao da inicial pareceria absurdo. A técnica é hábil. Sabe-se que os juízes em geral acolhem os laudos dos seus louvados. Vamos então transformar esse valor num preço intermediário entre dois critérios opostos e extremos. Demos aparência Científica à média aritmética, sustentemos a tese da vocação industrial e façamos parecer lógico o absurdo, criterioso o arbitrário, virtuoso o viciado. O estratagema funcionou na primeira instância. Será que os eminentes desembargadores não decifrarão o enigma dessa esfinge dos pampas?

Enquanto isso, sobre os sacrificados cofres do Estado do Rio Grande do Sul para essa ameaça, capaz de inviabilizar a maior iniciativa econômica de nossa história. Não é tempo de se rechaçar as pretensões privadas que se chocam contra o interesse público?

De nossas contra-razões à apelação de outro expropriado do III Pólo Petroquímico, B.S.V., processo que tramita em Triunfo, destacamos esta passagem:

O livro de L. DRONSART, "Doctrines et Jurisprudence en Matière d'Expropriation pour Cause d'Utilité Publique" (fls. 261 a 263) se refere a realidade sócio-econômica inteiramente diversa da brasileira. Trazê-lo aos autos foi um serviço prestado ao postulante, a quem só resta agradecer ao réu, que parece desconhecer a língua francesa, senão vejamos:

"193VII — A indenização a entregar ao proprietário pelo terreno tomado deve ser determinada pelo valor desse terreno no momento da expropriação, tendo-se em conta o uso ao qual ele era destinado." (...)

"193VII — É preciso rejeitar todas as avaliações dos peritos baseados sobre o partido mais ou menos vantajoso que o expropriado teria podido retirar de sua propriedade e não vislumbrar senão a destinação que ele deu realmente a seu bem." (fls. 263).

É o apelante quem o diz. Em 1896 o bom senso de DRONSART já repelia a tese da pretensa vocação industrial dos bens expropriados. Todo cuidado é pouco ao se selecionar as fontes.

2. Não pode prosperar a afirmação de que o ilustre magistrado prolator da sentença apelada tenha aderido à vocação industrial da área ou reconhecido sua existência independentemente da instalação possível do Pólo Petroquímico. Claríssimas suas palavras:

"Vocação, contudo, importa em potência e não em ato. Vocação é tendência, inclinação, esperança (spes); sendo esperança, tendência, ainda não o é, mas expectativa de sê-lo. A área, hoje, é rural (ato) e com a implantação das obras todas, surgirá a característica da industrialidade (potência).

Surgem daí todos os desvios de ótica, quer do Estado, quer dos réus.

Estes, tomando-a como já industrial, observam parâmetros de negociações imobiliárias diversos daqueles inseridos no contexto rural local.

Por isso, inaceitável o seu laudo."

3. A jurisprudência carreada aos autos pelo apelante não conforta sua tese. E claro que o Tribunal, ao apreciar desapropriação de área em parque industrial constituído, terá de levar em consideração o valor intrínseco do imóvel.

De toda a jurisprudência contrária à tese do apelante e já no bojo dos autos, destacamos apenas um acórdão de nosso Egrégio Tribunal de Justiça:

(Apelação Cível nº 29.542 — 2ª Câmara Cível Especial — Porto Alegre)

VALOR DA INDENIZAÇÃO

"O preço dos imóveis expropriados deve ser alcançado através de critérios objetivos e concretos. Preponderância do laudo que adota o critério comparativo, que repousa em dados objetivos e reais, sobre o chamado critério do máximo aproveitamento econômico, que se baseia em dados hipotéticos. (...) O laudo do assistente técnico dos expropriados, que o apelante pretende seja considerado, adotou o critério do máximo aproveitamento econômico, estimado em Cr\$ 1.500,00 o metro quadrado do terreno e em Cr\$ 71.000,00 o valor do prédio e suas benfeitorias. O referido critério, porém, vem sendo repellido pela jurisprudência, vez que não repousa em dados objetivos e reais, mas sim num juízo de simples possibilidade, levando em consideração hipotético erguimento de um edifício sobre o terreno. Labora, assim com dados irreais e presumíveis, oferecendo um valor totalmente fora da realidade e, por isso mesmo, não podendo caracterizar uma justa indenização. Além disso, a pequena área do terreno, especialmente a sua diminuta testada, 6,60m, não permitiria o índice de aproveitamento a que chegou, como bem demonstrou o perito do juízo.

Já o laudo do perito oficial, escolhido pela sentença, encontra-se calcado em dados objetivos e concretos, chegando ao valor da indenização através do usual método comparativo, levando em consideração transações havidas na mesma zona com imóveis em condições mais ou menos semelhantes ao presente.

Assim atribui ao terreno o valor de Cr\$ 1.116,76 o metro quadrado, superior ao assistente técnico da expropriante, no valor de Cr\$ 1.000,00, e também ao do preço oferecido, de Cr\$ 605,00. (...)

Quanto à indenização propriamente dita, também me convenci de

que a melhor prova, no caso, para a fixação do justo valor que, em termos constitucionais, deve ser atribuído ao proprietário, que teve seus bens desapropriados, reside no laudo do perito oficial, que oferece os melhores elementos, porque se baseou no método comparativo indireto, baseou-se em dados reais, ao passo que o laudo dos expropriados partiu de um pressuposto, que é o critério do máximo aproveitamento econômico, que não tem sido aceito, em regra, pela jurisprudência, por isto que parte de hipóteses, de juízos hipotéticos, isto é, possível aproveitamento econômico, quer através da construção de um prédio, de um loteamento, ou de outras circunstâncias. (...)

(In Revista de Jurisprudência do TJRS, nº 72, Fevereiro, 1979, pp. 457, 459, 461).

4. Surpreende a afirmação do apelante quanto à correção monetária, de vez que doutrina e jurisprudência são remansosas a respeito.

Qualquer dúvida foi espancada pela Lei nº 6.306, de 15-12-1975, que alterou a redação do § 2º do art. 26 do Decreto-Lei nº 3.365/41.

5. Surpreende a última afirmação do apelante, de que o Estado o está privando de comprar terras industriais através do uso da FORÇA. Salvo o caso de erro datilográfico, é o que consta dos autos (fl. 228). Por que pretende o réu comprar terras com essas características? Pretenderá revendê-las pelo preço do laudo de seu "expert" ?

Repitamos a lição dos mestres de que o ato expropriatório, embora superado o conceito de domínio eminente enquanto expressão de soberania ou poder absoluto, reflete a supremacia do interesse público sobre o privado, dada a função social da propriedade, reconhecida na Constituição Federal, que abre exceção ao direito fundamental para atender a exigências mais altas da sociedade em sua estruturação econômica e política.

Como se falar em força onde afua cristalino o direito, expresso na Lei Maior e na menor, perseguindo o bem comum?

Espera o recorrido que Vossas Excelências hajam por bem negar provimento à presente apelação, para reformar a r. sentença apelada nos termos do recurso voluntário do Estado.

Termos em que pede deferimento.

Montenegro, 19 de novembro de 1979.

DESISTÊNCIA DA AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO AGRAVO DE INSTRUMENTO*

Telmo Candiota da Rosa Filho

Excelentíssima Senhora Doutora Juíza de Direito da Comarca de Triunfo;

O Estado do Rio Grande do Sul, através do consultor jurídico abaixo assinado, nos autos da AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO movida contra EC.PP, não se conformando com a respeitável decisão de V. Ex^a, indeferindo o pedido de desistência da ação, apresenta este AGRAVO DE INSTRUMENTO, com base no art. 522 e seguintes do Código de Processo Civil, para o que expõe e requer o seguinte:

1. É praxe dos eminentes juízes das Varas da Fazenda Pública, em Porto Alegre, receber as homologações do Senhor Consultor-Geral do Estado às petições dos consultores jurídicos, relativamente aos poderes especiais previstos no art. 38 do CPC, independentemente de reconhecimento de firma, de vez que se trata de assinatura pública e notória, aposta a uma petição firmada por um consultor jurídico do Estado, funcionário do Gabinete do Senhor Governador, em favor de quem milita uma presunção de boa fé ou de fé pública.

Seria inusitado que o E. Tribunal de Justiça ao executar um decreto do Governador do Estado promovendo uma juíza de direito, ou o Procurador-Geral da Justiça quanto à promoção de um promotor público, fossem deixar de fazê-lo porque a assinatura do Governador não teria sido reconhecida por Tabelião.

Recentemente foi expedida pelo Senhor Presidente da República a Circular nº1, de 30 de julho de 1979, determinando rigorosa observância do Decreto nº 63.166, de 26 de agosto de 1968, alterado pelo Decreto nº 64.024-A, de 27 de janeiro de 1969, "dispensando o reconhecimento de firmas em documentos que transitam pela Administração Pública, Direta e Indireta". Esse o espírito que anima o administrador público no Brasil de hoje, dentro da política difícil de desburocratização.

Assim, não poderia ser acolhida por esse e. Juízo a preliminar de ausência de poderes para desistir da ação, quanto ao consultor jurídico signatário, de vez que, ainda que fosse obrigatório o reconhecimento da firma ou outra formalidade relativamente à homologação do Senhor Consultor-Geral do Estado, E NÃO O É, caberia ao juiz mandar sanar a omissão, dentro do espírito dos arts. 249 e 250 do Código de Processo Civil. Talvez não tenha agido assim a douta magistrada porque indeferiria no mérito, o pedido de desistência da ação.

Atendendo, no entanto, ao zelo desse e. Juízo, o consultor jurídico signatário tomou o cuidado de providenciar no reconhecimento da firma do Senhor Consultor-Geral do Estado, vencida a dificuldade da preliminar suscitada.

MÉRITO

2. Será necessário renunciar ao direito de desapropriar, através da publicação de decreto que revogue o que declarou a utilidade pública?

*Originalmente publicado na RPGE nº 25, 1979

Não pode a utilidade pública desaparecer e reaparecer dentro dos cinco anos de caducidade do decreto, fazendo necessário desistir da ação sem renunciar ao direito?

Qual a natureza jurídica do decreto declarador da necessidade ou utilidade pública?

Não pode o Poder Público desistir da ação independentemente da publicação de decreto que revogue o inicial?

Tentemos adentrar os meandros dessas dificuldades.

Pontes de Miranda traça com perfeição a diferença entre os pressupostos da necessidade pública, utilidade pública, ou interesse social, e o pressuposto da declaração de desapropriação. Os primeiros são de direito material, dizem com o fundamento da expropriação, que é de ordem constitucional. O último é pressuposto formal, de natureza processual, "que se satisfaz em decreto ou em lei, seguida de execução" (Tratado de Direito Privado, tomo XIV, 3 ed., Borsoi, Rio, 1971, pp. 186 e segs.). Trata-se de "ato administrativo de exercício de direito" (ob. cit., p. 192). "Somente se diz, necessariamente, o que se vai desapropriar e por que se vai desapropriar. **Tudo mais** ou se estabelece por acordo, ou por processo judicial" (p. 194). "Tudo mais", inclusive a desistência.

As pessoas afeitas ao trato do direito privado raciocinam dentro do plano de que o contrato se desfaz por um instrumento de igual natureza, o distrato. Transpõem esse raciocínio para o direito público, pretendendo que o decreto se desfça por decreto, esquecidos de que tudo mais" deve-se estabelecer por acordo ou processo judicial. Cada ato deve ser exarado no momento adequado, o decreto formalizando o momento anterior ao processo e a petição nos autos requerendo a desistência no seu "iter". São atos eminentemente formais, cada um adequado no tempo e no espaço processual.

É ainda o grande Pontes de Miranda quem preleciona: "... o fundamento, a despeito da mesmidade do objeto, pode mudar, e ter desaparecido, nos cinco anos, o fundamento, **que depois reaparecer**" (ob. cit., p. 196).

Desaparece hoje a utilidade pública e ressurgir amanhã. Se o juiz exige um decreto revogando a desapropriação, se exige que o Estado renuncie ao direito material de desapropriar, está vestindo uma camisa de força no Poder Público, tolhido de desistir da ação para renová-la, se necessário, no prazo de cinco anos.

Essas regras excepcionam à natureza da relação jurídica de direito privado, onde nos acostumamos a raciocinar, pois a isonomia, no direito público, não pode desatender à relevância da Administração, colocada num plano superior aos interesses privados, desde que representa a coletividade, o bem comum como aspecto finalístico. Para o desvio de poder ou de finalidade do ato administrativo existem remédios próprios. O abuso da competência não deve eliminar a competência.

O jurista citado aborda objetivamente o tema da desistência e da renúncia.

"A declaração de desapropriação não é revogável, rio preciso sentido técnico, A desistência pelo Estado tem como consequência não se ter por interrompido o curso dos cinco anos" (ob. cit., p. 247).

Não há dúvida, então, que o Estado pode desistir da ação porque momentaneamente desaparecido o interesse público, **sem renunciar** ao direito material de desapropriar.

"A renúncia à ação e a desistência do processo são inconfundíveis. Pode-se desistir do processo, sem se renunciar à ação, se bem que renunciar à ação implique ter-se de

desistir do processo. De regra, não se entende que renúncia quem diz desistir; mas o Estado, que desiste do processo de desapropriação, entende-se ter renunciado à ação, salvo explicitude em sentido contrário" (Pontes, ob. cit., pp. 246/7).

Os conceitos são de uma clareza meridiana. No caso presente houve desistência, e não renúncia. Usou-se o meio adequado. A discricionariedade do ato administrativo se reflete no plano processual, dada a natureza da relação jurídica de direito público, onde o interesse de todos prevalece sobre o do particular.

Os principais administrativistas brasileiros pensam como o insigne Pontes de Miranda. Seguem-lhe os passos seguros Miguel Seabra Fagundes, José Cretella Júnior e Celso Antônio Bandeira de Mello. E isolado, na doutrina brasileira, o posicionamento de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, em artigo recentemente publicado, onde se filia ao pensamento de Fiorini, de que, após citado o réu, não pode o Poder Público desistir da ação sem a concordância daquele. O procedimento expropriatório tem natureza especial, derivada do tipo de relação jurídica de direito administrativo, conforme antes referido. Concluir como o nobre professor paranaense, a partir do art. 42 do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, corresponde a ignorar os traços característicos do procedimento referido.

3. A jurisprudência brasileira tem, com sabedoria, se orientado nessa linha de pensamento. Aceita-se a desistência da ação, independentemente de renúncia ao direito de expropriar e de aquiescência do expropriado, reconhecida a supremacia do Estado, o que especializa o procedimento. É reconhecido, em contrapeso, o dever do expropriante de indenizar o réu pelos danos causados e as perdas decorrentes da desapropriação.

Nos acórdãos a seguir alinhados não se exige a concordância dos réus.

Apelação Cível nº 2.281 — TJ Guanabara, Rev. de Direito da Procuradoria Geral da Guanabara, v. 7, p. 432, 1957.

(...)

VIII — Desistência e extinção da ação — Pretende a Ré valer-se da norma contida no art. 181 do Código de Processo Civil, que subordina a desistência da ação, após a contestação, à aquiescência do réu.

O dispositivo invocado não se aplica, porém, a hipótese **sub judice**, que de extinção da ação, e não de **desistência**

(...)

Quem desiste de ação em curso, desiste apenas da instância e não do direito de acionar, podendo, em seguida, renovar a ação. A desistência afeta apenas a relação processual instaurada, e não a relação de direito material, deduzida em juízo.

(...)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 73.594 — MG
(Segunda Turma)

Relator: O Sr. Ministro Thompson Flores
Recorrente: Prefeitura Municipal de Campo Grande. Recorrido — EB.

Desapropriação. Desistência, antes de findo o processo. Viabilidade.

Eleitos.

II. É um direito da desapropriante desistir de sua pretensão antes de findo o processo com o recebimento do preço.

III. Se algumas obras realizou, com prejuízo do desapropriado, ressalvado fica o direito à reparação, em procedimento próprio.

Recurso provido.

(Revista Trimestral de Jurisprudência, nº 63, p. 510).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 73.048 - MG
(Primeira Turma)

Relator: O Sr. Ministro Barros Monteiro.

Recorrentes: 1º) Central Elétrica de Furnas S.A. 2º) União Federal.

Recorridos: J.F.M. e outros

Desapropriação. A qualquer tempo, lícito é ao Poder Público dela desistir, ressalvada ao expropriado a via ordinária para o ressarcimento dos prejuízos que acaso hajam sofrido. Recursos extraordinários conhecidos e providos.

(Revista Trimestral de Jurisprudência, nº 60, p. 860).

(...)

APELAÇÕES CÍVEIS

Desapropriação — Processo em segunda instância — Desistência do expropriante — Homologação — Citação do expropriado para devolver importância levantada — Embargos infringentes recebidos.
(...)

Se o expropriante já prestou a prévia indenização e ainda não foi proferida a sentença, pode ele desistir ou renunciar, porque a desapropriação não foi decretada.

Nessa hipótese, cabe o depósito do imóvel pelo expropriante, condicionando a sua entrega ao expropriado à devolução da importância inicial por este levantada.

N. 5.011 (Embargos infringentes) — São Bernardo do Campo —

Embargante: Prefeitura Municipal de São Bernardo do Campo —

Embargados: José Francisco Cardamone e sua mulher.

(Revista dos Tribunais, 476 — Junho de 1975, p. 166).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 73.048 - MG
(Primeira Turma)

Recorrentes: 1º — Central Elétrica de Furnas S/A; 2º — União Federal

Recorridos: J.F.M. e outros

Emenda — Desapropriação. A qualquer tempo, lícito é ao Poder Público dela desistir, ressalvada a via ordinária para o ressarcimento dos prejuízos que acaso hajam sofrido. Recursos extraordinários conhecidos e providos.

(Supremo Tribunal Federal - Seção de Atas — p. 243).

(...)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 73.594 — MT
(Segunda Turma)

Recorrente: Prefeitura Municipal de Campo Grande

Recorrido: F.B.

(...)

Ementa — Desapropriação. Desistência, antes de findo o processo. Viabilidade. Efeitos.

II. É um direito da desapropriante desistir de sua pretensão antes de findo o processo com o recebimento do preço.

III. Se algumas obras realizou, com prejuízo do desapropriado, ressalvado fica o direito à reparação, em procedimento próprio.

Recurso provido.

(Supremo Tribunal Federal — Seção de Atas — R.E. nº 73.594-MT).

(...)

DESAPROPRIAÇÃO — Alteração da inicial — Desistência do ato expropriatório e pedido de prosseguimento do feito com finalidade de instituir uma servidão administrativa sobre faixa do imóvel — Admissibilidade.

(...)

Ainda na fase postulatória, ingressou com a petição de fls., noticiando a modificação de projeto efetuada pelos responsáveis pela aplicação da política energética da Região Centro-Sul do Brasil, em conjunto com a ELETROBRÁS e esclarecendo que a usina a ser efetivamente construída não mais exigiria a utilização das áreas declaradas de utilidade pública — à exceção daquela pertencente à Agro-Pastoril S/A, em que já executara obras provisórias; e a fls., adiantou que nesta gleba implantara uma linha de transmissão de postes de madeira. Em razão de todas essas circunstâncias, reclamou o prosseguimento da ação somente contra a co-ré e com a finalidade exclusiva de instituir sobre a faixa ocupada uma servidão administrativa, desistindo, conseqüentemente, do ato expropriatório de toda a gleba pertencente à Agro-Pastoril S/A, descrita na inicial.

(RT v. 442, p. 172 a 173 — 1972).

(...)

DESAPROPRIAÇÃO - DESISTÊNCIA

— É lícito à Administração, em qualquer tempo, desistir do processo de desa-

propriação.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Banco do Brasil SA. versus Municipalidade de São Paulo. Recurso Extraordinário nº 26.117 — Relator: Sr. Ministro.
VILAS-BOAS

(...)

"A propósito, a lição de Seabra Fagundes, que o venerando acórdão reproduz, está plenamente consolidada pela jurisprudência deste Egrégio Tribunal.

Em verdade, submeter o feito desapropriatório à regra do art. 181 do CPC, que cuida dos efeitos da litiscontestação, em demanda comum, é conferir supremacia às pretensões privadas sobre o interesse público; é desconhecer que a expropriação é uma prerrogativa da Administração, **une mise en oeuvre de la puissance publique**, como se exprime Marcel Waline, é, pois, ignorar que o Poder público, que pode, em regra, revogar unilateralmente os seus atos, tem aqui um âmbito onde decide discricionariamente, a faculdade de tornar atrás, se não mais opera a causa determinante de sua primitiva resolução.

(RDA, v. 54, p. 133—1958).

(...)

DESAPROPRIAÇÃO - DESISTÊNCIA

— Só depois de imitir-se o expropriante na posse da coisa, e de levantado pelo expropriado, o valor da indenização, que se há por consumada a desapropriação até então é facultado ao poder público requerer a desistência do respectivo processo.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Banco do Brasil S.A. e outra versus Prefeitura Municipal de São Paulo
Agravado de petição nº 66.440 — Relator: Sr. Desembargador.
FERRAZ DE SAMPAIO

(...)

O pedido sofreu impugnação. Feita a avaliação dos bens, ingressou a Municipalidade com a petição de fls., na qual alegou desistir da ação e assumir a responsabilidade pelas custas judiciais.

(RDA, v. 36, p. 216—1955).

(...)

DESAPROPRIAÇÃO - DESISTÊNCIA DA AÇÃO

— Ao poder público é lícito desistir da desapropriação mesmo depois de intentada a ação judicial.

— Interpretação do art. 181, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

(...)

As normas administrativas são rigidamente formais: os atos "do poder público só se desfazem por atos da mesma natureza, não se aplicando aqui o princípio da

representação, pela qual pode alguém alegar a outrem uma declaração de vontade. Ao Prefeito cumpria, consoante a fórmula usual baixar o decreto revocatório do que desapropriou, não sendo lícito ter como suprida a falta com petição do advogado da prefeitura".

E, a conta desses fundamentos foi cassada a decisão recorrida. Mas, a prefeitura opôs ao acórdão longos embargos que lograram boa fortuna. O ac. de fls. 109-v., de que foi relator o Exmo. Sr. Des. Amílcar de Castro restabeleceu a decisão apelada "pelos fundamentos desta que são conformes ao direito e à prova dos autos, como bem demonstra a embargante"; acrescentando que o decreto "exigido pelo acórdão embargado veio logo após o julgamento, como se vê a fl. 109".

O último acórdão citado mostra que o Supremo Tribunal Federal já apreciou caso semelhante ao presente, homologando a desistência do processo judicial.

Não se compreende que o Estado, que é o conjunto de cidadãos, deva continuar despendendo vultosas quantias em obras que já não são mais, ainda que momentaneamente, de utilidade pública.

No caso "sub judice" o Poder Público cogita de utilizar a área declarada de utilidade pública para a proteção ambiental, podendo valer-se de limitação administrativa, sem os gastos da desapropriação, onerosos para os cofres públicos, como é do conhecimento geral. A legislação pátria, no entanto, em matéria de limitações de uso, é imperfeita e lacunosa. É preciso legislar. Enquanto se promove isso se desiste de expropriar, visando-se apenas a realização do bem comum. Não se pode, no entanto, renunciar ao direito material de expropriar, pois as circunstâncias, no futuro, poderão trazer essa necessidade e não se concebe que o Pólo Petroquímico fique sem áreas próprias de proteção ecológica. O que se visa, neste processo, é preservar um meio, a possibilidade de expropriar, caso não se concretize a limitação administrativa, um meio de preservação da saúde e da segurança de milhões de pessoas. O Poder Judiciário tem sido sempre sensível a esses aspectos ligados diretamente a uma dimensão teleológica do processo, que é o bem da comunidade.

4. Resta analisar um último aspecto, o do efeito em que deve ser recebido este agravo de instrumento. A quantia depositada previamente pelo Estado é vultosa. Se o expropriado levantar 80% da mesma antes de se manifestar o Egrégio Tribunal de Justiça, caso não reforme V. Ex^a, a decisão recorrida, sabe-se que, na hipótese de provido este recurso, ierá o Estado que promover um processo de cobrança de exequibilidade incerta e demora esperável. Por outras palavras, o não recebimento deste agravo no efeito suspensivo o tornará inócuo, com grave prejuízo à sociedade em favor de um particular. Acresce que essa decisão de V. Ex^a será irreversível.

O art. 558 prevê, como uma das hipóteses de recebimento do agravo no efeito suspensivo, o "levantamento de dinheiro sem prestação de caução idônea", e o parágrafo único atribui tal competência ao juiz singular ou "juiz de causa."

Nesse sentido o pensamento do consagrado JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

"A regra é a de que os recursos são dotados de efeito suspensivo. Enquanto sujeita a recurso, a decisão, em princípio, não produz efeitos. Excepcionalmente, a lei, negando suspensividade ao recurso, permite que a decisão se torne eficaz antes de transitar em julgado. Essa antecipação pode concernir a toda a eficácia, ou só a alguns efeitos da decisão. Resulta necessariamente de texto legal expresse, ocorrendo apenas

nos casos taxativamente previstos. No silêncio da lei, deve entender-se que o recurso tem efeito suspensivo; assim v.g. quanto aos embargos infringentes (cf. infra, § 21, n° II, 2).

(...)

Em certos casos, porém, dar cumprimento imediato à decisão agravada importaria, na prática, tornar inútil o eventual provimento do agravo, pois já se haveria produzido, para o agravante, dano de difícil ou impossível reparação. A lei por isso permite (não impõe) que o juiz a quo, enquanto o agravo não tiver subido, ou, depois, o relator no tribunal, suspenda a execução da decisão, a requerimento do agravante (não do ofício!), até o pronunciamento do colegiado competente para julgar o recurso (art. 558 e seu parágrafo único). Tal requerimento, nos termos do caput, é cabível nas hipóteses de prisão de depositário infiel, adjudicação, remição de bens e levantamento de dinheiro sem prestação de caução idônea. O juiz (ou o relator) aprecia discricionariamente o pedido de suspensão, devendo entender-se irrecurável o indeferimento, apesar da letra do art. 522. caput; mas, uma vez deferido o requerimento, não é dado ao juiz (ou ao relator) revogar a suspensão, que há de perdurar "até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara" (art. 558, caput, fine), ou, se o próprio agravo for indeferido pelo relator (art. 557), até o instante em que se torne precluso esse indeferimento.

(O Novo Processo Civil Brasileiro, vol. I, Forense, Rio, 1978, p. 225).

ISSO POSTO, REQUER a V. Exa. a reforma da decisão recorrida, conforme o art. 527, § 5º do CPC.

Para formação do instrumento anexa "xerox" da petição inicial, do pedido de desistência e as peças referidas no parágrafo único do art. 523 do CPC.

Caso seja mantida por V. Exª a respeitável decisão, REQUER seja este AGRAVO DE INSTRUMENTO recebido no efeito suspensivo, de conformidade com o art. 558 do Código de Processo Civil, e, após, remetido ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado.

Termos em que
pede deferimento.

Porto Alegre, 25 de outubro de 1979.

HABEAS-CORPUS*

Luiz Juarez Nogueira de Azevedo

DELITO PRATICADO CONTRA O PATRIMÔNIO DE ASSOCIAÇÃO DE MILITARES DA BRIGADA. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO PENAL MILITAR E INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ-PRESIDENTE DA CORTE DE APELAÇÃO DA JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

HABEAS CORPUS

LUIZ JUAREZ NOGUEIRA DE AZEVEDO, brasileiro, casado, consultor jurídico do Estado, ora nas funções de advogado de ofício junto à 3ª Auditoria da Justiça Militar do Estado, vem perante Vossa Excelência, respeitosamente, impetrar ordem de habeas-corpus em favor de ANTÔNIO JOSÉ ZIMMERMANN DA SILVA brasileiro, casado, soldado da Brigada Militar, ora domiciliado e residente na capital do Estado, fazendo-o com fomento no art. 153, § 20, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, combinado com o art. 487, c, do Código de Processo Penal Militar, e em virtude dos fatos e fundamentos que a seguir serão expostos:

1. Perante a Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul, na sua 3ª Auditoria, está o paciente sendo processado (proc. 15/78), juntamente com MIGUEL ANCHETA FILHO e SEBASTIÃO GONÇALVES DA SILVA, em virtude de fato assim descrito na respectiva denúncia:

"No dia 17 de junho do corrente ano, na cidade de Três Passos, os acusados quitaram um contrato de promessa de compra e venda de um terreno adquirido pelo Grêmio Beneficente 'Antônio Mendes Filho' dos Cabos e Soldados da Brigada Militar ao civil Armino Haas, conforme se verifica do contrato e recibo de quitação inclusos. Na mesma data venderam ao civil Lauro Mohr dito imóvel pelo preço de Cr\$ 42.000,00 (quarenta e dois mil cruzeiros), sendo Cr\$ 22.000,00 (vinte e dois mil cruzeiros) em moeda corrente e o saldo representado por duas notas promissórias, cada uma de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), com vencimento em 17 de julho e 17 de agosto do corrente ano e devidamente registradas na Secretaria da Receita Federal, ut documentos juntos.

Isto posto, arditosamente, os acusados tomaram uma declaração por escrito do comprador Lauro Mohr de que o negócio teria sido efetuado pelo valor de Cr\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil cruzeiros), e dataram o papel com a data de 8 de junho de 1975, ut documento anexo.

* Originalmente publicada na RPGE n. 27, 1980

Para a prática dos atos fraudulentos não trepidou o Cabo PM Miguel Ancheta Filho em atuar s/legitimidade jurídica, eis que fora afastado da presidência do Grêmio Beneficente, por deliberação expressa da diretoria em 9 de junho e, ademais, não possuía a procuração, **ut** ata nº 43, da sessão do Grêmio.

Finalmente, os **acusados** se apropriaram do valor da diferença entre o negócio real e o fictício, apresentando a quantia inferior com a correspondente a cessão do imóvel”.

2. A aludida peça inicial da ação penal militar termina por enquadrar os três denunciados como incursos nas penas do art. 251, § 1º (disposição de coisa alheia como própria), 303 (peculato) e 311 (falsificação de documento), do Código Penal Militar.

3. O processo acha-se pronto para julgamento, estando o mesmo marcado para 6 de novembro vindouro.

4. Entende o impetrante que, com relação ao paciente que está a defender, pelo menos, não há justa causa para o processo penal militar.

5. A participação do mesmo se reduziu a transportar os co-réus, em seu automóvel particular, desde Passo Fundo até Três Passos, onde Miguel Ancheta Filho, na sua condição de presidente do Grêmio Beneficente “Antônio Mendes Filho”, dos Cabos e Soldados da Brigada Militar, solicitou fosse levado, o que foi atendido como cortesia ao mesmo, que desempenhava tão importante missão junto à entidade civil e beneficente que congrega os inferiores da Força.

6. A denúncia, que inicia a ação penal contra o paciente e contra os demais co-denunciados, cuja narração dos fatos ditos criminosos se transcreveu atrás, é evidentemente inepta, pois os enquadra em figuras do Código Penal Militar, sem **a exposição ao fato criminoso, com todas as suas circunstâncias**, o que é imperativamente exigido pelo Código de Processo Penal Militar, incidindo o art. 5, IV, do CPPM.

Com efeito, omite a denúncia que o paciente transportou Ancheta de Passo Fundo a Três Passos; escusa-se de especificar em que teria consistido a conduta de cada um dos três denunciados; deixa de distinguir de que maneira, todos ou cada um ou um só deles, teria praticado os três delitos em que ela os enquadra.

Por absolutamente inepta, impeditiva mesmo de uma adequada formulação de defesa, a própria denúncia importa em cerceamento do direito de defesa do paciente e dos demais co-denunciados, cujas condutas foram encobertas, num lamentável atecnicismo que não os deixa saberem nem como teriam praticado os nefandos delitos a eles imputados nem que tipo de raciocínio teria levado o ilustre Promotor Militar a dá-los, aos três, como incursos nas disposições penais invocadas.

7. É evidente, pelos próprios comemorativos dos autos, — o que poderá ser aferido pelo próprio exame dos mesmos, que pede sejam requisitados — que o paciente:

A) — Não cometeu delito de disposição de coisa alheia como própria, em co-autoria, porquanto não participou, como se vê dos autos, de quaisquer atos que importassem na alienação do imóvel dito do Grêmio Beneficente “Antônio Mendes Filho”, dos Cabos e Soldados da Brigada Militar.

B) — Tampouco cometeu o paciente delito de peculato eis que está sobejamente comprovado nos autos que não se tipificou a conduta prevista no art. 303, do CPM, que consistem em **“apropriar-se de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público, ou particular, do que tem a posse, ou detenção, em razão do cargo ou comissão, ou desviá-lo em proveito próprio”**.

É inequívoco que não se patenteia, na hipótese, com relação ao paciente, nenhum dos elementos constitutivos da espécie delituosa: Não se apropriou de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular; nunca teve posse do que. seria objeto de delito; tampouco o fez em razão de cargo ou comissão, pois o cargo ou comissão têm, em direito administrativo, uma conotação própria, sendo o delito somente comissível, sem dúvida, por militar, em razão do exercício da patente ou de cargo ou comissão militar. Admitido estivessem presentes os demais elementos constitutivos do delito, o que não ocorre, ainda assim não haveria a presença do peculato desenhado no Código Penal Militar, porquanto o paciente não estava, no momento em que esteve em Três Passos com o Cb. Ancheta, no desempenho de cargo ou comissão militar; atuava como civil, representante local de uma sociedade civil e, menos que isso, como simples indivíduo prestava um obséquio, fineza ou cortesia ao Cb. Ancheta, presidente de sua associação de classe.

C) — Muito menos incorreu o paciente na falta prevista como delito militar no art. 331 do respectivo Código. Da própria leitura do dispositivo se vislumbra — **“Falsificar, no todo ou em parte, documento público ou particular, ou alterar documento verdadeiro**, desde que o fato atente contra a administração ou serviço militar”.

Admitido tivesse havido falsificação, sem participação ou co-autoria do paciente, é certo todavia que o fato de modo algum atentou contra o valor que a norma penal quer declaradamente proteger: a administração ou o serviço militar. Inegavelmente, o patrimônio do Grêmio Beneficente “Antônio Mendes Filho, dos Cabos e Soldados da Brigada Militar,” não faz parte da administração ou serviço militar. Nem a mais rigorosa interpretação, que não se compatibilizaria com as regras de hermenêutica do direito penal militar, que não foge ao império do axioma odiosa restringenda, favorabilia amplianda, ousaria definir como administração ou serviço militar o serviço civil que consiste na administração e patrimônio do aludido Grêmio. Recorde-se, a propósito, as palavras de ouro de CARLOS MAXIMILIANO (**Hermenêutica e Aplicação do Direito, nº 389**), a respeito da vedação da “exegese extensiva das leis penais”:

“Escritores de prestígio excluem a exegese extensiva das leis penais, por serem estas **excepcionais**, isto é, derogatórias do direito comum; a outros se não afigura possível enquadrar em tal categoria um ramo inteiro da ciência jurídica. Para estes a razão da originalidade é outra; as disposições repressivas interpretam-se estritamente porque,

além de serem preceitos **de ordem pública, mandam fazer ou proíbem que se faça**. Em geral, as normas concernentes a determinada função de interesse público ordenam ou vedam, a estas injunções, destinadas a assegurar o equilíbrio social, aplicam-se no sentido **exato**; não se dilatam, nem restringem os seus termos. Permittitur quod non **prohibetur** — 'o que não está proibido, é permitido'. Admite-se a extensão quando as leis não são **imperativas**, nem **proibitivas**; mas **indicativas, reguladoras, organizadoras**; porque, nesse caso, não interessam os fundamentos da ordem de coisas estabelecidas".

8. Finalmente, tem o impetrante que não há crime militar, na espécie versada, e que, conseqüentemente, a Justiça Militar Estadual é absolutamente incompetente para conhecer do processo e julgá-lo, pertencendo a competência, em verdade, se crime houver, à Justiça comum estadual.

Em se dizendo competente, o Auditor da 2ª Auditoria, quando julgou a exceção de incompetência formulada pelos co-réus Ancheta e Sebastião, praticou ilegal coação contra a pessoa do paciente e dos demais co-réus. Essa coação continua a ser praticada pelo seu sucessor, a quem o feito foi transferido pela alteração da competência territorial, o eminente Juiz Auditor Substituto da 3ª Auditoria.

O art. 9º, do Código Penal Militar, de modo exaustivo, define os crimes militares, que devem ser objeto de julgamento no foro militar. Em nenhum dos incisos em que se divide o art. 9º se encontra regra jurídica que diga ser militar o delito praticado por militar contra bens ou patrimônio de pessoa jurídica integrada por militares.

Com efeito, não são invocáveis, de modo algum, as disposições do nº II, a e e, do art. 9º, do CPM, que rezam:

"Art. 9º Consideram-se crimes militares em tempo de paz:

II— os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado.

e) por militar, em situação de atividade ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;"

Não é a pessoa jurídica Grêmio Beneficente "Antônio Mendes Filho", dos Cabos e Soldados da Brigada Militar, obviamente, patrimônio sob administração militar ou sujeito à ordem administrativa militar. Tampouco é ela pessoa militar, ou assemelhada.

É pessoa jurídica distinta da de seus membros, criada por força de regras permissivas de direito civil, convida no art. 20, do Código Civil, que claramente enuncia, "a pessoas jurídicas têm existência jurídica distinta da dos seus membros". E o

Grêmio em questão é, inegavelmente, pessoa jurídica regular, tendo adquirido a respectiva personalidade jurídica em 13 de julho de 1962, consoante inscrição nº 2733, às fls. 55 do Livro A nº 6, do Registro Civil das Pessoas Jurídicas de Porto Alegre, neste Estado. Sua autonomia é assegurada pelo direito que têm seus sócios de eleger sua diretoria, autonomamente (art. 39º dos Estatutos) e pela circunstância de os mesmos Estatutos não preverem, de modo algum, a ingerência administrativa, nem a dependência, nem o fornecimento de verbas ou auxílios, por parte da Brigada Militar.

9. Isto posto, por todos os fundamentos invocados, seja por se evidenciar a inépcia da denúncia, seja por ser evidente que o paciente não cometeu os delitos que lhe imputa a denúncia e, o que é mais grave, por ser absolutamente incompetente essa Egrégia Justiça Militar para processar e julgar o feito, é que se impetra a presente ordem de habeas-corpus, requerendo-se a V. Exª:

a) a concessão de liminar, para o efeito de ser determinada a suspensão do julgamento designado para o dia 6 de novembro vindouro, na 3ª Auditoria da Justiça Militar Estadual, em Passo Fundo;

b) a requisição de informações e do próprio processo principal, para melhor exame, à autoridade que se aponta como co-autora, ou seja, o Exmº Sr. Dr. JESUS ALMEIDA, Juiz Auditor Substituto em exercício na 3ª Auditoria;

c) a oitiva da douta Procuradoria Geral da Justiça Militar;

d) a concessão, a final, da ordem impetrada, para o fim de ser anulado o processo, desde o seu início, com o reconhecimento da inépcia de denúncia, da inocorrência dos crimes imputados ao paciente e da incompetência absoluta da Justiça Militar Estadual para o julgamento do processo.

10. São os termos em que espera deferimento e justiça.

PORTO ALEGRE, 29 de outubro de 1979.

(O Habeas-Corpus acima, inicialmente denegado pelo Tribunal Militar do Rio Grande do Sul, veio a ser concedido pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal em 06.05.1980, no R.O. nº 57.916).

LEI SUELY: RECURSO EXTRAORDINÁRIO*

Caio Martins Leal

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

OBJETO: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM PEDIDO DE REAPRECIACÃO
DA MATÉRIA PELO PLENÁRIO DO S.T.F. EM RAZÃO DA ALTERAÇÃO DA COMPO-
SIÇÃO DO TRIBUNAL (CF, art. 119, inciso III, "a", "c" e "d", e RISTF, art. 12, parágra-
fo único, "b").

Questões Constitucionais e Federais Relevantes:

1. Impossibilidade de reduzir-se, para alguém de 35 anos, mediante outorga de tempo fictício, sem que lei complementar de iniciativa do Presidente da República o preveja, o tempo de serviço para a aposentadoria. Violação dos arts. 101, III, e 103, combinado com art. 13, V, da CF.

2. Inexistência de direito adquirido contra a Constituição. Impossibilidade de seu surgimento tendo por objeto a qualificação que, num determinado momento, antes da aquisição da vantagem, a lei tenha dado aos requisitos necessários à sua aquisição (v.g.: tempo de serviço em relação à aposentadoria). Violação e negativa de vigência aos arts. 153, § 3.º, da CF, e 6.º do Decreto-Lei n.º 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil). Pedido de reapreciação da matéria do direito à qualificação ao tempo de serviço pelo Plenário do S.T.F. em razão da alteração da composição do tribunal na hipótese de entender-se necessário enfrentá-la para o provimento do recurso (RISTF, art. 12, parágrafo único, "b").

3. Impossibilidade de surgimento de direito a averbar (= anotar) o implemento de requisito de vantagem sem que a lei o tenha dito. Violação e negativa de vigência dos arts. 153, § 3.º, da CF, e 6.º do Decreto-Lei n.º 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil).

4. Impossibilidade de proteger-se com mandado de segurança o que não seja **direito**. Violação e negativa de vigência dos arts. 153, § 21, da CF, e 1º da Lei n.º 1.533/51.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos dos embargos Infringentes n.º 30.563, em que figura como Embargante, sendo Embargado A. S. B., vem perante Vossa Excelência, muito respeitosamente, por seu representante judicial firmatário, interpor RECURSO EXTRAORDINÁRIO contra o venerando acórdão que rejeitou os embargos, fazendo-o em razão dos fatos e fundamentos abaixo expostos.

* Originalmente publicado na RPGE n. 28, 1980.

I - DO CABIMENTO DO RECURSO

1. O venerando aresto recorrido houve por bem rejeitar os embargos para, como fizera o aresto embargado, reconhecendo ao Recorrido o direito adquirido ao cômputo do tempo ficto para a aposentação outorgado pela revogada lei estadual n.º 4.585/63, deferir-lhe a averbação de tal tempo.

2. O Recorrente, conforme se pode verificar, simultaneamente com a oposição dos embargos infringentes, interpôs recurso extraordinário contra o aresto embargado, fazendo-o tanto da parte em que, por unanimidade, rejeitaram-se as preliminares como da em que, no mérito, negara-se por maioria provimento à apelação.

Fê-lo, quanto a esta última parte, "ad cautelam", em face da Súmula 597 do S.T.F., que afirma a inadmissibilidade de embargos infringentes na apelação de mandado de segurança, pois, adotada a tese da Súmula, e não conhecidos os embargos, o prazo para o apelo extremo contra o julgamento do mérito ter-se-ia iniciado com a publicação do acórdão da apelação.

Ocorre que, agora, em face do conhecimento dos embargos infringentes pelo Egrégio 2.º Grupo de Câmaras Cíveis, aquele recurso ficou prejudicado quanto a esta última parte, pois, no que tange a ela, só agora esgotou-se a instância ordinária (Súmula 281, S.T.F.).

3. Desta forma, vê-se o Recorrente na contingência de interpor novo recurso extraordinário, agora contra o aresto que rejeitou seus embargos infringentes, recurso, no entanto, que, como é óbvio, pois o venerando aresto recorrido não mais fez que repetir os fundamentos do aresto embargado, deverá ser, no essencial, reprodução do anteriormente interposto.

II - DO CABIMENTO PELA LETRA "a"

a) Da Violação dos Artigos 101, III, e 103 Combinados com o Art. 13, V, da Constituição Federal

4. Ao reconhecer o direito ao cômputo ficto atribuído pela Lei n.º 4.585/63, o venerando acórdão não mais fez do que admitir a redução, para alguém dos trinta e cinco anos, do tempo de serviço necessário à aposentação voluntária, com o que violou, de modo flagrante, os artigos 101, III, e 103, combinados com o art. 13, V, da Constituição Federal, que, salvo "lei complementar de iniciativa exclusiva do Presidente da República", não o permitem.

5. Sob este aspecto é lapidar a lição do Ministro LEITÃO DE ABREU, extraída de seu voto RE 92.881, "verbis":

"Quando, em 20 de junho de 1967, revogou essa lei, o legislador paulista ajustou, nesse ponto, a ordem jurídica local à norma exarada na Constituição Federal de 1967. Nesta, depois de se fixar, no artigo 100, as regras quanto ao tempo de serviço para a aposentadoria, referindo-se sem nenhuma dúvida, exclusivamente, a serviço público,

estabeleceu, no § 2º, desse preceito: 'Atendendo a natureza especial do serviço, a lei federal poderá reduzir os limites de idade e de tempo de serviço, nunca inferiores a sessenta e cinco e vinte e cinco anos respectivamente, para a aposentadoria compulsória e a facultativa, com as vantagens do item I, do art. 101.' Corolário inevitável desse mandamento constitucional era a proibição de se acrescentar à antiguidade do servidor por via legislativa, que não fosse a federal, tempo de serviço ficto ou prestado na esfera privada, pois que, se isso fosse permitido, se poderia por via indireta ou oblíqua, realizar aquilo que a Constituição proibia, ou seja, reduzir o tempo de serviço para a aposentadoria, tempo fixado nessa Carta Política. Na Constituição vigente, Emenda 1, tornou-se ainda, no art. 103, mais estrita ou rigorosa a proibição. "Lei complementar" — estatui esse preceito — "de iniciativa exclusiva do Presidente da República, indicará quais as exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e natureza de serviço, para a aposentadoria, transferência para a inatividade e disponibilidade". Em face, pois, quer do art. 100, § 2º, da Constituição de 1967, quer do art. 103, da vigente Constituição, a Lei n.º 6.898, de 1962, ainda que não tivesse sido revogada, em 20 de julho de 1967, a Lei n.º 9.825, seria, quando menos, ineficaz, de modo que, de nenhum modo, poderia ser contado para a aposentadoria o tempo de serviço, de caráter privado, que mando imputar na antiguidade funcional do servidor público." ("in" R.T.J. 79/277, e fls.).

6. O exposto, como se vê, tem perfeita aplicação à espécie. Ao admitir o cômputo de tempo ficto, — note-se: no caso sequer se trata de serviço efetivamente prestado, ainda que não público, mas de serviço fictício, irreal — o venerando aresto admitiu a redução do tempo para a aposentação, o que só à "lei complementar de iniciativa exclusiva do Presidente da República" era dado fazer. Violou, pois, como se disse, os artigos 101, III, e 103, e art. 13, V, todos da Constituição Federal, esse último o que impõe aos Estados-membros a obediência dos primeiros.

b) Da Violação ao Art. 153, § 3.º, da Constituição Federal e da Negativa de Vigência ao Art. 69 do Decreto-Lei n.º 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil)

7. De outra parte, ao reconhecer ao Recorrido direito adquirido a averbar o tempo ficto previsto na Lei nº 4.585/63 e, mais, de computar tal tempo para a aposentadoria, o venerando aresto violou o art. 153, § 3.º, da Constituição Federal, e negou vigência ao art. 69 do Decreto-Lei n.º 4.657 (L.I.C.C.), pois reconheceu como direito adquirido, protegendo-o como tal, o que direito adquirido não era.

b.a.) Da Inexistência de Direito Adquirido Contra a Constituição

8. A ordem constitucional vigente, como se viu, não admite cômputo de tempo ficto, exceto se, o que não é o caso, estabelecido em "lei complementar da iniciativa

exclusiva do Presidente da República" (EC 1/69, art. 103).

9. Ora, como se sabe, não pode haver direito adquirido contra a Constituição, exatamente porque é **ela mesma que o garante**. Assim, incidindo, a Constituição corta, cerce, tudo o que contra ela se põe.

10. E, no caso, estabelecendo em trinta e cinco anos o tempo para a aposentação e vedando a redução exceto nos casos que previu, a Constituição cortou toda a possibilidade de aposentadoria com menos tempo, **ainda que direito adquirido a isso se tivesse**.

11. Portanto, já por isso, não havia como pudesse o venerando acórdão reconhecer ao Recorrido direito adquirido a tal aposentação.

b.b.) Da Inexistência de Direito Adquirido à Averbação de Tempo Ficto Estabelecido na Lei n.º 4.585/63

12. De outra parte, e tirante a discussão sobre o direito à contagem, não havia como se pudesse vislumbrar na Lei n.º 4.585/63 direito à averbação (= à anotação nos registros da Administração) do tempo ficto por ela outorgado. Ainda que se reconhecesse aquele, que, até por disposição constitucional, inexistia, disso não poderia resultar, como corolário necessário, o reconhecimento desse, que exige dispositivo **expresso, claro, incontroverso**, no caso inexistente.

13. É que, sendo o tempo ficto simples elemento do suporte fático da vantagem, não se pode admitir que, como regra geral, numa estonteante e ineficaz explosão de burocratismo ("*mera averbação não dá nem tira direito algum*", T.F.R., Ag. 31.239, D.J.U. 14 de outubro de 1975), a Administração esteja obrigada a anotar em seus registros o implemento de cada um dos requisitos dos direitos e vantagens de seus servidores embora tal implemento não seja ainda suficiente para fazer nascer qualquer direito.

14. Na verdade, pretender averbar tempo ficto (= acréscimo ao tempo real em razão da ocorrência do fato "a" ou "b"), sem que, com ele, se aperfeiçoe a vantagem de que é requisito, é, "*mutatis mutandis*", a mesma coisa que pretender averbar, por exemplo, a participação em operações bélicas, a conclusão de determinado curso, etc, pelo único e tão-só motivo de que, embora não completados os demais, tais fatos sejam requisitos para aquisição de tal ou qual vantagem.

15. Não fica difícil compreender que, a vingar essa orientação, com a multifacetada gama de direitos e vantagens deferidos aos servidores, e com a infinidade ainda maior de requisitos necessários à sua aquisição, a Administração quase de outra coisa não se poderia ocupar que... analisar e anotar requisitos de vantagens! E, o que é pior, um tanto kafkeanamente, de vantagens que poderiam... **nunca vir a ser adquiridas!**

16. Desta forma, como se vê, do só fato de a lei atribuir acréscimo de tempo (= tempo ficto) para aquisição de determinada vantagem não se pode extrair o direito, que é **outro**, de averbar esse tempo antes de aperfeiçoados todos os requisitos da vanta-

gem. Tal direito, por ser excepcional, por contrariar a regra geral de que os requisitos de uma vantagem devem ser apreciados **quando de sua concessão**, tal direito, se outorgado, deve vir expresso, claro, incontroverso, na lei.

17. E, "*data venia*", isso não ocorria na Lei n.º 4.585/63. Nela atribuía-se, **tão-só**, direito a acréscimo de tempo. Nunca o de averbar tal acréscimo, até porque isso seria autêntico "*bis in idem*", pois todos os requisitos — assiduidade e bom comportamento — necessários ao surgimento do direito **já deveriam constar da ficha funcional do servidor**.

b.c.) Da Inexistência do Direito ao Cômputo do Tempo Ficto

18. De outra parte, o direito mesmo ao cômputo do tempo ficto previsto na Lei n.º 4.585/63 inexistia, quer porque, como já se viu, contrapunha-se ele à ordem constitucional vigente, quer porque, revogada que fora aquela lei, a permanência ainda agora de tal direito se contraporía ao regime estatutário a que se submete o servidor público.

19. Cabe, antes de tudo, notar, pois a isso deu-se grande relevância no aresto recorrido, que a espécie não tem exata similitude com as demais julgadas pelo Supremo Tribunal Federal e trazidas à colação a fls. 37 a 96.

Cuidava-se ali de cômputo de tempo de serviço particular, ou seja — e aqui o ponto fundamental — tempo de serviço **efetivamente prestado**, e, como tal, **diverso** daquele a que o servidor pretendia agregá-lo para a aquisição da vantagem. Apenas se faz qualificar juridicamente esse serviço — repita-se: **efetivamente prestado** — como sendo, ele também, suscetível de gerar o direito à vantagem.

Aqui, no entanto, não. Inexiste "*plus*" de tempo de serviço; apenas, por uma ficção legal, se acresceu de "x" o tempo do funcionário, sem que, no entanto, tal "x" se constituísse efetivamente tempo de serviço, ainda que não-público. No suporte fático do acréscimo não está, aqui, serviço, mas, tão-só, o puro e simples cumprimento dos deveres funcionais de assiduidade e bom comportamento.

Ora, é evidente que, se a tese esposada pela maioria (maioria de **um voto**, votando vencedores os eminentes Ministros ELOY DA ROCHA e RODRIGUES ALCKMIN, **que não mais integram o Tribunal**) do Supremo Tribunal Federal pode ser aceitável, inobstante discutível, nas hipóteses dos acórdãos trazidos à colação, em que se cuidou de serviço **efetivamente prestado**, inobstante particular, e, como tal, em que apenas se **qualificou** juridicamente esse serviço, tal não pode ocorrer no caso dos autos, em que não há simplesmente aquela qualificação, mas outorga de tempo de serviço que **não existiu**, em flagrante contrariedade aos artigos 101, III e 103, da Constituição do Brasil, que não permitem a redução, senão por lei complementar de iniciativa exclusiva do Presidente da República, dos limites de tempo para a aposentadoria.

20. De qualquer forma, e "*data venia*", entende o Recorrente que razão assistia à tese vencida no Supremo Tribunal Federal, pelo que, em razão da alteração na composição daquele Egrégio Pretório (a tese foi vencida, como se disse, por **um voto**, e os

votos vencedores. Ministro ELOY DA ROCHA e Ministro RODRIGUES ALCKMIN, não mais integram o Tribunal), e na hipótese de que se entenda necessário enfrentá-la para dar-se provimento ao recurso, pede-se seja ela novamente submetida ao Plenário, nos termos facultados pelo art. 12, parágrafo único, "b", do Regimento Interno do S.T.F.

21. É que, como já se disse, submetido o servidor a regime estatutário, não parece compatível com a natureza desse regime a formação de direito adquirido à qualificação que, em determinado momento, antes da aquisição da vantagem, a lei tivesse dado a um dos requisitos necessários à sua aquisição, pois, e isso nunca se pode perder de vista, o tempo não mais é do que **um dos** requisitos para a aquisição da vantagem.

22. Ora, se, em razão da natureza estatutária do vínculo, se admite que a lei possa aumentar o tempo necessário à aposentadoria, se se admite que possa inclusive suprimir tal fato como requisito, como não admitir o menos, ou seja, a desqualificação do que antes qualificava como requisito?

23. Demais, se se admite o direito à qualificação de tempo de serviço, que, repita-se, é simples requisito para a aquisição da vantagem, tem-se de admitir também, por coerência lógica e jurídica, o direito à qualificação de todos os demais requisitos, pois razão não haveria para que isso ocorresse apenas em relação àquele (tempo de serviço) e não a esses. Pense-se então na hipótese de vantagem para cuja aquisição fosse necessário, entre outros, o requisito da conclusão de curso com determinado currículo. Admitir-se-ia também que, realizado o curso, o servidor adquirisse o direito à sua qualificação pela lei da época da sua realização, de tal sorte que, para o deferimento da ainda não adquirida vantagem, a lei nova não pudesse exigir novo currículo? Evidentemente, não! A tanto conduz, no entanto, em rigor de lógica, a tese majoritariamente sufragada no RE 82.881-SP!

24. Certo, a tese vencida no S.T.F. poderá ocasionar a frustração de expectativas que, do ponto de vista estritamente individual, deveriam merecer proteção. Mas, como se sabe, a relação de função pública não se funda em interesses individuais, mas no interesse público. Esse é que, informando o direito administrativo, fundamenta o regime estatutário a que se submete o servidor. E é inegável que, em tal regime, e em prol daquele interesse, a teoria dos direitos adquiridos sofre considerável atenuação.

25. Seja como seja, depois do exaustivo debate travado no julgamento do RE 82.881-SP (fls. 41-97), seria superafetação tudo o que se tentasse acrescentar àquilo que, com proficiência de mestres, os votos vencedores e vencidos lançaram sobre o tema do direito adquirido à qualificação do tempo de serviço.

Nunca é demais, no entanto, repetir a lição do Ministro LEITÃO DE ABREU:

"Diante desses princípios, consagrados entre nós jurisprudencialmente, com o apoio da "communis opinio" dos nossos publicistas, cabe concluir que a lei nova, pela qual se modifiquem os pressupostos exigidos para a aposentadoria, tem aplicação imediata aos servidores que, até o advento da nova lei, não hajam reunido os requisitos para a

inativação, sem que se possa falar, se desfavorável o novo provimento legislativo, em direito adquirido. Como o tempo de serviço é fato complexo, da configuração de cujos elementos depende o nascimento do efeito jurídico, consistente no direito à aposentadoria, cumpre reconhecer-se como legítima a incidência imediata da lei nova, que modifique o critério relativo à apuração do tempo de serviço, sem que a isso se oponha, por inaplicável diante do regime da função pública, a regra "tempus regit factum", uma vez que este, na espécie, como fato complexo, não se completou." (cf. voto proferido no RE 82.881-SP, "in" R.T.J. 79/276, e fls.).

26. Assim, como se vê, não havia como vislumbrar qualquer direito adquirido do Recorrido quer à averbação quer ao cômputo mesmo do tempo ficto, pelo que, reconhecendo-os, e protegendo-os como tais, o venerando aresto não só negou vigência ao art. 6º do Decreto-lei n.º 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil) como ao § 3º do art. 153 da Constituição Federal.

c) Da Violação ao Art. 153, § 21, da Constituição Federal e Negativa de Vigência ao Art. 1º da Lei n.º 1.533/51

27. Estabelece a Constituição Federal que "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por "habeas corpus" (artigo 153, § 21)".

O mesmo, de resto, se dispõe no art. 1º da Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

28. Ora, inexistindo os direitos para cuja proteção o venerando aresto deferiu o mandado de segurança, o que foi exaustivamente examinado na alínea anterior (alínea "d"), é evidente que violou ele também o artigo 153, § 21, da Constituição Federal, e negou vigência ao referido art. 1º da Lei n.º 1.533/51, que repita-se, um e outro, outorgam "mandamus" para a proteção de **direito**.

29. Desta forma, é indiscutível o cabimento do recurso pela alínea "a" do inciso III do art. 119 da Constituição Federal.

III - DO CABIMENTO PELA LETRA "c"

30. Mas, cabível pela letra "a", o apelo extremo é também admissível pela alínea "c" do permissivo constitucional.

31. Isto porque, tendo sido sustentada a contrariedade da Lei n.º 4.585/63 à ordem constitucional vigente, mais especificamente aos artigos 101, III, 103 e 13, V, da Constituição do Brasil (cf. razões de apelação, item 11, fls. 129), o venerando aresto, deferindo o "mandamus", rejeitou tal arguição, dando, portanto, por "válida" a lei local (art. 119, III, c, CF).

32. Certo, não se confunde validade com eficácia, e, poder-se-ia argumentar, ao

reconhecer o direito adquirido resultante da Lei n.º 4.585/63, o aresto teria emitido juízo sobre a eficácia, e não a validade, da lei.

Mas, parece evidente, inobstante empregue o termo “validade”, o permissivo constitucional abrange também o só juízo de eficácia, pois o que se pretende com ele é submeter ao Supremo Tribunal Federal a **aplicação** que se tenha feito de lei local, se e quando essa tenha sido contestada em face da Constituição.

IV - DO CABIMENTO PELA LETRA “d”

33. Mas, ainda pela alínea “d” do permissivo constitucional tem cabimento o recurso, eis que, decidindo como decidiu, o venerando aresto divergiu da interpretação que têm dado aos supra-referidos dispositivos federais outros Tribunais do País, inclusive o Supremo Tribunal Federal.

Da Divergência Quanto a não Aquisição de Direito a Tempo de Serviço

34. Com efeito, ao reconhecer ao Recorrido direito adquirido ao tempo ficto outorgado pela Lei n.º 4.585/63, cuja revogação é incontroversa, o venerando acórdão dissentiu também de vários julgados de outros Tribunais do País, inclusive o S.T.F., que afirmam ser a lei da época de sua concessão a que rege a aposentadoria.

Eis as decisões:

“Aposentadoria. Sujeição ao império da lei vigente ao tempo da concessão, se não foi requerida anteriormente. Segurança denegada. Recurso não provido (...).

É certo, como asseverou o acórdão recorrido, que a lei que regula as vantagens da aposentadoria é a vigente ao tempo da concessão (...).” (Supremo Tribunal Federal, Pleno, Rec. Mand. Seg. 9.614-Pl, in Referências da Súmula do STF vol. 18, pág. 90).

“A fundamentação contida no acórdão recorrido é impecável.

A aposentadoria se rege pela lei vigorante ao tempo da retirada do serviço público.” (Tribunal de Justiça de São Paulo, apelação cível n.º 165.131 Rel. Des. RODRIGUES PORTO, in Rev. Trib. 197/99).

35. Ora, está implícito nas decisões transcritas, como, aliás, na própria Súmula 359 do S.T.F., onde se estabelece que os proventos da inatividade se regulam pela lei do tempo em que o servidor reuniu os requisitos necessários, que a lei que rege a aposentação, inclusive quanto aos requisitos a ela exigíveis, de que o tempo de serviço é — e pode até não deixar de sê-lo! — um deles, é a época em que foram **todos** eles reunidos. Antes, há simples expectativa de direito em relação à aposentadoria; e, se o há, com muito mais razão deverá havê-lo em relação a seus requisitos.

36. Assim, aqui também, é manifesta a discrepância do venerando aresto com os acórdãos arrolados e com o que, implicitamente, se contém no enunciado da Súmula

359 do S.T.F.

37. E não se invoque o acórdão proferido no RE 81.882-SP e os que lhe seguiram para afastar o cabimento do apelo extremo, pois se é certo que, sendo decisão do Tribunal Pleno do Pretório Excelso, aquele primeiro acórdão se constituiria em princípio em óbice ao cabimento pela alínea “d” (Súmula 286), não menos certo é que, de um lado, como já se examinou, tais decisórios não têm exata similitude com a hipótese dos autos, e, quando assim não fosse, foram eles tomados pela maioria de **um voto** do Supremo Tribunal, votando vencedores os eminentes Ministros ELOY DA ROCHA e RODRIGUES ALCKMIN, **que não mais o integram**. E, como se sabe, o só fato da mudança operada na composição do Tribunal é suficiente para colher-se nova manifestação do Pleno (R.I. do S.T.F., art. 12, II, “b”).

V - DA ARGÜIÇÃO DE RELEVÂNCIA

38. Inobstante entenda desnecessário o incidente em mandado de segurança, o Recorrente argüi, na forma e para os efeitos do art. 308, do R.I., do S.T.F., a relevância das questões federais acima deduzidas.

39. Relevantíssimos são os temas de direito federal suscitados no recurso.

A impossibilidade constitucional de redução do tempo de serviço, ainda que mediante atribuição de tempo fictício, e do surgimento ao servidor, em face do regime estatutário, de direito à qualificação de requisitos de vantagens, a inexistência, como regra geral no direito administrativo, de um direito a averbar o implemento de requisitos de vantagens ainda não adquiridas, fato, esse último, que transformaria a Administração num autêntico “arquivo”, todos esses temas falam por si sós. Basta aflorá-los para sentir-lhes a gravidade e repercussão. E, conseqüentemente, a relevância suficiente, mais do que suficiente, para que sobre eles se pronuncie o mais alto Tribunal do País.

ISTO POSTO, REQUER se digne Vossa Excelência ADMITIR o presente recurso, abrindo-se vista às partes para as razões, e, de qualquer forma, admitido ou não o recurso, DETERMINAR O PROCESSAMENTO DA ARGÜIÇÃO DE RELEVÂNCIA, na forma e para os efeitos do art. 308 do RISTF, para que, dando-lhe provimento, o Egrégio Supremo Tribunal Federal reforme a decisão embargada para, prejudicadas as preliminares de nulidade suscitadas no outro recurso extraordinário (art. 249, § 29 CPC) que é aqui expressamente reiterado, julgar a ação integralmente improcedente.

REQUER, outrossim, o traslado para o instrumento da argüição de relevância além das peças indicadas no recurso extraordinário interposto anteriormente (a) da daquela petição de recurso extraordinário, (b) do aresto proferido nos embargos infringentes (ora recorrido) e (c) da presente petição.

Nestes Termos Pede Deferimento.

PORTO ALEGRE, 25 de abril de 1980.

FAZENDA SARANDI: MEMORIAL

Rejane Brasil Filippi
Sílvia La Porta de Castro

RÉUS — SUCESSÃO DE LIU YEN SUN E OUTROS.

I — A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL Nº 5.865/69

Após longo e exaustivo histórico, os apelantes arguem a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 5.865/69 que dá suporte e fundamento às alienações de terras públicas estaduais para fins agrícolas.

“Conclui-se ser flagrantemente inconstitucional, e ilegal o projeto de Reforma Agrária do Estado do Rio Grande do Sul, da Cemapa — na Fazenda Sarandi, com base na Lei nº 5.865/69, por isso também inconstitucional, sem a participação da União, mediante convênios com o INCRA (...).”

Sendo a lei inconstitucional, “o seria também o ato normativo do governo do Estado executado pela CEMAPA, não podendo, por tal motivo, prosperar a ação de reintegração de posse, por ser ‘ilícita e injurídica’ ”.

PRINCÍPIO FEDERATIVO

Do princípio federativo de governo consagrado no artigo 1º da Emenda Constitucional nº 1/69, que constitui verdadeiro alicerce da Constituição Federal, decorre a autonomia dos Estados-membros os quais se organizam e regem pelas constituições estaduais e leis que adotarem, sendo-lhes conferidos todos os poderes que explícita ou implicitamente não lhes sejam vedados pela Constituição Federal (art. 13, caput e seu parágrafo 1º).

A técnica constitucional de repartição de competências estabelece em campos privativos e estanques, a competência legislativa das pessoas constitucionais.

Paralelamente, podem os Estados-membros legislar supletivamente em relação às atribuições constantes do parágrafo único do artigo 8º da Constituição Federal.

Mas, no caso, é de competência residual que se trata. Inexiste qualquer vedação no texto constitucional a que os Estados regulem atos que importem em gestão de seu patrimônio, alienando-o, gravando-o, dele dispondo a qualquer título, sendo esta matéria tipicamente de Direito Administrativo.

Como já foi sublinhado os Estados-membros são autônomos (autonomia, cuja observância é obrigatória para a União) e se organizam e regem pelas Constituições e leis que adotarem (art. 13, caput, C.F.). Dentro desta ordem de raciocínio, compulsando a Constituição Estadual de 1970, em pleno vigor, encontramos o art. 165, § 3º que

²Originalmente publicado na RPGE nº 29, 1981

prevê:

“O Estado facilitará a fixação do homem à terra, estabelecendo planos de colonização ou de instalação de granjas cooperativas, com o aproveitamento de terras públicas ou mediante desapropriação de terras particulares, na forma da legislação federal.”

Portanto, é legítima e legal a competência do Estado-membro em administrar e destinar bens públicos pertencentes a seus territórios, na forma prevista e regulamentada por leis estaduais.

A leitura correta e não tendenciosa da Lei Maior conduz necessariamente a este entendimento, pois, de nenhum de seus dispositivos se há de inferir que o Estado não possa alienar terras de seu patrimônio na forma que estatuir. No permissivo constitucional (art. 13, parágrafo 1º, C.F.) que assegura-lhe a competência residual está, fundamentalmente, assente a constitucionalidade do diploma estadual em questão: em matéria de Direito Administrativo o Estado tem ampla competência para legislar.

Impedir o Estado-membro da prática de atos pertinentes à administração relativamente a tudo o que diga respeito a seu peculiar interesse, editando normas neste sentido, legítimas porque situadas dentro de seu âmbito de validade, sob a alegação de que são conflitantes com legislação federal, constitui tentativa de violação do princípio federativo e, via de consequência, da igualdade jurídica em que se encontram as pessoas políticas face ao texto constitucional.

CONSEQÜÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE ISONOMIA

Ao analisar o princípio de isonomia das pessoas constitucionais, conclui o Professor SOUTO MAIOR BORGES (Lei Complementar Tributária, Ed. Universidade Católica de São Paulo, pág. 14 e seguintes) pela inexistência de hierarquia entre leis ordinárias da União, Estados-membros e Municípios:

“A relação de hierarquia implica em que uma norma retire sua validade da conformação com outra norma. Diz-se, então, que a primeira é uma norma subordinada ou de grau inferior, e a segunda subordinante ou de grau superior.”

Esta, pois, a relação de hierarquia, consistente em vínculo de supra e subordinação, em que normas jurídicas determinam a criação de outras normas jurídicas.

Segundo SOUTO MAIOR, este pressuposto inexistente no sistema federativo brasileiro. Não há desnivelamento entre leis ordinárias federais, estaduais e municipais, “o que representa um corolário, desdobramento ou inferência do princípio de isonomia das pessoas constitucionais”. “À conclusão decorre do modo de atuação do mecanismo de repartição de competências legislativas”. As competências se exercem em campos privativos e suas áreas respectivas não podem ser interpenetradas pelas pessoas constitucionais.

Considerando que os poderes legislativos, federal, estadual e municipal retiram suas competências diretamente da Constituição Federal: será inconstitucional a lei que

discipline matéria extravasante da área que lhe é própria.

Dentro desta ordem de raciocínio, é válida a Lei do Estado do Rio Grande do Sul; contrastada com a Constituição, verifica-se que não ultrapassa seu âmbito material de validade ali fixado, estando em harmonia com a Lei Maior.

Daí ser pueril a tese dos apelantes de que a Lei nº 5.685/69, porque desconforme com a legislação federal vigente, seria inconstitucional.

Em síntese, a regra é a seguinte: descabe qualquer tentativa de comparação entre lei estadual e federal com o objetivo de assentar a invalidade da primeira.

Segundo os recorrentes, a regência da situação jurídica em foco, caberia às Leis Federais nº 4.504/64 (Estatuto da Terra), e a Lei nº 4.947/66, que dispõe sobre normas de Direito Agrário, e seus Regulamentos.

Ambas estabeleceriam a obrigatoriedade de “convênios com o INCRA para a realização de reforma agrária e colonização em zonas prioritárias, sendo aquele o órgão competente para promover e coordenar a execução dessa reforma”, em um e em outro caso.

As objeções não têm cabimento na hipótese.

Em primeiro lugar, porque a simples leitura do art. 2 da Lei nº 4.947/66 conduz obrigatoriamente à conclusão de que aqui se procura regular um projeto amplo de implantação de reforma agrária em todo o país. O Estado do Rio Grande do Sul, ao invés, não planeja a implantação de uma reforma agrária a nível estadual, pretende, simplesmente, destinar terras de seu patrimônio a número significativo de trabalhadores rurais sem condições de promover a própria subsistência, e de sua família, tal como prevê, o art. 1 da Lei nº 5.865/69,

Em segundo lugar, porque os dispositivos do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504) que tratam de Acordos e Convênios (arts. 6º, 7º e 8º do Estatuto da Terra) são todos redigidos sob a forma de facultativos, não se constituindo em “jus cogens” aos Estados, na medida em que estão assim enunciados:

“Artigo 6 — A União, Estados, Distrito Federal e os Municípios poderão unir seus esforços e recursos mediante acordo (...).”

“Artigo 7º — Mediante acordo com a União, os Estados poderão encarregar funcionários federais da execução de leis e serviços estaduais ou de atos e decisões de suas autoridades (...).”

Os acordos com o INCRA dar-se-ão, portanto, tão-somente quando o Estado entender necessários, segundo a faculdade prevista em lei. Não têm aqueles caráter cogente, o que emerge da simples leitura dos dispositivos em foco.

E, finalmente, porque conforme já foi sublinhado, as pessoas constitucionais têm toda a sua competência fixada na própria Constituição que lhes reserva campos privativos de legislação, insuscetíveis de penetração por atividades governamentais alheias.

Dentro desta ordem de raciocínio vimos que a norma estadual (5.865/69) está situada dentro da reserva de competência constitucionalmente fixada, integrada com princípio emergente do art. 13, **caput**, parágrafo 1º, em relação ao qual não se contrapõe.

A lei estadual inquinada não extravasou o seu âmbito material de validade, não invadiu esferas de atribuições da União; ela extrai sua validade da sua própria circunscrição ao campo legislativo que lhe é constitucionalmente reservado.

De lei do Estado do Rio Grande do Sul, competente para dispor sobre alienação de terras, decorre a competência dos órgãos da administração para fracioná-las, aliená-las a agricultores sem terra na forma prescrita em lei.

EM CONCLUSÃO: Inexistindo hierarquia entre leis ordinárias federais, estaduais e municipais, consequência do princípio de isonomia que emerge da forma federativa de governo e da técnica constitucional de repartição de competências, não se pode falar em inconstitucionalidade de lei editada pelo Estado-membro dentro, e rigorosamente, de sua área específica de competência.

II — DESAPROPRIAÇÃO: SEUS EFEITOS

O GOVERNO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, em novembro de 1962 expediu Decreto expropriatório declarando de interesse social a FAZENDA SARANDI. A desapropriação resolveu-se, no que concerne à indenização devida aos expropriados, em convenção amigável, representada por escritura pública lavrada em 30 de setembro de 1964.

O recorrido, em razão da cláusula 13ª da aludida convenção, iniciou-se na posse da área:

“As despesas judiciais resultantes dessa desapropriação e os desta escritura de convenção amigável de desapropriação, correrão por conta das desapropriadas, as quais confirmam o Estado na posse das frações descritas neste instrumento.”

À época, os expropriados arrendavam, na Fazenda Sarandi, grande parte da área de campo e de mata. Não obstante, por força do ato expropriatório romperam-se os contratos de arrendamento: eis que a desapropriação tem o condão de extinguir o domínio todos os seus desmembramentos e ainda os direitos pessoais resultantes do respectivo exercício.

Alguns arrendatários, porém, permaneceram na posse da terra após 1964, já agora na condição de permissórios de uso de bem público. Entre estes, encontrava-se o chinês LIU YEN SUN, proprietário da Granja Brilhante, a quem os ora recorrentes sucederam na posse de 1670 ha do imóvel.

RELAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO — PERMISSÃO DE USO

Em virtude do ato expropriatório, como foi sublinhado, ocorreu mutação na natureza da posse em questão, que passou a justificar-se em razão do vínculo ao poder público através de relação de Direito Administrativo.

A nova situação jurídica criada com a permanência do ocupante na área desapropriada se insere no âmbito das autorizações ou permissões sobre o domínio público, as quais constituem delegação de poder: uma delegação de uso de bem do domínio patrimonial, por essa mesma delegação convertido em uso privativo em favor do particular.

A permissão é **ato unilateral, discricionário**, que importa, por sua própria natureza, restrição à exclusão da regra geral da utilização do bem público pelo particular permissionário. Outro traço típico dessa figura de direito público é a revogabilidade. E, também, a precariedade.

HELY LOPES MEIRELLES (Direito Administrativo Brasileiro, 4ª Edição, pág. 478) menciona precisamente estes requisitos:

“Permissão de uso é o ato negocial, unilateral, discricionário e precário através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público. Como ato negocial, pode ser com ou sem condições, gratuito ou remunerado, por tempo certo ou indeterminado, conforme estabelecido no termo próprio, mas sempre modificável e revogável unilateralmente pela Administração quando o interesse público o exigir, dada a sua natureza precária e o poder discricionário do permitente para consentir e retirar o uso especial do bem público.”

Também JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (Dos Bens no Direito Administrativo, Ed. Forense, pág. 78) surpreende a existência de idênticos caracteres encontráveis na permissão, ao defini-la como sendo “uma tolerância administrativa, necessariamente revogável, tão logo o exija o interesse público.

Da permissão de uso cogitou outro administrativista, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (Curso de Direito Administrativo, pág. 261, Ed. Forense, 1974).

Colocando-a entre os atos administrativos negociais, entende que o interesse público, que deve existir sempre nessa utilização, é que justifica o ato. Assim, pode a qualquer momento a administração:

“(…) como ato administrativo discricionário, considerar diferentemente a oportunidade e conveniência da aquiescência dada e revogá-la; não será mais que um novo reconhecimento da redução ou do desaparecimento do interesse público na manutenção da permissão, já que o mero ou exclusivo interesse privado não bastam para mantê-la”.

III — REVOGAÇÃO

A revogabilidade é o traço fundamental das autorizações e permissões de uso.

O ato administrativo de revogação da permissão de uso outorgada significa a retirada do ato anterior por razões de conveniência e oportunidade.

Segundo CELSO A. BANDEIRA DE MELLO, em sua obra "Elementos de Direito Administrativo", a revogação **"tem lugar quando uma autoridade, no exercício de sua competência administrativa, conclui que um dado ato ou relação jurídica não atendem ao interesse público e por isso resolve eliminá-lo a fim de prover de maneira mais satisfatória às conveniências administrativas"**. (Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 76).

Na hipótese, ora tema central deste memorial, o ato revocatório (que repousa na competência discricionária que tem a autoridade administrativa em apagar situação ou relação jurídica anteriormente regulada) extinguiu a relação jurídica que o vinculava a LIU YEN SUN através de missiva enviada pela CEMAPA (órgão administrativo promovente do parcelamento das terras) em abril de 1973.

O agente administrativo agiu discricionariamente, no exercício de sua competência, e considerando-se que o ato anteriormente expedido era ato administrativo discricionário e não vinculado, tinha ele efetivamente poder jurídico para redecidir a mesma questão.

MOTIVO DA REVOGAÇÃO

Fundada em razões de conveniência e oportunidade do ato, e importando em uma reapreciação sobre determinada situação jurídica que se conclui inadequada ao interesse público, a revogação resulta de **"um juízo feito hoje sobre o que foi produzido ontem, resultando no entendimento de que a solução tomada não convém agora aos interesses administrativos"**. CELSO A. BANDEIRA DE MELLO (pág. 81, obra citada) observa, ainda, que **"se o agente ao editar o ato inicial fez uma opção exercendo competência discricionária, produziu aquele que era, à época, o interesse que a lei acobertava como sendo o interesse público"**. Poderá, portanto, no exercício da mesma competência desconstituí-lo, face ao surgimento de circunstâncias novas que o levam a decidir-se a favor de interesse público preponderante.

No caso, havia clara motivação: dar efetivamente à terra finalidade mais adequada ao interesse público, representado na necessidade urgente e coletiva de reassentar colonos e trabalhadores rurais em imóvel desapropriado para tal finalidade.

IV — A NOTIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA

A partir dos conceitos ora expostos, caracterizada a natureza jurídica da posse, explicada através da autorização ou permissão de uso; analisada a legalidade do ato revocatório, efetivado por autoridade detentora de poder jurídico para proceder a revogação segundo critérios de conveniência e oportunidade, é fácil concluir que a notificação administrativa era o instrumento hábil para desconstituir o ato anterior.

Ao ocorrer o desaparecimento do interesse público na manutenção da permissão, com o surgimento de agricultores sem terra na região, egressos, à época, das áreas inundadas de Ronda Alta, coube ao agente administrativo comunicar aos possuidores a intenção de **"implantar o nucleamento restante da gleba de campo do referi-**

do, núcleo onde Vossas Senhorias ocupam uma parcela".

Claros e expressos os demais termos da missiva firmada pelo então superintendente da CEMAPA, datada de 18 de abril de 1973, e que ratifica comunicação verbal feita em 10 de abril do mesmo ano, em reunião realizada no NÚCLEO ESTADUAL FAZENDA SARANDI:

"A contar do dia 10 do corrente não deverão realizar trabalho de lavoura de qualquer natureza ou outros serviços que prejudicassem o remanejamento das ocupações sob pena de os perderem totalmente."

Dá ser sem sentido e irrelevante a arguição dos apelantes quanto a ineficácia da notificação judicial procedida posteriormente por cautela e demasia.

V — O ESBULHO E A PROPOSITURA DA AÇÃO

É certo que a propositura da ação ocorreu logo após a consumação do esbulho possessório decorrente da não-desocupação da gleba após a revogação proclamada na carta administrativa de 18 de abril de 1973.

A revogação, ao atingir efeitos de um ato eficaz, encerra seu prosseguimento: **"Faz com que termine o ciclo de consequências jurídicas próprias da relação criada pelo ato. Finaliza a sequência de efeitos por ele produzida. Põe um paradeiro neles ao encerrar aquela relação jurídica"**.

São palavras de CELSO A. BANDEIRA DE MELLO, na obra citada, pág. 82, esclarecendo o alcance dos efeitos do ato revogador, supressivo e eliminador do provimento anterior.

A partir da comunicação a LIU YEN SUN no ano de 1973, romperam-se os vínculos permissionários de sua posse: Cabia-lhe, tão-somente, proceder a desocupação, preservados os direitos às colheitas pendentes que não lhe foram negados.

As cartas de anuência dirigidas a estabelecimentos bancários destinavam-se, exclusivamente, a assegurar aos apelantes obtenção de créditos e financiamentos, não a limitar ou fixar prazo às ocupações.

Após a revogação, em razão da recusa de LIU em abandonar a posse, consumou-se o esbulho. É que a má-fé se instala a partir do momento em que o possuidor não ignora que possui indevidamente, face à presunção nascida das circunstâncias (art. 491, Código Civil).

Já em outubro de 1972, os DALMOLIN adquiriram metade da "Granja Brilhante", consoante documento registrado em 31 de julho de 1973 no Cartório de Registros Especiais de Passo Fundo, e posteriormente à morte do chinês, a outra metade através de cessão de direitos hereditários.

A posse, naturalmente, transmite-se a herdeiros e sucessores com os mesmos vícios que a maculam **"sem alteração ou solução de continuidade"**. (art. 495, Código Civil).

Dá porque correta a propositura da ação no ano de 1973 exclusivamente contra a sucessão de LIU. O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL ignorava os negócios jurídicos protagonizados pelos DALMOLIN e não anuiu com sua realização. Igualmente, irrepreensível a integração à lide dos últimos, na qualidade de litisconsortes passi-

vos.

A questão do litisconsórcio passivo, aliás, constitui matéria superada, decidida pelo saneador e acórdão da Câmara Cível Especial que negou provimento ao agravo de instrumento, como bem, aliás, acentuou a sentença recorrida.

VI — BENFEITORIAS. PRETENSÃO À INDENIZAÇÃO

O despacho saneador proferido nos autos da possessória indeferiu a realização de prova pericial requerida pelos recorrentes com a finalidade de apurar o valor das benfeitorias existentes no imóvel ocupado:

"Indefiro o pedido de prova pericial, eis que nos termos das cláusulas 10ª e 11ª da convenção amigável de desapropriação (fl. 109) ficou vedada qualquer possibilidade de pedido indenizatório."

O agravo de instrumento interposto da decisão interlocutória foi desprovido, por entender a Câmara Cível Especial do Tribunal de Alçada que:

"(...) quanto às benfeitorias anteriores ao ato expropriatório, são indenizáveis (cláusula X e XI da 'convenção amigável', (fl. 140); bens móveis e portanto removíveis constituem as posteriores".

E, finalmente, decidiu a Colenda 5ª Turma do Supremo Tribunal Federal não conhecer do Recurso Extraordinário (nº 91.464) interposto do acórdão citado, que, assim, constitui decisão transitada em julgado.

Isto significa que se encontra superada a pretensão dos apelantes à indenização de benfeitorias quando a restituição do imóvel ao legítimo proprietário, por força da coisa julgada material.

PORTO ALEGRE, 30 de julho de 1980.

DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO NA REPETIÇÃO DO INDÉBITO FISCAL: EMBARGOS*

Jacques Távora Alfonsin

UNIDADE DE CONSULTORIA E PROCURADORIA PARA ASSUNTOS FISCAIS

EGRÉGIO PRIMEIRO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

RECURSO DE EMBARGOS INFRINGENTES.
EMBARGANTE — ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
EMBARGADO — FRIGORÍFICO RENNER S.A. PRODUTOS ALIMENTÍCIOS

OBJETO: O prazo de prescrição das ações contra a Fazenda Pública é de cinco anos: Art. 1º do Decreto nº 20.910 de 1932. O prazo para o contribuinte pedir a repetição do indébito tributário, também é de cinco anos, e de decadência: art. 168 CTN. Assim sendo, seja ou não seja tributo, a correção monetária incidente sobre imposto pago e que não era devido, não tem mais direito de ação o contribuinte que pretende cobrá-la, vencido aquele prazo. Jurisprudência do TJRS e do STF

MERITÍSSIMOS SENHORES DESEMBARGADORES

O voto vencido que enseja a subida do presente recurso, ao julgamento de Vossas Excelências, está fundamentado no pressuposto de que o pedido de correção monetária, incidente sobre repetição de indébito fiscal, está subordinado ao prazo do art. 168 CTN para ser exercido:

"O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados:

I — nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário.

II -

Os votos vencedores, ao contrário, entenderam que correção monetária não é tributo, e, como tal, para ela seria indiferente o prazo estabelecido por aquela disposição do CTN. Foram além: enfrentaram, também, a questão relativa à possível prescrição do direito de ação, que a apelação invocara, com fundamento no artigo 162 do Código Civil e acórdão do STF (fls. 116 e seguintes), desprezando, também, essa defesa do ora embargante.

Sintetizada, assim, a "matéria objeto da divergência" (art. 530-CPC), propõe-se

*Originalmente publicado na RPGE nº 29, 1981

este recurso ver reformado o acórdão da Egrégia 2ª Câmara, pelas seguintes razões:

I) Não era objeto da apelação negar o direito de o contribuinte receber pagamento de correção monetária sobre indébito tributário, e sim que tal direito já não era mais exercitável, fosse pela decadência, fosse pela prescrição.

Os votos vencedores, que negaram provimento à apelação do ora embargante, enfatizaram a mais do que pacífica orientação atual da Jurisprudência, no sentido de que incide correção monetária sobre o indébito tributário, quando a mesma é reclamada pelo contribuinte.

Com a vênia devida, o recurso do ora embargante não subira para discutir esse fato. Todo o seu arrazoado está contido entre as exceções dilatória (litispendência — correção monetária sobre pagamento de imposto cuja legalidade ou não está sendo discutida noutro processo) e peremptória (decorso do prazo fatal para o exercício do direito, seja o da decadência seja o da prescrição).

Assim, o objeto mesmo da apelação sintetizado à fl. 103, somente mereceu dos votos vencedores análise marginal, sufocada no exame da ação, sem muito cuidado com as exceções.

Com efeito, disse o Eminentíssimo Relator, Dr. JULIO M. PORTO:

“Quanto à alegada prescrição ou decadência da correção monetária é opinião unânime e sufragada em decisões — de que destina-se a corrigir o valor da moeda, quando do pagamento — não é tributo — é apenas uma maneira de corrigir a moeda para efeito de pagamento, tendo em vista a situação inflacionária. Assim sendo, não é tributo e não está sujeita à decadência nem à prescrição.” (fl. 174 — grifos do embargante).

Do mesmo sentir, o Eminentíssimo vogal, Dr. BARISON, à fl. 176:

“Com isso, afastos as exceções de decadência e de prescrição.”

Seria imprescritível, então, o direito de o contribuinte pedir o pagamento da correção monetária sobre indébito tributário?

Pelo menos na opinião dos Tribunais, não, conforme abaixo se vê.

II) A posição do TJRS e do STF a respeito.

Quer pela afinidade com a matéria em debate, quer pela possibilidade de invocação da prescrição ou decadência, que permite, mesmo em segundo grau de jurisdição, quando envolvida na causa a Fazenda Pública, um acórdão do STF foi ele submetido ao douto exame da Câmara julgadora da apelação, pelo ora embargante. (fl. 117).

Agora, faz-se juntada da íntegra deste acórdão, aos autos, pois, com a vênia devida aos ilustrados votos vencedores, trate-se a correção monetária do indébito fiscal como tributo ou não, o certo é que esse venerando decisório submete o exercício dessa ação ao prazo do art. 168, I, do CTN.

Alegará o embargado, como fez o acórdão objeto do recurso: A correção não é

tributo. Seja — **mas a ação visa a repetir o indevido não visa? Essa correção monetária não deriva dum imposto, cuja legalidade de pagamento — se devida ou não, está sendo discutida noutro processo?**

A resposta para tais perguntas, reclamada pelo ora embargante desde a apelação, inclusive com a invocação da litispendência, não foi até aqui respondida satisfatoriamente, nem pelo embargado, nem pelo venerando acórdão.

Por que, onde está a diferença, para os efeitos pleiteados pelo ora embargante? Se a correção monetária não é tributo, está sendo pleiteada, da mesma forma, pelo contribuinte, e então não há como fugir à aplicação do art. 1º do Decreto nº 20.910 de 1932:

“As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem **assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza**, prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem.” (grifos do embargante).

Tudo e qualquer direito, seja qual for a sua natureza. Assim, não interessa para a lei, se a correção monetária de tributo não for tributo, como afirma peremptoriamente o acórdão de que se recorre; nesse caso, a única conclusão válida seria a de que ela, então, poderia escapar da disciplina do art. 168 CTN, mas, em hipótese alguma, fugiria do comando contido neste Decreto, de 1932.

Essa chamada “prescrição quinquenal” somente comporta, ainda, alguma sombra de dúvida, a favor dos contribuintes, naqueles casos em que as Fazendas tenham reconhecido o direito do interessado, em via de prescrição ou decadência, na esfera administrativa, ou, também, em alguns casos que envolvem direito a prestações periódicas, devidas pelas Fazendas. Aí, entendem alguns julgados, que as prestações devidas e não pagas, com atraso de até cinco anos, devem ser pagas.

Fora disso não. O próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em vários acórdãos, quer de suas Câmaras isoladas, quer de grupos de Câmaras, tem enfrentado o problema de maneira exaustiva, como comprovam as cópias de várias decisões prolatadas, aqui, sobre a matéria, e ora juntadas a essas razões.

Veja-se, por exemplo, o acórdão prolatado pela 2ª Câmara Cível especial desse Tribunal, relator Dr. TULIO MEDINA MARTINS, sobre a apelação nº 23.810, em 12 de junho de 1975, transcrito às páginas 285 e seguintes do volume nº 4 (quatro) do compêndio “Jurisprudência Brasileira”, Curitiba, Ed. Juruá, 1976, páginas 285 e seguintes, cuja cópia é, aqui, juntada na íntegra, com as demais decisões:

“Com exceção das reais, e quando não houver “prazo menor”, especial, prescrevem em cinco anos todas as ações contra o Estado. Aplicação do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Voto vencido.”

À simples leitura desta ementa, não se deduz toda a análise que o venerando decisório faz da doutrina e da jurisprudência, inclusive do Supremo, existente sobre a matéria. CÂMARA LEAL, CIRNE LIMA, PONTES DE MIRANDA, votos dos ministros

JOÃO LEITÃO DE ABREU, DJACI FALCÃO, citação de vários acórdãos tanto do STF como do Tribunal de Justiça do nosso Estado, são examinados, ali, com rigorosa mensuração de efeitos para causas do tipo da presente.

À fl. 293, do mesmo repertório acima referido (cópia do acórdão também junta) vê-se que o Egrégio 2º Grupo de Câmaras Cíveis desse Tribunal também já sufragou a tese aqui defendida pelo embargante.

Naquela oportunidade, o Eminentíssimo revisor, Desembargador ANTONIO V. DO AMARAL BRAGA, fez constar de seu voto uma discriminação entre as ações de cobrança de dívidas do Fisco e outras, não somente no sentido de sublinhar o quanto é pacífica a submissão das primeiras ao Decreto nº 20.910, mas também no sentido de reconhecer as demais dívidas como lá enquadráveis:

"O Diploma em apreço, Decreto nº 20.910, obviamente, não se referiu, apenas à prescrição de ações de cobrança de dívida do Fisco, mas, ao contrário, dada a amplitude que deriva de sua redação, estipulou a prescrição quinquenal para as demandas ajuizadas contra a União, Estado ou Município."

Mais recentemente, ainda, em 15 de julho de 1977, o Egrégio 2º Grupo de Câmaras Cíveis, também do Tribunal de Justiça do Estado, no julgamento dos embargos infringentes 24.822, obteve consenso unânime, em torno do voto do Desembargador Hermann Homem de Carvalho Roenick, segundo o qual, conforme se lê em parte da ementa publicada no volume nº 66 da "Revista de Jurisprudência do TJRS", tornou-se pacífica, tanto para o Tribunal local, como para o Supremo, a tese aqui defendida pelo ora embargante:

"Prescrição quinquenal. O Decreto Federal nº 20.910, de 6.1.32, estabelece que prescreve em cinco anos o direito de acionar a Fazenda Pública, e tal disposição abrange não só as prestações, mas o próprio fundo de direito, **excepcionando-se, apenas, as ações reais e as de natureza alimentar**. Embargos acolhidos." (grifos do embargante).

Note esse Colendo Grupo que o embargante enfrenta, até aqui, toda a questão, nos termos em que os votos vencedores a colocaram, justamente para demonstrar que, ao contrário do que eles proclamam, não encontram apoio em outras decisões do TJRS e do próprio STF.

Em apoio do voto vencido, porém, além dos acórdãos cuja orientação é pregada neste recurso, antigos ensinamentos dos doutos já apontam, há muito tempo, que a própria distinção entre decadência e prescrição pode se tornar irrelevante, em casos como o da presente pretensão de repetição, justamente pelo fato de o "dies a quo", da contagem dos prazos, tanto da prescrição, como da decadência, ser o mesmo, quer para uma, quer para outra, ou, ainda que não seja o mesmo, esteja tão recuado no tempo que já tenha marcado o início dos efeitos fatais para o reconhecimento tanto do fim do direito como do fim da ação:

"É de decadência o prazo estabelecido pela lei, ou pela vontade unilateral ou bilateral, quando prefixado ao exercício do direito pelo seu titular. É de prescrição, quando fixado, não para o exercício do direito, mas para o exercício da ação que o protege. Quando, porém, o direito deve ser exercido por meio de ação, originando-se ambos do mesmo fato, de modo que o exercício da ação representa o próprio exercício do direito, o prazo estabelecido para a ação deve ser tido como prefixado ao exercício do direito, sendo, portanto, de decadência, embora aparentemente se afigure de prescrição. (CÂMARA LEAL, "Da prescrição e da decadência", 1ª Ed. págs. 133 e 134)" (Agendo Amorim Filho, in **Revista Forense**, Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, vol. 193, p. 31).

III) A prova de que o contribuinte, ora embargado, já decaíra ou tivera prescrito o seu direito de agir contra o embargante, quando do ajuizamento da ação, é documental, e está nos autos:

A petição inicial, da ação ajuizada pelo embargado, **está datada de 16 de maio de 1977.**

Segundo revela a própria inicial, ainda, a correção monetária que aqui se pretende cobrar, deve incidir, primeiramente, sobre um indébito de trezentos e dezoito mil e poucos cruzeiros, **pagos no período compreendido entre janeiro e agosto de 1970.** (fl. 17 — documento juntado com a inicial).

Em segundo lugar, dita correção deve incidir sobre um indébito de setecentos e setenta e dois mil e poucos cruzeiros, **pagos de março de 1967 a outubro de 1969.** (fl. 4).

Aliás, não omite o autor da ação, na inicial, que quarenta e quatro mil e poucos cruzeiros, reclamados como indevidos nessa segunda repetição, **já tinham tido o seu direito de repetição considerado prescrito pelo relator da apelação** que, então, subira por iniciativa do mesmo ora embargante.

E o último comprovou, junto às suas razões da apelação que subiu, no presente processo, (fl. 133) que o tal voto pela decadência dessa parte do indébito reclamado, já fora acolhido em embargos infringentes por ele, também, interpostos.

Isso quer dizer que, conforme o embargante vem tentando mostrar desde a sua apelação, **o presente processo pode desembocar num absurdo igual ao de considerar devida uma correção monetária sobre um indébito fiscal cuja prescrição já foi, pelo menos parcialmente, decretada.** Nem essa parte da defesa do embargante foi reconhecida, quer pela sentença de primeiro grau, quer pela apelação objeto dos presentes embargos, embora a contradição seja manifesta.

Basta, entretanto, a comparação das datas acima referidas, para se concluir que, quando do ajuizamento desta ação, há muito decorrera o prazo para a cobrança pleiteada, considere-se esse prazo o da decadência (art. 168 CTN), considere-se o da prescrição (Decreto nº 20.910, de 1932), pois ambos são de cinco anos.

IV) Ainda a questão dos honorários.

Desde a apelação que o ora embargante se insurge contra a fixação dos honorários. Não teria sentido, realmente, a disposição do § 4º, do art. 20 CPC, se fosse para manter os mesmos níveis do § 3º. A apreciação equitativa, ali colocada, parece não poder ser vista pelos julgadores, como despendência, inútil, mero conselho que se segue ou não se segue; a lei não possui palavras inúteis.

Obtenha o presente recurso o resultado que obtiver, espera e pede o ora Embargante elimine-se ou diminua-se a percentagem de honorários atribuída ao embargado.

V) CONCLUSÃO

O acolhimento dos embargos infringentes que ora sobe ao julgamento de Vossas Excelências, pelo que acima se expôs, e pelo mais que dos autos consta restabelecerá a uniformidade de jurisprudência desse Egrégio Tribunal, além de adequar seu comando à égide do Colendo Supremo Tribunal Federal. O embargante pede e espera, assim, sejam estes embargos acolhidos, para o fim de se verem reconhecidas as exceções que o recurso de apelação do Estado invoca, decretando-se a extinção do feito, com julgamento do mérito, seja pelo decurso do prazo de decadência, seja pelo decurso do prazo de prescrição, ambos impeditivos do exercício de ação do embargado.

PORTO ALEGRE, 14 de dezembro de 1978.

CONVERSÃO DA LICENÇA-PRÊMIO EM PECÚNIA ARGÜICAO DE INCONSTITUCIONALIDADE RAZÕES DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 12 *

Ney Sá

A Emenda Constitucional n.º 12, promulgada aos 12 de agosto do ano findo, teve por escopo modificar a redação do artigo 99 da Carta Estadual de 1970, encontrando-se publicada no Diário Oficial do Estado, na sua edição do dia 15 do mesmo mês e ano.

Na redação original dispunha o prefalado dispositivo:

"Art. 99 — Serão assegurados ao funcionário, nos termos da legislação própria, abono familiar, gratificações adicionais por tempo de serviço e licença-prêmio por decênio de serviço, a qual, não gozada, poderá ser computada em dobro, como tempo de serviço, para os efeitos previstos em lei." (grifou-se).
Pela Emenda objeto destas razões, o mesmo dispositivo da Carta Constitucional do Estado do Rio Grande do Sul passou a ter esta redação:

*"Art. 99 — Serão assegurados ao funcionário, nos termos da legislação própria, abono familiar, gratificações adicionais por tempo de serviço e licença-prêmio por decênio de serviço.
Parágrafo único — A licença-prêmio não gozada pelo funcionário poderá ser computada em dobro como tempo de serviço para os efeitos previstos em lei; ou convertida em moeda corrente."* (grifou-se).

Como se observa, a Emenda questionada teve por escopo assegurar aos funcionários que não gozarem as licenças-prêmio a que fizeram jus, convertê-las em tempo de serviço dobrado ou — e aí a inovação — receber o seu valor em moeda corrente.

A nova modalidade de desfrutar o benefício, como não poderia deixar de ser, veio a despertar grande interesse entre os beneficiários da vantagem, já havendo inúmeras manifestações de interessados visando à outorga do pagamento pecuniário (doc. junto), que vem sendo, sistematicamente, indeferido pelo Executivo, que acolheu parecer da Procuradoria-Geral do Estado (doc. junto), segundo o qual a Emenda Constitucional em alusão, além de não ser auto-aplicável, reveste-se de vício de inconstitucionalidade.

Inobstante, a Mesa da Assembléia Legislativa que, também, tem recebido inúmeras postulações de seus funcionários, vem acolhendo tais pedidos, autorizando a conversão de licenças-prêmio não gozadas em moeda corrente nacional.

Conquanto até esta data nenhum pagamento tenha ainda sido realizado, a esse

*Originalmente publicado na RPGE n.º 30, 1981

título, isto certamente ocorrerá em breve tempo porquanto, a teor do que se contém no artigo 45 da Constituição do Estado, "o numerário correspondente às dotações orçamentárias da Assembléia Legislativa e dos Tribunais com jurisdição em todo o território do Estado, será entregue no início de cada mês em cotas correspondentes a um duodécimo".

Diante desse estado de coisas, considerou-se o Poder Executivo no dever de representar, na forma que a lei estatui, ao Pretório Excelso, a fim de argüir a inconstitucionalidade da norma questionada, na qual se verifica incompatibilidade insanável com regras e princípios da Constituição Federal. É o que se passa a demonstrar.

II

Ao contrário do poder constituinte originário, que não conhece limitações de forma ou de fundo, o que lhe dá, em princípio, a mais plena liberdade, o poder de emenda ou revisão é, por natureza, limitado, quer quanto à forma, quer quanto ao fundo, não só por se subordinar, no seu exercício, a procedimento prefixado como, também, porque fica adstrito, em relação ao conteúdo das normas que pretende editar, às restrições que, implícita ou explicitamente, já se encontrem estabelecidas na própria ordem constitucional.

Em outras palavras, como diz PONTES DE MIRANDA:

"O poder constituinte nunca seria acoimável de emitir regras jurídicas inconstitucionais. Tudo que ele elabora é Constituição, uma vez que o elaborou com esse propósito. Muito diferente é o que se passa com o poder revisional ou reformador, ou emendador. Esse está adstrito a regras jurídicas concernentes à reforma, ou a emenda, bem como, quase sempre, a limitações do objeto da reforma ou da emenda... Em verdade, trata-se de poder constituinte de segundo grau. A sua competência foi regulada pela Constituição e, provavelmente, pela deliberação que serviu de iniciativa da reforma ou da emenda..." (Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969. 2ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1970, t. III, págs. 133/134).

As limitações estabelecidas pela ordem constitucional podem ser de caráter autônomo ou heteronômico, verificando-se as primeiras quando impostas pela mesma Constituição em que se regula o poder de revisão ou reforma. São heteronômicas quando estatuídas por sistema normativo a que a Constituição que vai ser emendada se subordina.

"Os limites expressamente estabelecidos pelo Direito Positivo quanto à revisão constitucional", - escreve HANS HAUG em sua conhecida monografia sobre "As Limitações da Revisão Constitucional", - "são divididos apropriadamente em dois grupos; limites heteronômicos e autônômicos. Consideram-se limitações heteronômicas as decorrentes de normas situadas fora da Constituição, cuja revisão se restringe. Reputam-se, ao contrário, limitações autônômicas as resultantes de normas contidas na própria Constituição". (Dei Schranken der Verfassungsrevision, pág. 178, Apud Represen-

tação n.º 749, argüida pelo Estado do Rio Grande do Sul, em 9 de junho de 1967).

O mesmo autor, depois de arrolar como limitações heteronômicas as que podem ter a sua fonte em normas gerais de direito das gentes ou em tratados internacionais, assevera:

"Constituem, além disso, limitações heteronômicas de revisão constitucional as **normas das constituições federais**, não só onde se consagre, em relação às Constituições dos Estados-membros, o princípio de que o Direito Federal quebra o Direito Estadual, mas ainda, especialmente, onde se estabeleçam **condições materiais de validade para as Cartas Políticas dos Estados**". (ID. IBID.)

De qualquer sorte, provenha a limitação de norma hierarquicamente superior, proceda ela da própria Constituição que se vai revisar, ao órgão incumbido da revisão se defere tão-somente uma competência, isto é, um poder restrito, seja quanto ao seu campo de ação, seja quanto ao processo que deve obedecer para que as suas decisões adquiram autoridade formal ou, melhor, se revistam de validade.

Ademais, dentro do quadro federativo, não são os Estados-membros completamente livres para organizar-se constitucionalmente, ainda que por via de convocação de assembléia constituinte. Só podem usar, para esse fim, dos poderes residuais, isto é, os que lhe não sejam proibidos nem delegados à União, de sorte que, com relação aos Estados, não se pode falar em poder constituinte no mesmo sentido em que a expressão se emprega acerca do poder homólogo, exercido pela União.

O poder constituinte dos Estados-membros apresenta-se, desta sorte, como um poder constituinte de **segundo grau**, porquanto, em vez de ser livre para decidir, somente se pode mover com liberdade em área juridicamente limitada. E esta limitação é dupla: decorre não só das normas hierarquicamente superiores, estabelecidas na ordem constitucional imposta pela Carta Política Federal, como, também, das próprias normas da Constituição que vai ser emendada no que respeita, pelo menos, ao órgão-incumbido de proceder a revisão, ao seu campo de ação e ao processo que deve ser observado.

Consiste, assim, unicamente a competência do órgão revisional em dispor sobre matéria que se situe na órbita dos poderes reservados ou residuais. Dest'arte, cabe-lhe inovar, de sua livre iniciativa e segundo o seu próprio juízo, regras e princípios da Constituição Estadual, seja pela supressão ou modificação de preceitos que não mais correspondam às exigências do tempo, seja pela incorporação ao texto constitucional de postulados que a conveniência política reclame.

Duas ordens de atribuições, pois, incumbem aos órgãos estaduais de revisão: consiste uma no dever de adaptar a Constituição do Estado às normas obrigatórias ou cogentes que se insiram, "ex novo", na Constituição Federal; repousa a outra no poder que se lhe reconhece de afeioar, nos limites dos poderes residuais, a organização jurídica do Estado às idéias ou princípios que a **consciência política** queira consagrar constitucionalmente. No primeiro caso, tem-se, bem delineada, a figura da competência vinculada, ao passo que, no segundo e somente no segundo, a competência do órgão de revisão ou reforma se define como livre ou discricionária.

Todavia, como já dito, essa competência discricionária se desenvolve apenas na

esfera dos poderes **residuais** e estes, no caso, situam-se nos limites estreitos da **matéria constitucional**, vale dizer, das idéias ou princípios inspirados pela consciência política, traduzidos naquelas coisas "que se estimam de importância fundamental, que proporcionam uma base eficaz na tradição para a defesa da permanência delas e estabelecem um espírito de continuidade no corpo orgânico das leis, imprimindo-lhes um cunho conservador", (cf. H.J. ASKY, "El Estado Moderno", pág. 158, vol. I, tr. espanhola 1932) - **Apud BANDEIRA DE MELLO**, Oswaldo Aranha, "A Teoria das Constituições Rígidas", 2ª ed., José Bushatsky, São Paulo, 1980, pág. 67).

Esses princípios, como muito bem os classifica SAMPAIO DORIA, traduzem-se, tão-só, em normas sobre a organização do Estado, a competência dos órgãos do poder público e normas que, circunscrevendo a soberania ao que deve, assegurem direitos cujo exercício possa provocar violações por ilegalidade ou abuso do poder (Direito Constitucional, 3ª Editora Nacional. São Paulo, 1953, t. 19, pág. 259). Isto é matéria constitucional.

É fácil, assim, compreender que, em tema de direito administrativo, as Constituições Estaduais, vinculadas, não podem ir além do que dispõe a Constituição Federal, eis que esta, dentro dos princípios, já exorbita ao insculpir normas dessa natureza, muito embora possa fazê-lo por forma, até, a transformar em matéria constitucional o que, na realidade, não o é. "Há certos assuntos - refere BANDEIRA DE MELLO - que embora não sendo objeto de Direito Constitucional, para a maioria dos constitucionalistas, são de magna importância, na opinião comum dos doutos, ou mesmo de real relevância só para os organizadores da Constituição, e como as leis constitucionais rígidas são muito mais estáveis, têm uma força maior, fazem entrar essa matéria na Constituição, tornando-a técnica e praticamente constitucional." (op. cit., pág. 77).

Seja, porém, como for — trate-se de competência vinculada ou discricionária — o órgão revisor só a pode exercer com rigorosa observância do **processo** para isso estabelecido. Assim, se por disposição heteronômica se estabelecer que tal ou qual matéria só poderá ser regada por lei ordinária, outro não poderá ser o processo legislativo, não se podendo pensar em substituí-lo pelo processo da Emenda Constitucional ou outro qualquer. Isso decorre da circunstância de que a Constituição Federal não se limitou a estabelecer para a ordem constitucional dos Estados princípios de homogeneidade suscetíveis de interpretação, isto é, não se limitou a, em termos flexíveis, assinalar as linhas mestras a que se deveria conformar a estrutura política dos Estados. Além desses princípios de homogeneidade, a que a ordem política dos Estados está, com alguma liberdade, obrigada a acomodar-se, a Constituição Federal estabeleceu, ainda, regras de uniformidade, isto é, normas que aos Estados incumbe observar, sem modificação de conteúdo. E dentre essas regras se incluem, de forma inequívoca, segundo o artigo 13, item III, da Constituição Federal, as concernentes ao processo legislativo, pois aí se determina que os princípios sobre isto adotados pela União sejam respeitados na organização constitucional dos Estados.

Ademais, segundo a letra expressa do artigo 57 da Constituição da República, é da competência exclusiva do Executivo a iniciativa das leis que "criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública" (item II), sendo, de resto, vedadas emendas que aumentem as despesas previstas "nos projetos cuja iniciativa seja da exclusiva competência do Presidente da República" (artigo 57, parágrafo único, "a").

Ora, sem dúvida que se insere no processo legislativo a norma que dispõe sobre a iniciativa do desencadeamento da elaboração legislativa, pois que ela se incorpora ao trabalho geral dessa elaboração.

De tal sorte, determinando a Lei Básica que os Estados respeitem, em sua organização política, as regras do processo legislativo da União, quis ela que fossem respeitados, na ordem constitucional dos Estados-membros, os princípios estabelecidos no tocante à iniciativa das leis.

Tanto mais imperativa se afigura a observância desse princípio quando se considere o disposto no artigo 108 da mesma Constituição da República, expresso na determinação de que o que nela se contém acerca dos funcionários (Seção VIII) "aplica-se aos funcionários dos três poderes da União e aos funcionários, em geral, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios". Há de se entender, então, que, quando se tratar de tal matéria, o legislador estadual não pode recorrer à Emenda da Constituição, pois isso importaria em fraudar o processo legislativo estabelecido para a lei ordinária.

O legislador constituinte estadual, de resto, bem assimilou estes princípios ao estatuir, no artigo 88, do Estatuto Básico do Estado que "a lei disporá sobre o regime jurídico dos servidores públicos, obedecidas as normas prescritas na Constituição Federal e nessa Constituição".

Por outro lado, como não poderia deixar de ser, consagrou, no artigo 32, item IV, o princípio da competência exclusiva do Governador para a iniciativa das leis que "criem ou extingam cargos, funções e empregos públicos, aumentem vencimentos ou a despesa pública", proibidas emendas nas mesmas circunstâncias em que vedou a Constituição da República.

III

Considerados tais princípios, verifica-se que a Emenda Constitucional n.º 12, de que aqui se cogita, está eivada de inconstitucionalidade, não só pelo erro de forma que encerra ao procurar transformar em princípio constitucional matéria estranha à Constituição, como, também, por ter ferido norma heteronômica, emanada da ordem federal, segundo a qual as disposições desse estatuto aplicam-se a todos os funcionários e, como conseqüência, aplicando-se aí, por forma irrestrita, os princípios da iniciativa das leis e, também, a observância do processo legislativo.

Inúmeras vezes o Pretório Excelso têm se manifestado em matéria análoga: sendo expressivas, ao propósito, as palavras proferidas no julgamento da Representação n.º 749, formulada pelo Estado do Rio Grande do Sul por ocasião das Emendas que se pretenderam introduzir na Constituição do Estado, em 1967, quando da adaptação do seu texto à Lei Maior. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação n.º 749. Julgada procedente em parte, para declarar inconstitucionais dispositivos da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro ADALÍCIO NOGUEIRA. 4 de dezembro de 1968. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, 50:738 — 846, dezembro de 1969).

Dentre outros dispositivos inseridos pelo Poder Legislativo na Carta Estadual, figurava o artigo 77, no qual se visava a assegurar aos funcionários públicos, além de licença-prêmio por decênio de serviço, que podia "ser convertida em tempo dobrado

de serviço", também, "gratificações adicionais" e "gratificação especial, se ao adquirir direito à aposentadoria voluntária, permanecer no exercício de suas funções".

O ilustre Ministro ADALÍCIO NOGUEIRA, ao apreciar esses dispositivos, usou destas palavras:

"O art. 77 e seu parágrafo único distanciam-se da linha de adaptação e ferem o art. 106 da Lei Magna Federal (aludia ao dispositivo da Constituição de 1967, que corresponde ao atual art. 108, da Emenda de 1969). É matéria que deve ser tratada pelo Estatuto dos Funcionários Públicos. Reputo-os inconstitucionais."

De destacar, na votação dessa mesma matéria, o voto do Ministro ALIOMAR BALEEIRO que suscitou, logo a seguir, esclarecedora manifestação do Ministro HERMES LIMA. Os votos são os seguintes:

"O Sr. Ministro ALIOMAR BALEEIRO: - Sr. Presidente, quero esclarecer mais uma vez meu pensamento. Não sofro do fetichismo da adaptação restrita, fechada. Do ponto de vista de técnica legislativa, condenaria os dispositivos, porque das três constituintes de que participei — e duas delas eram estaduais — fiz o possível para condensar ao máximo o texto, dele expelindo aquelas disposições que não eram básicas na questão da competência constitucionalmente discriminada.

A disposição não é inconstitucional. Pode ser um aleijão técnico, mas nós não temos o direito de substituir o legislador do Rio Grande do Sul, para impormos nossas concepções da arte de legislar. Acho que a matéria poderia ficar para a legislação ordinária, mas não é inconstitucional.

"Data venia", divirjo do Relator, rejeitando a arguição de inconstitucionalidade."

Obtemperou o Ministro HERMES LIMA:

"Sr. Presidente, o problema da inconstitucionalidade formal é assim como porta aberta para ajudarmos o Estado do Rio Grande do Sul a fazer sua Constituição. De modo que isto nos coloca na situação, como disse, de ajudar o legislador estadual gaúcho.

Meu voto, decorrente dessa premissa maior e não articulada, que tenho na minha cabeça, é que a inconstitucionalidade formal nos permite ajudar o legislador estadual."

O resultado do julgamento, como se pode ver do extrato da Ata, consistiu em ser declarada a inconstitucionalidade do artigo 77, "salvo quanto ao inciso I, letra 'a', (que dispunha sobre a concessão de licença-prêmio e na possibilidade da sua conversão em tempo de serviço dobrado)." A permanência dessa parcela do dispositivo, porém, deveu-se ao fato de que tal norma já se encontrava inserta no texto primitivo, redigido ao

tempo da Constituição Federal de 1946, como observado no voto do Ministro ELOY DA ROCHA.

Note-se, ademais, que o texto em exame, não abrangido pela inconstitucionalidade, não implicava em qualquer aumento de despesa para o erário. Entretanto, no exame da arguição de inconstitucionalidade do artigo 73 da mesma Carta Política, que mandava atribuir ao funcionário ocupante de cargo isolado, de provimento efetivo, avanços de vencimentos, por triênio de serviço, o mesmo Ministro ALIOMAR BALEEIRO lembrou a inconstitucionalidade do dispositivo, que se chocava com aquele outro da Constituição Federal pelo qual a iniciativa de aumento de vencimentos, a despesa geral compete ao Presidente da República". Como consta da Ata, o artigo 73 foi julgado inconstitucional contra o voto, apenas, do Ministro VICTOR NUNES.

Este tema voltou a ser objeto de exame do Pretório Excelso na Representação n.º 940, apresentada pelo Estado do Rio de Janeiro. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação n.º 940. Julgada procedente em parte, para declarar inconstitucionais dispositivos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro MOREIRA ALVES. 31 de março de 1977. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, 92: 1.000-1.034, junho de 1980).

No voto proferido, o ilustre Relator transcreveu um pronunciamento seu, como Procurador Geral da República, cujas palavras merecem aqui reproduzidas dada a justeza dos conceitos e seu afeiçoamento ao caso ora em discussão. Ei-las:

"(...) tem decidido esse Colendo Supremo Tribunal Federal, por várias vezes, que são inconstitucionais os dispositivos de Constituições dos Estados-membros, inclusive suas emendas, que fixem vencimentos e vantagens a servidores públicos, concedam subvenção ou auxílio, ou, de qualquer modo aumentem a despesa pública, porquanto essas matérias são, em face dos arts. 57, II, e 65, da Emenda n.º 1/69, objeto de leis cujo projeto é da iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, iniciativa essa que não pode ser cerceada por norma constitucional dos Estados. Nesse sentido, julgou essa Suprema Corte inconstitucional o art. 121, XII, da Constituição do Estado de Mato Grosso (pelo qual se fazia a incorporação aos vencimentos para todos os efeitos, do adicional por tempo de serviço), uma vez que, como salientou o relator da Representação n.º 855, o Exmo. Sr. Ministro BARROS MONTEIRO, "prevendo vantagens por tempo de serviço e fazendo-as incorporadas aos vencimentos dos servidores, o malsinado dispositivo exorbita da competência do Poder Legislativo. Com efeito, ainda quando no trato da reformulação constitucional local, o legislador não pode se investir da competência para matéria a que a Constituição da República tenha reservado à exclusiva iniciativa do Chefe do Executivo, como são as normas que digam sobre vencimentos e vantagens dos servidores públicos (arts. 57, II e 65)" (R TJ 57/385)

Bem recentemente voltou o Excelso Supremo Tribunal Federal a se manifestar

sobre a matéria ora em exame, no julgamento da Representação n.º 982-3, de São Paulo, onde declarara a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 8 daquele Estado e cujo acórdão ostenta esta ementa:

"Representação por inconstitucionalidade e julgada procedente. Embora possa ser afastada a inconstitucionalidade fundada no art. 97, § 1.º, da Constituição da República, no que concerne ao provimento resultante da transformação do cargo, relativamente aos funcionários efetivos nos cargos originários, subsiste ela, contudo, quanto aos servidores de fato contemplados, no art. 2.º, com a garantia de efetividade. Subsistem, por igual, as demais inconstitucionalidades acolhidas no Parecer do Dr. Procurador-Geral da República, através das quais a Emenda n.º 8, ferindo o princípio da independência e harmonia dos Poderes Estaduais (artigo 110, IV, c.c. o artigo 13, I, da Constituição Federal), arrebatou do Governador atribuições que lhe são privativas (artigo 57, V, da Constituição Federal), em manifesta ofensa ao art. 200, também, da Lei Maior."

Do voto do ilustre Relator, Ministro SOARES MUÑOZ, são estas palavras esclarecedoras:

"Por esses dispositivos (da Emenda Paulista n.º 8), a Assembléia Legislativa transformou cargos de provimento em comissão em cargos efetivos; elevou o cargo do funcionário, que exerce substituição, à categoria do substituído e instituiu a efetividade nele; efetivou servidores em exercício de fato em cargos diversos daquele de que são titulares, bem como aos que, mediante percepção de "pro labore", desempenhem atribuições de chefia, etc; efetivou o servidor que, à data da promulgação da Emenda, esteja, a qualquer título, há mais de cinco anos no exercício de cargo ou função pública, independentemente de qualquer título e formalidade.

Alega o nobre Deputado Presidente que a Assembléia Legislativa se utilizou de sua faculdade residual de Poder Constituinte, que deve ser exercida em sua plenitude, sem restrições ou sujeições do Poder Executivo, a quem a Assembléia Legislativa, no ofício de constituinte, precede e é preeminente, na ordem lógica e institucional do Estado. Cuido, porém, que com a melhor orientação está o Parecer do Dr. Procurador-Geral da República, assinalando:

"Mesmo como constituinte — usando de seus poderes derivados — não podia a Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo votar e promulgar Emenda à Constituição Estadual que violasse normas constitucionais federais explícita ou implicitamente estabelecidas. E a Emenda Constitucional n.º 8, que a Representação impugna, violou justamente as normas explícitas. Com efeito, violados foram os seguintes dispositivos da Constituição Federal: art. 13, inciso I, c.c. o art. 10, inciso VII, letra "c", quando, provendo artificiosamente cargos públi-

cos usurpou a competência da chefia do Poder Executivo; art. 13, inciso III, c.c. o artigo 57, incisos II e V, quando mais uma vez subtraiu a competência do Chefe do Poder Executivo para a iniciativa das leis que criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública e disponham sobre servidores públicos, seu regime jurídico, provimento de cargos públicos e estabilidade de funcionários civis, normas constitucionais estas a que os Estados-membros devem se submeter não só por força de imperativo do art. 13 da Lei Maior como também pelo princípio de simetria instituído pelo seu art. 200, uma vez que os dispositivos constitucionais federais concernentes ao processo legislativo e ao regime jurídico dos funcionários civis estão incorporados — porque cabíveis — ao direito constitucional legislativo dos Estados. Foi ainda afrontado o art. 97, § 1.º, que determina que a primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, quando determina, mediante o artifício de "transformação de cargos", o aproveitamento de "funcionário que estiver no exercício de fato de funções diversas das do seu cargo efetivo, bem como àqueles que, mediante percepção de "pro labores", desempenharem atribuições próprias de encarregatura, chefia ou direção." (fls. 119 e 120).

Embora possa ser afastada a inconstitucionalidade fundada no art. 97, § 1.º, da Constituição da República, no que concerne ao provimento resultante da transformação de cargos, em relação aos funcionários titulares de outros cargos, visto que a proibição alcança apenas a primeira investidura, subsiste ela, contudo, quanto aos servidores de fato, contemplados no art. 29 com a efetividade.

Subsistem, por igual, as demais inconstitucionalidades, através das quais a Emenda n.º 8, ferindo o princípio da independência e harmonia dos Poderes estaduais (art. 10, item IV, combinado com o art. 13, item I), arrebatou do Governador atribuições que lhe são privativas (art. 57, V), com manifesta ofensa ao art. 200 da Lei Maior.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou nesse sentido, ao acolher, unanimemente, a representação n.º 855/MT, versando sobre o inciso XII do art. 121 da Constituição daquela Unidade da Federação, conforme o voto do eminente e saudoso Ministro BARROS MONTEIRO, Relator..."

Este acórdão, emanado do Tribunal Pleno, foi unânime, datando de 1.º de agosto de 1979 e constituindo-se num dos mais recentes pronunciamentos do Excelso Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Não se pode, pois, dizer que esse exemplo não merece acolhida. Como se observa do julgado, o argumento fundamental da arguição da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 8, objeto dessa decisão, centrava-se na reserva constitucional da iniciativa exclusiva do Poder Executivo, argumento esse, ao que parece, afastado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Representação n.º 983-1, referente à

Emenda Constitucional n.º 7 do mesmo Estado de São Paulo, que entendeu aplicável aos Estados-membros a reserva constitucional à iniciativa do Poder Executivo, tão-só a respeito da legislação ordinária.

É de ver, porém, que a decisão invocada, decorrente do pronunciamento do Ministro PEDRO SOARES MUÑOZ não está limitada, apenas, ao exame da inconstitucionalidade formal, decorrente da exclusão no processo legislativo, da iniciativa assegurada ao Executivo. Com efeito, como ficou muito bem demonstrado nesse julgado, além da inconstitucionalidade formal, da promulgação da Emenda, resultaram vulnerados preceitos e princípios outros, estabelecidos na Constituição Federal, de observância obrigatória para os Estados. Dentre tais princípios, todos de natureza material ou substancial, situam-se o da independência e harmonia dos Poderes estaduais, o da reserva de matéria ao âmbito da legislação ordinária, além do da reserva da iniciativa exclusiva ao Poder Executivo.

Ademais, no caso ora em exame, também foram vulnerados dois outros princípios igualmente de natureza material, que informam a ordem constitucional brasileira: o que sistematiza e racionaliza a despesa pública e o que sistematiza e racionaliza o regime jurídico dos servidores públicos, sistematização essa deferida pela Constituição da República ao Poder que tem a obrigação de realizar os serviços públicos, e, consequentemente, de editar as normas relativas aos servidores e ao seu regime.

Aliás, o problema do regime jurídico do servidor eleito pela Carta Política Federal está em manifesta consonância com o ligado à despesa pública, especialmente em nossos dias, quando se atribui ao Estado o dever de realizar serviços públicos cada vez em maior número.

Dessa sorte, fácil é compreender que o motivo pelo qual se opôs restrição à iniciativa dos membros do Legislativo no tocante à propositura de leis que envolvem o regime jurídico dos servidores e o aumento de despesas, tais como a que ora se comenta, resulta da intangibilidade dos dois princípios acima enunciados. Realmente, a se admitir que os Deputados legissem através de mero artifício (qual seja denominar "Emenda Constitucional" matéria verdadeiramente ordinária), sobre temas em relação aos quais tanto a Constituição Federal quanto a Constituição do Estado lhes vedam a iniciativa no plano da legislação ordinária, estariam fundamentalmente atingidos os princípios concernentes à racionalização da despesa pública e à sistematização do regime jurídico do servidor público.

Atingidos tais princípios, retornar-se-ia à situação caótica, existente no período anterior às normas constitucionais em vigor e para a solução da qual foram fixadas as diretrizes fundamentais em comentário.

Seria, realmente, surpreendente que, vedada à iniciativa do Legislativo a edição de normas que determinassem simples aumento de vencimento de servidores, se fosse permitir que, através de simples artifício se reconhecesse ao mesmo Legislativo o poder de editar normas, sem qualquer participação do Executivo, capazes de causar um desgaste no erário, provavelmente insuportável, como esta de que agora se cuida e por meio da qual se liberaliza ao funcionalismo do Estado do Rio Grande do Sul a faculdade de substituir o gozo de seis meses de licença-prêmio pelo correspondente numerário.

No caso deste Estado, considerado que mais de setenta por cento do pessoal estatutário conta com mais de dez anos de serviço público, com um número

indeterminado de funcionários com o direito de gozar dois e, até, três períodos de licença-prêmio, é fácil compreender que, na hipótese de vingar tal norma, provável será dobrar-se de um só golpe a despesa com pessoal neste ano.

Por todas estas razões, entende esta Procuradoria-Geral do Estado que a Emenda Constitucional n.º 12, promulgada pela Assembléia Legislativa do Estado, ressentese do vício insanável de inconstitucionalidade, quer formal, quer material, merecendo ser arguida tal inconstitucionalidade perante o Excelso Supremo Tribunal Federal.

Ney Sá
Procurador do Estado

Acolho as presentes Razões da lavra do Procurador do Estado, inembro do Conselho Superior desta Procuradoria-Geral, Doutor NEY SÁ.

Em 19-2-81.

MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

OFÍCIO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO

Porto Alegre, 24 de fevereiro de 1981.

A Sua Excelência
o Senhor Doutor FIRMINO FERREIRA PAZ
DD. Procurador-Geral da República
BRASÍLIA - DF

SENHOR PROCURADOR GERAL:

No exercício do dever indeclinável de zelar pelo cumprimento dos preceitos contidos na Constituição Federal e, bem assim, de defender as prerrogativas e os direitos públicos subjetivos que a mesma Constituição Federal outorga ao Poder Executivo dos Estados-membros da Federação Brasileira, cumpro-me trazer ao conhecimento de Vossa Excelência a promulgação, pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, da Emenda Constitucional n.º 12, de 12 de agosto de 1980, que altera a redação do artigo 99 da Constituição Rio-Grandense, em desacordo com os artigos 13, incisos I (combinado com o artigo 10, incisos IV e VII, "c"), III e V (combinado com o artigo 57, incisos II e V, e artigo 108), 65 e 200 da Constituição da República, motivo pelo qual, com fundamento na Lei Federal n.º 4.337, de 1.º de junho de 1964, submeto a presente arguição de inconstitucionalidade ao douto exame de Vossa Excelência, fundado nas inclusas razões da Procuradoria-Geral do Estado, que adoto como minhas, solicitando seja essa arguição de inconstitucionalidade, por via de Representação, levada ao crivo do Supremo Tribunal Federal, onde espero ver acolhido esse entendimento.

De outra parte, considerado que a aludida Emenda Constitucional encontra-se prestes a ser executada através da Mesa da Assembléia Legislativa, que vem acolhendo, sistematicamente, requerimentos de funcionários desse Poder, por forma a lhes ser deferida a vantagem contida na Emenda em questão, isto é, autorizado o pagamento em dinheiro de períodos de licença-prêmio não gozados, venho solicitar a Vossa Excelência se digne de examinar a possibilidade de pedir ao Excelso Pretório, com fundamento na letra "p", do inciso I, do artigo 119, da Constituição Federal, que determine cautelarmente a suspensão da execução da aludida Emenda Constitucional até que se proceda, no âmbito do Poder Judiciário, ao julgamento de sua constitucionalidade.

Na hipótese, a solicitação dessa providência afigura-se absolutamente indispensável porquanto os prejuízos decorrentes da aplicação dessa Emenda Constitucional, que prevê o pagamento em dinheiro dos períodos de licença-prêmio não gozados pelos funcionários do Estado, caso venha a ser julgada inconstitucional, como se espera, só poderão ser evitados se sua execução tiver sido suspensa por força da medida judicial cautelar invocada. Não é demais frisar a Vossa Excelência que os prejuízos da aplicação da norma objeto de arguição de inconstitucionalidade serão de grande monta e, talvez, até insuportáveis para o erário do Rio Grande do Sul que luta com sérias dificuldades para manter em dia a folha de pagamento dos seus servidores. A execução da medida autorizada pela Emenda Constitucional em causa poderá, até, dobrar essa despesa prevista para o ano em curso, criando situação intolerável para o erário.

Como é do conhecimento de Vossa Excelência o Excelso Supremo Tribunal Federal recentemente teve oportunidade de proclamar o cabimento dessa medida na Representação n.º 1.027, que teve por objeto a arguição de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 10, promulgada pela Assembléia Legislativa de São Paulo em 30 de agosto de 1979, que prescreve um sistema de reajuste automático nos vencimentos do funcionalismo desse Estado.

O acórdão, do qual foi Relator o ilustrado Ministro DJACI FALCÃO, e que data de 24 de outubro de 1979, ostenta esta ementa:

"Cabe medida cautelar de suspensão provisória de Emenda Constitucional impugnada pela via de Representação, quando possa acarretar prejuízo de difícil reparação." (RDA, 138/177).

O caso ora trazido ao exame de Vossa Excelência assemelha-se à questão paulista motivo porque entendo invocável o precedente para o efeito da obtenção da cautela postulada.

Colho a oportunidade para apresentar a Vossa Excelência os protestos de minha mais alta consideração e distinto apreço.

JOSÉ AUGUSTO AMARAL DE SOUZA
GOVERNADOR DO ESTADO

USUCAPIÃO SEM PROVA DE DOMÍNIO PARTICULAR CONTESTAÇÃO *

Odaci Rodrigues França

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DOS
FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pessoa jurídica de Direito Público interno, por seu Consultor Jurídico Infra-assinado, CONTESTANDO ação ordinária de usucapião proposta por JOÃO LOPES DA CUNHA e cessionário IVO EMAR MACIEL SCHMITT, admitido a integrar a relação jurídica por despacho de fls. 77, quer arguir, como argüi, duas preliminares, prejudiciais do mérito, como seguem:

I — PRELIMINARES

a) ILEGITIMIDADE DA AÇÃO

I. A prefacial, atina, sem dúvida, com a **impossibilidade jurídica do pedido**, que o torna totalmente irrito, posto que atualmente, por expressas disposições legais — arrimadas inclusive em preceito constitucional —, não é mais possível usucapir bens públicos, "seja qual for a sua natureza", conforme estabelecem os Decretos federais n.ºs 19.924, de 27.04.31; 22.785 (art. 2º), de 31.05.33; 710 (art. 12, § 1º), de 17.09.31 e Decreto estadual n.º 174 (art. 2º, letra "e", combinado com o art. 7º letras "a" e "b"), de 20.11.40.

Atualmente as ilhas dos rios e lagos públicos interiores pertencem aos Estados-membros e as dos rios e lagos limítrofes com Estados estrangeiros são do domínio da União, conforme se infere do disposto no art. 4º e itens, combinado com o art. 5º da atual Carta Constitucional, alterada pela Emenda 1/69.

Dispõe, com efeito, o art. 5º

"Incluem-se entre os bens dos Estados os lagos em terrenos de seu domínio, bem como os rios que neles têm nascentes e foz, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior" (art. 4º — grifei).

Precedentemente as ilhas, como ensina HELY LOPES MEIRELLES, em Direito Administrativo Brasileiro, 4ª edição págs. 506/7, já tinham seu regime jurídico perfeitamente caracterizado, como de domínio dos Estados-membros **força de preceito constitucional inscrito no art. 64 de Constituição de 1891** que, à semelhança das terras devolutas, atribuiu domínio dos Estados sobre tais porções de terras.

As posteriores Constituições — a de 1934 art. 20, item III; Carta de 1937, arts. 36 e 37, letras "a, b, c"; de 1946, art. 34, itens I e II e, finalmente, o Código de Águas, art. 23, **atribuíam aos Estados-membros e União o domínio das ilhas e terras devolutas**. Reservado à União o domínio somente da porção do território das terras

*Originalmente publicado na RPGE n.º 31, 1981

devolutas — situadas nos Estados — **necessário e indispensável** para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais — as demais porções —, por dispensáveis, foram transferidas aos Estados-membros, mercê do art. 64 da Constituição de 1891 e, entre elas, as ilhas fluviais e lacustres, **desnecessárias aos fins de defesa etc.**

A Carta de 1967, alterada pela Emenda 1/69, **inovou a matéria somente em parte**: partilhou o domínio das ilhas entre a União e os Estados, excluindo os Municípios.

Já na década de 1940, o Decreto Estadual nº 174, pelo art. 2º, letra “c”, combinado com o art. 7º, letras “a” e “b”, seguindo a esteira constitucional, firmava o domínio do Estado sobre tais porções de terras.

Dessume-se, assim, que as **ilhas**, como terras devolutas, tiveram disciplina dominial muito clara: ou pertenciam à União, Estados-membros e Municípios, como pertencem, presentemente, conforme sua situação, à União ou aos Estados-membros, excluídos os Municípios, por expressa partilha constitucional (arts. 4º e 5º da Carta de 1967). E, como bens de domínio do Poder Público, **são inusucapíveis**, posto que sobre eles não se adquire posse “pro sua”, decorrendo daí a primeira prefacial.

L. LIMA STEFANINI, em *A Propriedade no Direito Agrário*, ed. 1978, pág. 64, define as terras devolutas “como sendo aquelas espécies de terras públicas (sentido lato) não integradas ao patrimônio particular, nem formalmente arrecadas ao patrimônio público, que se acham indiscriminadas no rol dos bens públicos por devir histórico-político”.

Assim, não tendo o suplicante, provado nos autos o domínio particular sobre dita porção de terras, objeto da usucapião, são elas do domínio do Estado, por força de preceito constitucional e demais provimentos legais ordinários citados.

Aliás, como se lê de todos os doutrinadores e de farta jurisprudência, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal do Estado, — o domínio do Poder Público se infere por simples exclusão — e, assim, cumpre ao particular provar o seu domínio, não provado, o domínio é do Poder Público.

Não provado que área é de natureza privada, **irrelevante** é a prova de justificação de posse, posto que contra o Estado e seus bens, não se adquire posse aos efeitos da usucapião.

2. Portanto, as terras que se pretende usucapir, por situadas numa das ilhas do Rio Guaíba e não provado o domínio particular, se caracterizam como bens de domínio público e, por isso, insuscetíveis de prescrição aquisitiva.

Todos os administrativistas do País e civilistas de maior expressão, assentam, à unanimidade, ser impossível, atualmente, adquirir domínio, via usucapião, de bens públicos, **mesmo dos dominicais**.

HELY LOPES MEIRELLES, entre todos, o de maior expressão jurídica, enfatiza:

“A imprescritibilidade dos bens públicos decorre como consequência lógica da sua inalienabilidade originária. E é fácil demonstrar a assertiva: se os bens públicos são originariamente inalienáveis, segue-se que ninguém os pode adquirir enquanto guardam essa condi-

ção. Daí não ser possível a invocação de usucapião sobre eles. É princípio jurídico, de aceitação universal, que não há direito contra direito, ou, por outras palavras, não se adquire direito em desconformidade com o direito.

A despeito disso, por longo tempo, lavrou fundo a divergência jurisprudência, até que os Decretos federais nºs 19.924; 22.785 e 710, respectivamente, de 27 de abril de 1931; 31 de maio de 1933, e 17 de setembro de 1938, cortaram a dúvida, reiterando a imprescritibilidade dos bens públicos “seja qual for a sua natureza” (art. 2º do Decreto número 22.785). Hoje é remansosa a jurisprudência nesse sentido, quer do Supremo Tribunal Federal, quer das cortes estaduais”. (Direito Administrativo Brasileiro, 2ª ed., pág. 440).

CLÓVIS BEVILAQUA:

“Os bens públicos, em face do que dispõe o art. 67 do Código Civil, são isentos de usucapião, porque não podem sair do patrimônio da pessoa de direito público, senão pela forma que a lei prescreve, e o usucapião pressupõe um bem capaz de ser alienado livremente”. (Código Civil, 3ª ed., vol. 1, pág. 295).

PONTES DE MIRANDA:

“Todos os bens públicos (art. 66, I, III) são hoje, inalienáveis e inusucapíveis. Contra quem alega tê-los adquirido basta que a entidade de direito público alegue e prove ser bem público. Não é preciso que alegue e prove ser bem público. Não é preciso que alegue e prove ser de uso comum, porque bens públicos de uso especial e dominicais, também são inalienáveis e inusucapíveis”. (Tratado de Direito Privado, t. II, pág. 142).

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

“... Quanto aos patrimoniais, levantou-se dúvida sob a inspiração de Spencer Vampré, que logo se transformou em corrente favorável à tese do usucapião, sob a alegação de que, sendo eles passíveis de alienação na forma que a lei prescrever, poderiam ser adquiridos pela posse prolongada, uma vez que o usucapião é forma de alienação prescrita em lei. O parecer fez carreira, não obstante contrariado por CLÓVIS BEVILAQUA, e encontrou guarida nos tribunais. Sentindo a instabilidade que tal doutrina gerava para os bens públicos, veio o Decreto nº 19.924, de 27 de abril de 1931, com força de lei por ser baixado no período em que o chefe do Executivo acumulava as funções legislativas, e, posteriormente, o Decreto nº 22.785, de 31 de maio de 1933, encerrou a questão anunciando em caráter absoluto, no art. 2º: “Os bens públicos, seja qual for a sua natureza,

não são sujeitos a usucapião". Não obstante o caráter liberal daquela tendência, e segundo o argumento de BEVILACQUA, a lei se lhe opõe, acrescentando o mestre que o interesse social deve militar contra a teoria suscitada por VAMPRE, uma vez que os bens públicos, como patrimônio coletivo, não se devem achar expostos ao risco desta apropriação particular, tanto mais grave quanto maiores as dificuldades de fiscalização em país extremamente vasto e dotado de regiões mas povoadas". (Instituições do Direito Civil, vol. IV, ed. 1970, pág. 113).

Convém referir, por derradeiro, os precisos e claros termos da SÚMULA nº 340 e art. 200 do DECRETO-LEI nº 9.760, de 05.09.1946.

"Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião". (SÚMULA 340).

"Os bens imóveis da União, seja qual for a sua natureza, não estão sujeitos a usucapião" (art. 200), princípio aplicável aos bens dominicais de domínio dos Estados-membros.

3. Dessume-se, assim, dos ensinamentos dos melhores juristas do País e do precedente jurisprudencial Sumulado (art. 479 do CPC), **a total impossibilidade jurídica do pedido, cujo efeito é a inépcia da inicial por carência ou ilegitimidade da ação.**

E.D. MONIZ DE ARAGÃO conceitua a possibilidade jurídica como sendo a "existência, dentro do ordenamento jurídico, de um tipo de providência, tal como o que se pede".

E prossegue:

"Sendo a ação o direito público subjetivo de obter a prestação jurisdicional, o essencial é que o ordenamento jurídico não contenha uma proibição ao seu exercício; aí, sim, faltarão a possibilidade jurídica. Se o caso for de ausência de um preceito que ampare, em abstrato, o pronunciamento pleiteado pelo autor, ainda não se estará, verdadeiramente, em face da impossibilidade jurídica. Assim ocorre com o exemplo clássico da cobrança da dívida de jogo, a cujo respeito existe um declarado veto da lei. A possibilidade jurídica, portanto, não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico; que torne o pedido viável em tese, mas isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável. **Se a lei contiver um tal veto, será caso de impossibilidade jurídica do pedido; faltarão uma das condições da ação**" (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II, págs. 435/6).

J.J. CALMON DE PASSOS, discorrendo sobre a inépcia da inicial,

decorrente de defeitos vinculados à causa de pedir e ao pedido adverte:

"(...) aquela a que faltou o pedido ou a causa de pedir; ou aquela na qual da narração dos fatos não decorre logicamente a conclusão; ou a em que o pedido é juridicamente impossível, ou incompatível com outro ou outros pedidos formulados cumulativamente (...). Também determina a inépcia a falta da causa de pedir. Realmente, faltando a causa de pedir, faltarão a enunciação do fato jurídico sobre o qual assenta o autor a sua pretensão. Recordemos, aqui, o que já foi dito: causa de pedir, título ou "causa petendi" outra coisa não é que o fato constitutivo do direito do autor e o fato constitutivo da obrigação do réu." (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, pág. 200, nº 118).

ARRUDA ALVIN

"Assim, se o autor objetiva pela ação uma providência jurisdicional, para a qual não existe previsão legal no ordenamento positivo, é necessariamente inepta a petição, pois não poderá atingir os seus objetivos; e isto é verificável, desde logo, "in limine", se evidente a ausência de previsão jurídica, em abstrato, da providência solicitada (pág. 317)... o que legitima o uso do direito de ação é a previsão, no ordenamento jurídico, embora abstratamente, da juridicidade embasadora da pretensão de quem usa do processo". (Código de Processo Civil comentado, vol. I, pág. 318).

b) NULIDADE DECORRENTE DA FALTA DE CONSENTIMENTO DA MULHER DO A.

4. É de observar-se, por derradeiro, que o autor está em juízo **sem o consentimento da mulher**, necessário e indispensável face ao disposto no art. 10 do CPC. CELSO AGRÍCOLA BARBI, em comentários sobre a indispensabilidade do consentimento ensina:

"O artigo regula a legitimação para a causa quando a pessoa for casada; no caput estão as normas acerca das ações a serem propostas por essas pessoas; no parágrafo, as referentes às ações que forem propostas contra elas., e prossegue: **A falta de consentimento de um cônjuge ao outro, para as ações acima examinadas, invalida o processo**" (págs. 133/7).

Casado o autor é obrigatória a citação da mulher (art. 10), **nulo é o processo por descumprimento de formalidade essencial e indispensável, que não mais pode ser convalidada**, contestado o pedido.

A jurisprudência não dissente do magistério do mestre, como se vislumbra dos

ACÓRDÃO da 3ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE ALÇADA, Apel. 17.758, em Julgados, vol. 27, págs. 292/3 e 2ª CÂMARA CÍVEL, Apel. 12.698, em Julgados, vol. 21, pág. 363.

5. Afloradas tais nulidades, espera o Estado do Rio Grande do Sul, arrimado nos formentos acima deduzidos, ver acolhidas as prefaciais para se decretar o indeferimento da inicial — por força de inépcia —, sem julgamento de mérito — medida que requer ao amparo do art. 295, parágrafo único, item III, do Código de Processo Civil.

II — NO MÉRITO

6. Como já se disse alhures — não provado o domínio particular sobre a área que se pretende usucapir, nem seu desmembramento dos bens da nação, através de Sesmarias ou Legitimação de Posse, —, o bem é público — por força de preceitos de ordem Constitucional e ordinários, já citados.

Convém, sobre a assertiva, a dirimir possíveis dúvidas, pequena digressão histórica: a princípio, todas as terras do Brasil eram públicas em virtude da posse de Pedro Álvares Cabral, tomada em nome e para o domínio do Rei de Portugal.

Tanto é exata a afirmativa, que a Constituição Imperial de 1826, fala somente em bens do Imperador (art. 115), sem qualquer referência ao território da nação, que era da Coroa Portuguesa: assim, o território colonial, do começo, foi vasta fazenda da Coroa. Essa real fazenda passou ao domínio nacional com a Independência e, por força do art. 64 da Constituição Federal de 1891, vieram as "devolutas" a pertencer aos Estados-membros de sua situação.

L. LIMA STEFANINI, em propriedade no direito agrário, ed. 1978, ensina:

"A História do Brasil nos relata fato que se tornou notório: Pedro Álvares Cabral tomou posse da nova terra em nome do Rei de Portugal. Este marco veio ratificar o domínio que já anteriormente havia se estabelecido e firmado: e, "ipso facto", passaram estas terras a integrar particularizadamente o patrimônio público da Coroa portuguesa". (Pág. 30).

Na primeira metade do Século XVI, iniciou-se o processo de desmembramento, via das sesmarias, cartas de dadas e legitimação de posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, como se infere dos termos da Lei nº 601, de 18.09.1850, que proibiu cessão gratuita, regulamentada pelo Decreto nº 1.318, de 30.01.1854, primeiros provimentos ordenados sobre a disciplina das terras no Brasil.

Da histórica e citada legislação (Constituições), resulta claro que o Estado está livre de provar domínio — que é "pleno iure" —, o que não acontece com o particular: **que deve provar que sua área foi legitimamente adquirida ou desmembrada do patrimônio público** — em algum tempo — por título idôneo, salvo ainda, **prescrição imemorial** ou "praescriptio longissimi temporis", consumada antes do advento do Código Civil, em vigor em 01.01.1917.

No que toca à área descrita na inicial, inexistente nos autos qualquer certidão imo-

biária atribuindo seu domínio a particulares. Ao contrário, informa o autor que "o Oficial do Registro de Imóveis, Dr. SINVAL SALDANHA, **em escrito fundamentado**, porém, negou tal registro, não considerando o documento revestido das formalidades próprias e mesmo o considerando impróprio...." (grifei).

7. Assim, desvestida é a pretensão do autor aos efeitos da usucapião: falta-lhe requisito fundamental: **a posse animus domini**.

Sem posse não pode haver usucapião: ela é o mais importante dos elementos da ação, o que lhe serve de base.

A posse para se usucapir há de ser posse própria, não posse consentida, precária, meramente do uso, como a do A.

A condição de permanência, meramente consentida, assemelha a sua posse a dos casos previstos no art. 168 do Código Civil, que impedem qualquer pretensão prescritiva.

Sendo o autor e anteriores ocupantes, como refere a inicial, meros cessionários, não têm posse aos efeitos de gerar a prescrição aquisitiva, porque **a posse jurídica** não ensancha o fundamental requisito da usucapião, **que é a posse própria, posse como de dono**.

Esclarece OROZIMBO NONATO:

"O poder de fato que o particular exerça sobre bens do Estado não se eleva dentro do sistema da lei brasileira, à categoria de posse: falta-lhe, porém, o elemento negativo a que se refere IHERING e que degrada a relação exterior a simples detenção" (RF 64/273 e RDA 83/194).

Finalmente, não provado o domínio particular do autor e anteriores ocupantes, **irrelevante** é o fato da "**accessio possessionis**", mormente quando verificada após o advento dos Decretos Federais nºs 19.924 e 22.785, promulgados e publicados, respectivamente, a 27 de abril de 1931 e 31 de maio de 1933, que foram editados especialmente para dirimir certas dúvidas de Tribunais de inferior instância, que admitiam a usucapião dos chamados bens dominicais, mesmo após a vigência do Código Civil.

Nem refere, ademais, a inicial de que data é a posse do requerente, de que calendário passou a fluir: verificado, por exemplo, que é (posse) posterior ao advento dos Decretos federais nºs 19.924, de 27.04.1931 e 22.785, de 31.05.1933 (art. 2º) é imprestável aos efeitos da prescrição aquisitiva, **posto que tais diplomas fecharam questão em relação a inadmissibilidade de usucapir bens públicos, mesmo os dominicais**.

Neste particular convém reproduzir parte do voto do eminente Ministro LUIZ GALOTTI; proferido no julgamento de RE nº 71.298 — Decisão do Plano de STF — autor, a pedido do Ministro BENTO DE FARIA, do texto do Decreto federal nº 22.785/33:

"Considerando ainda que, embora no direito pátrio, os bens públicos, mesmo os dominicais, já sejam insuscetíveis de usucapião, a circunstância de se terem manifestado, em contrário, algumas opiniões, torna conveniente que o legislador volte a reafirmar esse princi-

pio, que é de ordem pública." (Rev. Trim. de Jurisp. vol. 61, t. II, pág. 454).

Do mesmo sentir OROZIMBO NONATO:

"A doutrina do Código Civil sofreu, por vezes, interpretação contrária ao seu espírito, — tanto por parte de alguns juristas, como por certos julgados dos nossos Tribunais. Mas o decreto federal nº 22.785, de 31 de maio de 1933, art. 2º, dissipou, definitivamente, as dúvidas, que essas opiniões e essa jurisprudência suscitaram. Segundo esse texto "os bens públicos, seja qual for a sua natureza", não são sujeitos a usucapião. Trata-se de norma interpretativa da legislação anterior, e que, portanto, nada inovou sobre a matéria (RDA, vol. 28, pág. 225).

8. Renomados civilistas, de outra banda, inadmitem **posse**, aos efeitos da usucapião, dos bens públicos dominicais, após o calendário de vigência do Código Civil (01 de janeiro de 1917), entendimento que modestamente adotamos.

PONTES DE MIRANDA:

"Todos os bens públicos somente podem ser alienados se a lei o permite e segundo ela o permite (Supremo Tribunal Federal, 20 de abril de 1933, Revista dos Tribunais, 106, 820) ... são insuscetíveis de apropriação, de sorte que a sua posse — entenda-se — a posse dos bens de uso comum ou de uso especial e a posse própria dos dominicais — não se pode adquirir por particulares". (Tratado, vol. 2º, pág. 142/3).

LAFAYETTE R. PEREIRA:

"Não basta que o direito seja em si prescritível: é ainda mister que a coisa corpórea a que se refere possa também ser prescrita. **Que importa que alguém, por exemplo, pratique atos de senhor e possuidor sobre um imóvel de uso público, se nunca lhe adquirirá o domínio?** (Direito das Coisas, 6ª ed. pág. 170 — grifei —).

L. LIMA STEFANINI:

"Enquanto integrantes do domínio das entidades de direito Público, e como terras públicas são, enquanto permanecerem com o caráter de **devolutas**, estas terras serão inalienáveis, indisponíveis e **imprescritíveis**, à semelhança das "res communi" (praças, bosques, ruas, estradas, etc.). Portanto, incorrem em imperdoável erro os textos hodiernos e os doutos, quando fraseiam que as terras devolutas são alienáveis. São, sim, disponíveis e alienáveis, como proprieda-

des públicas patrimoniais, as terras públicas, "stricto sensu"; terras que já integraram o patrimônio privado da União, dos Estados e Municípios. Terras devolutas são bens públicos não conhecidos pela ordem jurídica privada, mas que são de domínio público por de vir histórico-político e tradição pública. Assim, o Direito Público assegura a propriedade e o Direito Comum a rege, sendo em relação ao Direito Comum, as terras devolutas indisponíveis (obra citada, pág. 78).

Assim, não se pode falar de pretensão usucapível, quando a posse é meramente direta, "**ad interdicta**", que não se confunde e é totalmente distinta do suporte fático da posse "**ad usucapionem**".

9. Sendo o autor, mero ocupante, não tem posse aos efeitos de gerara prescrição aquisitiva, **porque a posse jurídica não ensancha o fundamental requisito da usucapião**, que é a posse própria, posse como de dono.

10. Assim, face a vedação contida nos arts. 66, inc. III e 67 do Código Civil, com a interpretação das normas dos Decretos federais citados, mormente o de nº 22.785 e, mais recentemente, o de nº 9.760, de 05.09.1946 (art. 200), quem não usucapiu até 1917, ano de vigência do Código Civil, não pode contar o tempo posterior aos efeitos da usucapião.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL o afirmou várias vezes, antes e depois do Código Civil: a usucapião de posse imemorial era admissível, mas esse prazo deveria ter ocorrido antes do advento da lei substantiva.

11. Constituído a **essencialidade da usucapião**: a prescrição aquisitiva e o fato da posse, — não de qualquer posse — quem é mero detentor da coisa — "a nom domino" — não pode pretender sentença declaratória de direito inexistente, posto que não se adquire direito contra direito — como já disse HELY LOPES MEIRELLES — mormente quando é contra-posto a direito do Estado, visto que seus bens, mesmo os dominicais, são inusucapíveis.

Impossível é assim a pretensão à sentença declaratória de usucapião.

III — PARQUE ESTADUAL DO DELTA DO JACUI

12. O Governo do Estado, **ciente** de seu domínio das glebas de terras das ilhas do Delta do Jacuí — não provado o domínio particular — preocupado com a investida imobiliária gananciosa e desenfreada, que se pretendia sobre as referidas ilhas, responsáveis, ainda, pela manutenção de uma das últimas áreas verdes próximas à parte mais edificada e povoada da capital; de um imenso e único filtro natural, colocado na abertura dos rios, fatores imprescindíveis à manutenção da potabilidade, já bastante ameaçada, das águas do Guaíba, única fonte atual de abastecimento de água potável; considerando que oferecem ainda, condições básicas para propiciar lazer à população da Capital; que constituem terrenos cotados, atualmente, como de alta produtividade biológica, ao mesmo tempo que representam ecossistemas frágeis e de características

peculiares, objetivando sua proteção, **editou** o Decreto estadual nº 24.385 (anexo), criando o Parque do Deita do Jacuí, disciplinando usos e funções das referidas áreas, tratando agora de implantar um plano Diretor, capaz de proteger em definitivo tais áreas.

DO EXPOSTO, reiterando as preliminares argüídas, espera o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL — também por razões de mérito —, recebida a contestação, ver julgada improcedente a ação, condenando-se o autor a todas as demais cominações de direito.

Protesta-se por todo gênero de provas em direitos admitidas, especialmente testemunhal, documental e pericial.

PORTO ALEGRE, 20 de dezembro de 1978.

SENTENÇA

VISTOS:

I — JOÃO LOPES DA CUNHA, qualificado na inicial — juntando posteriormente outorga uxória — ajuizou ação de usucapião de “um terreno, sem benfeitorias, no bairro Arquipélago, Ilha da Pintada, primeiro distrito de Porto Alegre, em perímetro urbano...”, narrando ser herdeiro-filho de Velocino Antônio da Cunha, antigo possuidor do imóvel, e cessionário de todos os direitos hereditários dos demais sucessores daquele possuidor, a cuja posse acedeu a sua. Velocino adquiriu o terreno de anterior possuidor, Anarolino José Rodrigues que, por sua vez, o houvera por compra e venda de Alexandrina Peixoto da Silva, negócio realizado em 1905, confirmado em 1910, data em que foi pago o respectivo imposto de transmissão.

Desde então, por si e por seus antecessores, vem o autor possuindo a gleba, mansa e pacificamente, sem oposição nem interrupção, com ânimo de dono, motivos pelos quais faz jus à declaração de seu domínio, adquirido por usucapião extraordinário, a fim de legalizá-lo mediante a expedição do competente mandado de transcrição.

Iniciada a lide em vara cível, à data da audiência de justificação compareceu o representante do Estado do Rio Grande do Sul e alegou ser o imóvel bem público, levando o juízo a declinar da sua competência em favor deste juízo fazendário.

Recebidos aqui os autos, procedeu-se e julgou-se justificada a posse alegada. Na oportunidade, habilitou-se no feito IVO EMAR MACIEL SCHMIDT como cessionário dos direitos possessórios do casal demandante, pleiteando a substituição processual dos autores. Denegada esta, vista a oposição do Estado, foi o cessionário admitido como assistente litisconsorcial. A decisão originou agravo, retido nos autos.

Procedidas que foram todas as citações e intimidades de lei, contestou a ação o Estado forte no argumento de que, segundo normas constitucionais brasileiras, desde a Constituição de 1891, as ilhas dos rios interiores dos Estados a estes pertenciam, como bens públicos. Por isso, os imóveis situados na Ilha da Pintada, integrante do delta do rio Jacuí, são inalienáveis e insuscetíveis de usucapião. Daí a impossibilidade jurídica do pedido.

Doutra parte, considerando-se a natureza devoluta do imóvel objeto da ação, também por isso é ele bem público estadual, pois o demandante jamais provou tivesse o imóvel sido incorporado ao patrimônio particular. Tal condição leva outrossim à imprescritibilidade do direito do contestante.

Criticando finalmente os requisitos possessórios apresentados pelo postulante, pede a contestação a improcedência da ação.

A resposta foi rebatida pelo autor, que assevera fazer a Ilha da Pintada parte da planta urbana da Capital do Estado, local onde inúmeros imóveis se acham transcritos regularmente, não sendo justo permaneça desprotegido o interesse do demandante. O Estado tardou em defender seu domínio, permitindo que os terrenos do bairro Arquipélago deixassem de ser devolutos e passassem a integrar a esfera jurídica de particulares, que nele edificaram e residem. Cita a posse remontada ao ano de 1905, anterior ao Código Civil, e insiste no atendimento de sua pretensão.

Sobre o processo manifestou-se o órgão do Ministério Público, opinando pela imprescritibilidade dos bens públicos.

Sanada irregularidade decorrente da ausência inicial de outorga uxória, sem provas a produzir em audiência, vieram os autos conclusos apenas com a realização dos debates orais (folhas 122v/1 23).

II — A posse do autor, por si e por seus antecessores, é desprovida de qualquer titulação. Muito embora fale a inicial em escritura de compra e venda, lavrada em 1905 por instrumento particular, e em pagamento de cisa em 1910, tais assertivas ficaram órfãs de qualquer adinículo probatório. É verdade que as testemunhas da justificação atestam posse do requerente e, antes, de seu pai Velocino Antônio da Cunha, somando mais de 50 anos. Mas a tanto se limita a prova trazida pelo demandante.

Como é indiscutido e resulta de normas constitucionais iterativamente expressas, as ilhas dos rios navegáveis constituem bens públicos estaduais desde a Constituição Federal de 1891. E, constituindo tais bens, no caso da Ilha da Pintada, patrimônio público dominical, sempre se o considerou inalienável, ressalvada expressa autorização de lei. Segundo hoje é pacífico, pelo menos a partir de 1933, os bens públicos de qualquer natureza são insuscetíveis de usucapião.

Para que vicejasse a tese da inicial, mister seria convencesse o autor da privatização do imóvel, em algum momento de sua história. Como é sabido, desde o advento da Lei nº 601, de 1850, e seu Regulamento, de 1954, a discriminação das terras públicas e privadas obedeceu a normas legais expressas. Admitiu-se a aquisição por usucapião, em caso de posse mansa e ininterrupta por mais de 40 anos, antes da vigência do Código Civil. E, mesmo depois do advento deste diploma de direito substantivo, no atinente aos bens públicos dominiais, aceitou-se pudessem ser adquiridos por usucapião, uma vez que os requisitos da prescrição aquisitiva tivessem consumado antes do Decreto nº 22.785, de 31.05.1933.

Assim, ou o imóvel estava juridicamente titulado (sesmaria revalidada, posse legitimada ambas fundadas em títulos anteriores ao Regulamento de 1854, ou o interessado obtinha titulação pela prova de prescrição **longissimae temporis**. Caso contrário, o imóvel continuava do domínio público, nos termos dos artigos 65 e 66, do Código Civil. E desta maneira ocorria porque o domínio público nunca dependeu de registro ou transcrição.

As terras brasileiras têm sua situação dominical inicialmente restrita à Coroa Portuguesa e, posteriormente, ao Império do Brasil. Sua privatização iniciou-se pela concessão de sesmarias, outorgadas pelos capitães-donatários, pelos governadores-gerais e, depois de 1808, com o deslocamento da metrópole para o Rio de Janeiro,

pelo Rei e pelo Imperador. De acordo com a Lei nº 601, de 1850, e seu Regulamento, de 1854, bem assim conforme a legislação posterior, prescritas restaram as modalidades de aquisição do domínio de terras pelos particulares. E a única dessas modalidades que independia de título era o usucapião.

Todas as terras não privatizadas e sobre as quais deixou de incidir a posse **ad usucapionem** antes do Código Civil, incluídas restaram naquelas contempladas no artigo 64, da Constituição de 1891. Desde então e apenas quanto aos bens públicos dominicais, admitiu-se aquisição particular por usucapião, dès que seus requisitos estivessem implementados antes de 1933.

Na espécie, a prova trazida pelo demandante não convence este juízo do preenchimento dos requisitos possessórios a tempo de excluir a imprescritibilidade geral do Decreto 22.785/33. Nenhum documento trouxe ele em prol da afirmação de posse antiga, deixando **in albis** a convicção defluente da afirmativa de que dispunha de escrito particular e prova de recolhimento de cisa em 1905 e 1910, respectivamente. As testemunhas ouvidas referem, efetivamente, posse antiga. Mas, data vênua, sem a segurança necessária à formação de convencimento relativo à privatização do domínio do bem usucapiendo. Fosse o bem particular, até se poderia valorizar melhor a prova testemunhal. Em se tratando, porém, de bem público por definição constitucional, aquela prova se deveria mostrar mais escorreita, segura e pormenorizada. Referências vagas a posse de mais de 50 anos (fls. 73) ou desde a infância do depoente (fls. 74), considerando que a inquirição das testemunhas se deu em 1978, não comprovam posse **ad usucapionem** completada antes de 1933.

III — Por todo o exposto, absorvidas as preliminares da contestação no exame do mérito da causa, julgo a ação improcedente e condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 20% do valor dado ao feito na inicial, atendida sua reduzida expressão pecuniária e tendo em conta a demorada tramitação da lide.

Sendo a assistência admitida de caráter litisconsorcial, a sucumbência será suportada também pelo assistente, no equivalente a 40% do seu total, tocando o resto (60%) ao demandante.

Intimem-se.

Ivo Gabriel da Cunha
Juiz de Direito

PORTO ALEGRE, 2 de março de 1981.

CRÉDITO FISCAL DO ICM EM OPERAÇÃO ISENTA: CONTESTAÇÃO*

Rejane Brasil Filippi

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA
FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos da ação declaratória que lhe move QUAKER PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA., vem, em contestação, dizer a Vossa Excelência o seguinte:

1. Trata-se de ação proposta por adquirente de matéria-prima isenta, importada do exterior, pleiteando o crédito do imposto (ICM) que sobre ela incidiria não fosse o favor fiscal quando o produto final industrializado é tributado.

2. Da análise da inicial, conclui-se que a argumentação fundamental é no sentido de que a proibição do crédito importa na violação do princípio constitucional da não-cumulatividade do ICM.

3. Na forma do artigo 23, II, da Constituição Federal, segundo a Autora, a não-incidência do imposto por ocasião da entrada da matéria-prima (aveia) no estabelecimento importador — por força da isenção — não suprime o crédito fiscal correspondente, que deverá ser atribuído àquela operação isenta como se realmente os tributos tivessem sido pagos.

Esta interpretação é incompatível com o dispositivo citado cuja redação é a seguinte:

"Art. 23 — Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II — operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por produtores, industriais e comerciantes, impostos que não serão cumulativos e dos quais se abaterá, nos termos do disposto em lei complementar, o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado."

O dispositivo constitucional, além de ser explícito ao definir o sujeito passivo do ICM e consagrar o princípio da não-cumulatividade do imposto, contém uma autorização: ao legislador cabe escolher qualquer estágio circulatório e tributar uma ou algumas fases, apenas. No entanto, o exercício desta opção legislativa não implica em crédito a ser considerado, pois a não-incidência do imposto em determinado estágio circulatório, suprime o crédito fiscal nos posteriores como a seguir se procurará demonstrar.

*Originalmente publicado na RPGE nº 32, 1982

I. ATRIBUIÇÃO DE CRÉDITO DE ICM PARA OPERAÇÃO ISENTA — INADMISSIBILIDADE

4. A norma tributária, como qualquer norma jurídica, contém hipótese, mandamento e sanção: o comando só é obrigatório para as pessoas contempladas na hipótese legal e atua no momento em que se configura o fato ou estado de fato nela previsto.

5. Ocorrendo hipótese de **isenção**, a norma jurídica de tributação não incide, à falta de elemento essencial à composição e integração de sua hipótese de incidência.

O Professor SOUTO MAIOR BORGES, em parecer anexo, decompõe, pela análise jurídica, as normas tributárias que na sua generalidade descrevem hipóteses de incidência do ICM, nos seguintes elementos, todos essenciais à composição de seu suporte:

a) âmbito material de validade;

b) âmbito pessoal de validade (constituído pelos contribuintes do ICM, ou seja, produtores, industriais e comerciantes ou pessoas a estes equiparados por lei complementar);

c) âmbito territorial de validade;

d) âmbito temporal de validade.

No caso da isenção, está afetado, o aspecto mais importante e decisivo da hipótese de incidência, que é o **material**. É o elemento que, segundo o Professor GERALDO ATALIBA:

"Contém a designação de todos os dados de ordem objetiva, configuradores do arquétipo em que ela (h. i.) consista; é a própria consistência material do fato ou estado de fato descrito pela h. i." (Hipótese de Incidência Tributária, Ed. Revista dos Tribunais, p. 111).

O aspecto material permite a caracterização e individualização da norma em função de todas as demais hipóteses de incidência.

6. No artigo 1º, II, do Decreto-lei nº 406/68, está expressa a seguinte norma jurídica de tributação:

"Art. 1º — O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias tem como fato gerador:

II — a entrada, em estabelecimento comercial industrial ou produtor de mercadoria importada do exterior pelo titular do estabelecimento;"

Por outro lado, a norma isencional (Decreto-lei nº 406, artigo 1º, § 4º, V) dispõe que:

"Art. 1º — Ficam isentas do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias:

V — as entradas de mercadorias, importadas do exterior, quando destinadas à utilização, como matéria-prima em processo de industrialização em estabelecimento importador, desde que a saída dos produtos industrializados resultantes fique efetivamente sujeita ao pagamento de imposto."

O último dispositivo contém, como se verifica, outros elementos na composição de sua hipótese de incidência, que o distinguem da norma do artigo 1º, II, antes mencionado.

Assim, introduziram-se na norma de isenção duas condições restritivas ao fato gerador do imposto na entrada de mercadorias importadas do exterior no estabelecimento do importador:

I) destinação das mercadorias (a serem utilizadas como matérias-primas em processo de industrialização);

II) a saída dos produtos industrializados resultantes será necessariamente tributada.

9. A ausência destes elementos na h. i. da regra jurídica de tributação, do artigo 1º do Decreto-lei nº 406/68, faz com que não ocorra a sua incidência no caso da aquisição de matérias-primas importadas pela A. destinadas precipuamente a utilização em processo de industrialização, e cujas saídas são necessariamente tributadas.

A realização da hipótese de incidência da regra jurídica de tributação não ocorre, inexistindo, dest'arte, relação jurídica tributária.

Realiza-se, de outro lado, isto sim, a hipótese de incidência da regra jurídica de isenção, o que faz com que tal regra incida justamente para negar a existência da **relação jurídica tributária**.

E nem se argumente, ao lado de tradicional e superada doutrina, que a norma isencional opera apenas como desconstituente daquela preexistente relação tributária que atribui ao sujeito passivo a obrigação de pagar o tributo:

"Na verdade, não existe relação jurídica anterior e respectiva obrigação tributária que seriam desfeitas pela incidência da regra jurídica de isenção. Para que pudesse existir aquela anterior relação jurídica tributária, seria indispensável que, antes da incidência da regra jurídica de isenção, houvesse ocorrido a incidência da regra jurídica de tributação. Porém, esta nunca chegou a incidir porque faltou, ou excedeu, um dos elementos da composição da sua hipótese de incidência, sem o qual ou com o qual, ela não se realiza. Ora, aquele elemento faltante, ou excedente, é exatamente o elemento que entrando na composição da hipótese de incidência da regra jurídica de isenção, permitiu diferenciá-la da regra jurídica de tributação, de modo que aquele elemento sempre realizará uma única hipótese de incidência: a da isenção, e desencadeará uma única incidência: a da regra jurídica da isenção, cujo efeito jurídico é negar existência da relação jurídica tributária. A regra jurídica de isenção incide para que a de tributação não possa incidir." (Teoria Geral do Direito Tributário, ALFREDO A. BECKER, Ed. Saraiva, 2ª ed., p. 277).

EFEITOS DA INCIDÊNCIA

11. A lei tributária descreve hipoteticamente certos fatos ou estado de fato, ou conjunto de circunstâncias de fato, definindo-lhe os caracteres, para o fim de criar uma hipótese de incidência.

Quando ocorre concretamente no tempo e no espaço um fato revestido de todos os requisitos essenciais, de modo a corresponder rigorosamente à descrição prévia e hipotética contida na lei, surge o fato imponible, ou fato gerador da obrigação tributária.

O fenômeno da incidência da norma tributária se desencadeia, portanto, quando se realizam todos os fatos nela previstos e que formam a composição específica àquela hipótese de incidência. Somente após a incidência da regra jurídica "é que ocorre a irradiação dos efeitos jurídicos, os quais consistem nas consequências (ex.: relação jurídica e seu conteúdo de direitos, dever, etc.), predeterminados pela regra que, juntamente com a hipótese de incidência, compõe a estrutura lógica da regra jurídica". (ALFREDO BECKER, ob. citada, p. 290).

12. Os fatos concretamente ocorridos: entrada no estabelecimento da Autora de matérias-primas importadas do exterior, destinadas à industrialização, sob a condição de serem tributadas as saídas respectivas, não correspondem à configuração legal contida no artigo 1º, II, do Decreto-lei nº 406/68, o qual, por tal motivo não incide, como já foi enfatizado. Constituem suporte fático, isto sim, da regra jurídica isencional, cuja incidência atraíram.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

13. É do fato imponible (ou fato gerador) que reproduz na realidade concreta o retrato abstrato traçado na norma jurídica, que nascem as obrigações tributárias. Cada fato imponible determina o nascimento de uma obrigação tributária, afirma GERALDO ATALIBA. É a ele que "a lei atribui a consequência de determinar o surgimento da obrigação tributária concreta" (ob. citada, p. 68).

14. Neste sentido, pode-se afirmar, mais uma vez, no caso dos autos, que não houve incidência da norma de tributação sobre as operações de importação realizadas pela Autora. Isso significa que não ocorreu para a Quaker o fato jurídico tributário, ou fato gerador, definido no artigo 114 do CTN como "sendo a situação descrita em lei como necessária e suficiente à ocorrência da obrigação tributária".

15. Em síntese: da isenção não nasce obrigação tributária alguma, decorrência do fato jurídico tributário (fato gerador) irrealizado, jamais ocorrido. E não há porque a norma de tributação, na ausência de elemento essencial à integração de sua hipótese de incidência, não incidiu, dela não se irradiando efeitos.

16. Estes aspectos são salientados por JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES (no parecer anexo) que, a partir da ausência de obrigação tributária para o isento, conclui pela

impossibilidade de a isenção gerar crédito tributário:

"A isenção é havida pelo CTN, art. 175, I, como causa de exclusão do crédito tributário, precisamente porque este nada mais é do que um direito-reflexo da obrigação tributária. Significa afirmar que é da obrigação tributária, dever jurídico de pagar o tributo, que decorre o direito subjetivo de crédito do fisco. É nesse sentido que o dever jurídico (obrigação tributária) vem em primeiro plano e o direito subjetivo (crédito tributário) dele é apenas um reflexo ou, na linguagem do CTN uma "decorrência" (art. 139). Ora, nas hipóteses de isenção, não há, ao contrário do que ensina a doutrina tradicional, obrigação tributária alguma. Entre outros motivos porque o não-pagamento do tributo pelo isento, conduta oposta a prestação do tributo, não figura na lei tributária entre as condições para a aplicação de um ato coativo a título de sanção. Não é possível o estar-se obrigado a um determinado comportamento, quando o comportamento oposto não é um pré-requisito para a aplicação de uma sanção qualquer. Por isso mesmo, a isenção somente poderá gerar crédito simbólico ou, mais precisamente, crédito fictício. Mas, na imprevisão efetiva deste pela legislação competente, não será possível ao intérprete e aplicador da lei atribuí-lo porque, assim o fazendo, estaria extrapolando os limites do princípio da legalidade. E, se não há obrigação nas hipóteses de isenção tributária, muito menos poder-se-á considerar seja o tributo devido. Não haverá, nos casos de isenção, débito tributário de espécie alguma."

O mesmo pensamento é enfatizado pelo tributarista em obra anterior:

"Concluindo, no sistema do Código Tributário Nacional pode haver obrigação tributária sem crédito tributário, porém não pode haver crédito tributário sem obrigação tributária.

Nestas condições, indissociáveis crédito e obrigação, a exclusão do primeiro importa, obrigatoriamente, na exclusão da segunda. Ou, noutros termos, excluído o crédito, automaticamente é excluída a obrigação." in "Isenções Tributárias", Sugestões Literárias, 1969, pág. 168.

ISENÇÃO E DIREITO SUBJETIVO DE CRÉDITO DO ICM

17. Quando o artigo 23, II, da Constituição Federal coloca o princípio da não-cumulatividade, procura estabelecer o modo de assegurar-lhe a efetividade através do sistema de abatimento débito-crédito.

Além da relação jurídica tributária o dispositivo contém uma relação obrigacional que tem como sujeito ativo o contribuinte e passivo o Estado. O crédito decorrente da segunda relação, tem como vocação constitucional o pagamento do ICM.

No caso da isenção, esta figura situa-se fora do âmbito material de validade do

artigo 23, II, da CF, precisamente porque esta norma constitucional tributária só determina o abatimento do ICM, quando se trata de imposto devido nas operações antecedentes. Somente, pois, é dedutível para o efeito de crédito do ICM, imposto devido.

18. E, como já se enfatizou, imposto devido é consectário de uma obrigação tributária nascida em razão da ocorrência do fato gerador. Como no caso, não há obrigação tributária, nem imposto devido, ou pago, não há crédito do ICM a ser deduzido pela demandante, do imposto incidente nas operações que determinam as saídas de produtos industrializados de seu estabelecimento.

A conclusão que se impõe, portanto, é a de que a isenção do imposto na operação antecedente significa inexistência de crédito a ser deduzido em operação subsequente, o que não se contrapõe ao princípio constitucional da não-cumulatividade.

II. A NÃO-CUMULATIVIDADE E O MÉTODO DE APURAÇÃO DO ICM

Negar à Autora direito ao crédito fiscal relativo ao ICM concernente às importações isentas de matérias-primas significa *"flagrante violação do citado princípio da não-cumulatividade"*, afirma-se na inicial. É que, alegadamente, segundo tal princípio o ICM incide, em cada operação, **sobre o valor acrescido ou agregado**.

Como consequência, sustenta-se que o valor de determinada operação isenta deve ser fatalmente deduzido do valor da operação subsequente, a fim de que o ICM que *"deixou de ser recolhido por força da isenção, não venha a ser pago na circulação posterior anulando totalmente a isenção"*.

Em síntese: a não-cumulatividade do imposto traduzida pela regra da dedutibilidade em cada operação, do montante do ICM cobrado nas operações anteriores tem relação direta com a caracterização do ICM como tributo sobre valor agregado, ou melhor, como imposto cuja incidência recai exclusivamente sobre o valor agregado, como foi acima sublinhado.

Na hipótese dos autos, isto implica em abater o valor relativo à matéria-prima importada do correspondente aos produtos comercializados pela Autora em etapa subsequente, tributando-se, assim, apenas o valor adicionado à aveia importada ao abrigo da isenção. Dentro desta ordem de raciocínio, considera a demandante que o valor agregado constitui elemento essencial à h. i. do ICM. A posição é, todavia, equivocada, pois importa em confundir realidades distintas: base de cálculo do imposto com seu método ou técnica de apuração, através do qual se realiza o princípio da não-cumulatividade. A norma constitucional tributária tem como elemento central de sua h. i., operações jurídicas, as quais, associadas a fenômeno de ordem econômica (circulação de mercadoria) e promovidas pelos sujeitos passivos constitucionalmente identificados, integram e esgotam a previsão legal da regra jurídica tributária.

A base de cálculo do imposto que se expressa através de critério quantitativo, está indissoluvelmente ligada a sua hipótese de incidência e consiste tão-somente no valor das operações realizadas em cada etapa de circulação econômica dos bens.

Agregação de valor não constitui elemento da h. i. do tributo, pois como já foi salientado, o fato gerador do ICM previsto em lei é operação relativa a circulação de mercadorias, constituindo-lhe a base de cálculo o valor desta mesma operação exteriorizada no mundo fático pela saída, entrada ou fornecimento tal como definida em norma geral de direito tributário.

JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES (Lei Complementar Tributária — RT, 1975, p. 160 a 161), esclarece e distingue definitivamente o problema da base de cálculo do ICM, que não pode e nem deve ser confundida com o valor acrescido:

"Não se deve, portanto, caracterizar o ICM como um imposto sobre o valor acrescido.

A agregação do valor não é "elemento" essencial à integração da h. i. do ICM. Não configura um "elemento financeiro" essencial ao aperfeiçoamento do suporte fático da regra jurídica de tributação. Do contrário, como observa Brockstedt, numa venda de mercadoria abaixo do preço de custo, o contribuinte não teria nem mesmo que debitar-se sobre o valor da saída porque faltaria-lhe "o elemento financeiro do fato gerador"." (grifamos).

O ICM incide sobre "operações" de circulação de mercadorias quer haja ou não agregação de valor. Por isto é irrelevante o fato de que a mercadoria seja vendida acima ou abaixo do preço de custo para efeito do ICM. Uma coisa é a base de cálculo que integra a h. i. da regra de tributação, outra é a sistemática da realização do princípio da não-cumulatividade.

Como bem colocou PAULO CELSO BERGSTRON BONILHA em tese apresentada no 5º Congresso Nacional de Administração Fazendária no Estado da Bahia (Natureza Jurídica do Crédito do ICM), a fórmula dos abatimentos corresponde apenas *"a estágio ulterior da pesquisa da base de cálculo, quando se cuida de determinar os valores que devem ser recolhidos em lapso temporal considerado"*.

O método de apuração do imposto se caracteriza em momento posterior a verificação do fato gerador. Somente após a sua ocorrência, determinada a base de cálculo e seu correspondente valor, é que se pode cogitar da apuração do saldo devedor ou credor através da dedução entre o imposto relativo às saídas e o correspondente às entradas de mercadorias. Isto ocorrerá quando houver incidência do imposto na etapa anterior, ou seja, quando houver imposto cobrado ou devido nesta etapa. Este é o método de dedução imposto sobre imposto que se prevê na Constituição Federal quando ali se estabelece que o tributo é não-cumulativo, abatendo-se em cada etapa o cobrado nas anteriores e constitui, tão-somente segundo ensina FERNANDO BROCKSTEDT citado por SOUTO MAIOR (op. cit., 161) *"uma técnica ou mecânica especial de tributação, uma sistemática própria do imposto que — sem interferir na base de cálculo nem no fato gerador — assegura ao contribuinte o direito (determinando o correlativo dever ao poder tributante) de deduzir, do montante do imposto que deveria recolher, o que já foi recolhido ou que incidir sobre as operações anteriores"*.

EFEITO DE RECUPERAÇÃO

CIAMPOLINI E CALVO, Professores de Direito Tributário da Universidade de São Paulo, que se detiveram sobre o problema "ICM e Crédito na aquisição da Matéria-Prima Isenta" (artigo publicado no Diário Legislativo, p. 622 de 2 de abril de 1980), concluem que se trata de tributo que se calcula pelo método de subtração por dedução do imposto, estando sujeito ao chamado "efeito de recuperação" próprio do método:

"Tanto mais clara fica a afirmação de que o ICM não é imposto sobre valor acrescido, quando se verifica que, aplicado o método de subtração por dedução do imposto, se uma das etapas se beneficiar com a isenção ou redução de alíquota, a vantagem não se estenderá às etapas seguintes, pois a diferença do imposto será recuperada nas operações."

A sujeição ao efeito de recuperação, implícito no método de apuração do imposto (subtração por dedução) tem como consequência o recolhimento do imposto isento em operação posterior. E, com isto, afirmam os tributaristas não se estará contrariando o princípio constitucional da não-cumulatividade.

FINALMENTE:

A atribuição de crédito para operação isenta configuraria no mínimo concessão ao contribuinte de crédito simbólico ou presumido, favor fiscal relativo ao ICM que, em decorrência da edição da Lei Complementar nº 24/75 constitui matéria inteiramente posta sob reserva de convênios.

Do princípio da reserva do convênio para a disciplina de isenções e outros benefícios fiscais regrado no artigo 23, VJ da Constituição Federal e no artigo 1º, parágrafo único, inciso II, da Lei Complementar citada, conclui-se que, a partir de então, a única forma válida concernente à instituição dos mencionados favores fiscais são os acordos multilaterais firmados pelos Estados-membros.

De resto, inexistente no sistema tributário brasileiro norma geral de Direito Tributário permissiva de tributação, por ficção legal, de crédito tributário a operações isentas. E, neste caso, não há como falar em violação da não-cumulatividade do ICM.

FACE AO EXPOSTO, pede improcedência da ação, negando-se à Autora o pretendido direito de se creditar pelo valor do ICM quando das futuras e isentas operações de importação de aveia que vier a realizar, condenando-se a demandante no pagamento de custas e honorários de advogado. Protesta por todo gênero de provas em direito admissíveis.

PORTO ALEGRE, 16 de março de 1981.

REAJUSTE AUTOMÁTICO DE VENCIMENTOS: INCONSTITUCIONALIDADE DA E.C.Nº 15*

Luiz Juarez Nogueira de Azevedo

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 15, PROMULGADA PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, EM 6 DE NOVEMBRO DE 1980. RAZÕES DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE.

I - OBJETO E TEOR DA EMENDA Nº 15

Houve por bem a Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul criar norma até então inexistente no ordenamento jurídico desta unidade federativa. Fê-lo através de emenda constitucional, que tomou o nº 15, publicada no Diário Oficial de 7 de novembro de 1980.

Objetiva tal norma, em última análise, repetindo procedimento intentado no Estado de São Paulo, com inconstitucionalidade já reconhecida pelo Supremo Tribunal ao julgar a Representação nº 1.027, estabelecer fórmula de reajuste automático dos vencimentos, proventos e vantagens do pessoal da administração direta e indireta do Estado, vinculando-os "ao fator de reajustamento salarial fixado na legislação federal" e marcando prazos automáticos para a sua ocorrência.

Tem o seguinte teor a Emenda em apreço:

"Artigo 1º — Inclua-se no artigo 97 do Título I, Capítulo III, Seção VII, da Constituição do Estado um dispositivo com a seguinte redação:

Parágrafo único — Os vencimentos, salários e proventos dos funcionários e servidores dos três Poderes do Estado, e de suas autarquias e sociedades de economia mista serão reajustados nos dias 1º de novembro e 1º de maio de cada ano, com base no fator de reajustamento salarial fixado pela legislação federal, correspondente ao período anterior, podendo a lei estabelecer reajustes superiores aos previstos neste parágrafo.

Artigo 2º — A presente Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Assembléia Legislativa do Estado, em Porto Alegre, 6 de novembro de 1980".

Importa, como se vê, a objetividade jurídica da malsinada norma em impor-se à Administração, desobedecido o processo legislativo próprio, sem qualquer consideração às conveniências do Estado, às possibilidades do Erário e aos planos econômicos

*Originalmente publicado na RPGE nº 33, 1982

do Governo, reajustar automaticamente os proventos, vencimentos e salários dos servidores estaduais nas datas que prevê.

A regra, por não encontrar símile no ordenamento jurídico federal, colheu de surpresa o Governo do Estado que, à época de sua promulgação, já estava a elaborar estudos no sentido do reajuste de seu pessoal, como é uso neste Estado, com vigência a partir de 1º de março.

Se aplicada, desde logo desarticulária todo o planejamento econômico-financeiro previsto para este exercício, gerando difícil e incontornável situação, calamitosa mesmo, para as finanças públicas estaduais. Daí por que deve ser pleiteada, incontinenti, a suspensão dos efeitos da Emenda, mediante cautelar a ser decretada quando do ajuizamento da Representação.

II - PODER CONSTITUINTE E PODER DE REFORMA

Não se deu conta a legislatura do Rio Grande do Sul das limitações técnicas e legais a que está sujeita no que diz respeito ao que a boa doutrina distingue entre **poder constituinte originário** e **poder constituinte derivado**, ou de **segundo grau**:

"Alguns juristas identificam o poder constituinte e o poder de reforma ou de emenda à Constituição. Tal confusão é danosa. O poder constituinte nunca seria acoimável de emitir regras jurídicas inconstitucionais. Tudo que ele elabora é Constituição, uma vez que o elaborou com esse propósito. Muito diferente é o que se passa com o poder revisional ou reformador, ou emendador. Esse está adstrito a regras jurídicas concernentes à reforma, ou à emenda, bem como, quase sempre, a limitações do objeto da reforma ou da emenda." (Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969, 2ª ed., Revista dos Tribunais, tomo III, págs. 133/134).

CARL SCHMITT (in *"Teoría de la Constitución"*, Madrid, Revista de Derecho Privado, s.d., pág. 124) acentua:

"...la facultad de reformar y de completar la Constitución no puede ser ilimitada y no autoriza suprimir la Constitución misma".

E prossegue:

"la facultad de reformar el texto, concedida por la Constitución es limitada en principio, y la Constitución misma, con fundamento de ser intangible y que es un abuso de la competencia para introducir enmiendas el emitir según el procedimiento especial leyes ordinarias, asegurándolas

así contra las reformas..."

Não é outro o entendimento de NELSON DE SOUZA SAMPAIO (*"O Processo Legislativo"*, SP. Ed. Saraiva, 1968, pág. 35):

"Em diversas oportunidades temos salientado que o poder de reforma constitucional, em toda constituição rígida, é uma instância legiferante própria, intermediária entre o poder constituinte e o poder legislativo ordinário. O contrário sucede em país de constituição flexível, como a Inglaterra, onde o Parlamento possui ao mesmo tempo o poder constituinte, o de revisão constitucional e o de legislativo comum. Por isso, não se conhece lá o conceito formal, mas o conceito material, de constituição, pois só pela matéria ou conteúdo do ato do Parlamento se pode identificar a sua natureza constitucional.

Só o poder constituinte não é limitado por normas de direito positivo interno. Os outros dois poderes, o de reforma constitucional e o legislativo ordinário, são poderes constituídos e, portanto, limitados pela constituição, de onde derivam. A distinta fisionomia do poder de reforma constitucional por vezes passa despercebida pelo fato de que freqüentemente o seu exercício é atribuído ao mesmo órgão legislativo ordinário. Mas essa cumulação das duas funções em um só órgão não é necessária nem universal. É mera economia institucional".

Sob outro ângulo, deslembados estiveram os legisladores estaduais, quando da edição da Emenda nº 15, da natureza do poder constituinte estadual, que é meramente decorrente ou de segundo grau, que, segundo a precisa definição de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO é *"aquele que, decorrendo do originário, não se destina a rever sua obra mas a institucionalizar coletividades, com caráter de Estados, que a Constituição preveja"*. (Curso de Direito Constitucional, pág. 28).

Assim, sendo o poder constituinte estadual **autônomo**, distinto do poder constituinte federal que é **soberano**, segundo a distinção feita por JOSÉ AFONSO DA SILVA (Curso de Direito Constitucional Positivo, v. I, pág. 149), tem aquele de observar obrigatoriamente os **princípios constitucionais**, como se lê do excerto seguinte:

"A soberania consiste na autodeterminação plena, nunca dirigida por determinantes jurídicos extrínsecos à vontade do soberano, que é o povo na sua extensão nacional, enquanto a autonomia pressupõe ao mesmo tempo uma zona de autodeterminação, que é o propriamente autônomo, e

um conjunto de limitações e determinantes jurídicos extrínsecos que é o heterônimo. A zona de determinação é imposta à Constituição Estadual pela Constituição Federal, que assegura aos Estados a capacidade de auto-organizar-se, respeitados, entre outros princípios nela estabelecidos, os que enumera no artigo 13.

Esses princípios circunscrevem a atuação do constituinte estadual, e podem ser discriminados em três grupos:

I — princípios constitucionais sensíveis (artigo 13, I, e artigo 10, VII);

II — princípios federais extensíveis (artigo 13, II a IX);

III — princípios constitucionais estabelecidos.

O legislador estadual, autor da Emenda nº 15 afrontou a chamados princípios federais extensíveis, como se verá, nomeadamente os do artigo 13, III e V, da Carta Federal, pois, não podendo incoar o processo para a elaboração de lei ordinária no sentido pretendido, que seria o normal, e que dependeria do Poder Executivo, quis obliquamente obter o mesmo resultado, legislando através de emenda Constitucional, espécie legal para cuja criação se prescinde da iniciativa do Poder Executivo.

III - INOBSERVÂNCIA DO PROCESSO LEGISLATIVO PRÓPRIO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL

A Egrégia Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, ao pretender estatuir por via constitucional nova norma de direito administrativo, consistente na obrigatoriedade do reajuste semestral da remuneração do funcionalismo, vulnerou os artigos 13, III, 57, II e seu parágrafo único, letra a, e 65, cabeça, da Constituição Federal, além do artigo 32, IV, da Constituição Estadual.

O artigo 13, III, da Constituição Federal, contendo **princípio federal extensível**, impõe às unidades federadas a observância do processo legislativo da União, preconizado na Lei Maior Federal.

E, na seção destinada ao processo legislativo, a Carta Magna, especificamente no seu artigo 57, II, afirma ser de iniciativa do Presidente da República (nos Estados leia-se "**Governador do Estado**") a iniciativa das leis que "**criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública**".

Sequer sob a forma de emendas são permitidas iniciativas de parlamentares quando impliquem em aumento da despesa prevista (Constituição Federal, artigo 57, parágrafo único, "a").

Quando cuida do orçamento (artigo 65), insiste o constituinte federal no tema da competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo para a iniciativa das leis que "**fixem vencimentos**" e "**aumentem a despesa pública**".

Entra a Emenda em exame em conflito com a própria Constituição Estadual, em cujo artigo 32, IV, é restringida à iniciativa do Governador as leis que impliquem em fixação de vencimentos e aumento da despesa.

É bem de ver que a emenda em tela, então, padece da chamada **inconstitucionalidade formal**, que foi aceita por esse Excelso Pretório — ainda que decorresse do exercício do poder constituinte pelo legislador estadual — na Representação nº 940 (RTJ 92/1000, em 31 de março de 1977), sendo que do voto do Relator Ministro MOREIRA ALVES, consta o seguinte excerto, que rememora a tradicional posição da Suprema Corte a respeito do tema:

"... tem decidido esse Colendo Supremo Tribunal Federal, por várias vezes, que são inconstitucionais os dispositivos de constituições dos Estados-membros, inclusive suas emendas, que fixem vencimentos e vantagens a servidores públicos concedam subvenção, ou, de qualquer modo, aumentem a despesa pública porquanto essas matérias são, em face dos artigos 57, II, e 65, da Emenda nº 1/69, objeto de leis cujo projeto é da iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, iniciativa essa que não pode ser cerceada por norma constitucional dos Estados. Nesse sentido, julgou essa Suprema Corte inconstitucional o artigo 121, XII, da Constituição do Estado de Mato Grosso (pelo qual se fazia a incorporação aos vencimentos, para todos os efeitos, do adicional por tempo de serviço), uma vez que, como salientou o relator da Representação nº 855, o Excelentíssimo Senhor Ministro Barros Monteiro.

"Prevendo vantagens por tempo de serviço e fazendo-as incorporadas aos vencimentos dos servidores, o malsinado dispositivo exorbita da competência do Poder Legislativo. Com efeito, ainda quando no trato da reformulação constitucional local, o legislador não pode se investir da competência para matéria que a Constituição da República tenha reservado à exclusiva iniciativa do Chefe do Executivo, como são as normas que digam sobre vencimentos e vantagens dos servidores públicos (artigos 57, II e 65)" (RTJ 57/385). No mesmo sentido decidiu essa Suprema Corte, ainda sob o império da Constituição de 1967, ao julgar a Representação nº 753/SP, onde se declaram inconstitucionais, entre outros, os artigos 4º, II, e 17, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da então Constituição do Estado de São Paulo, por terem esses dispositivos versado matéria da iniciativa do Poder Executivo (artigo 60, inciso I, da Constituição Federal de 1967), como se vê na RTJ 46, págs. 441 e seguintes".

IV - INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. DESPREZO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES REPUBLICANOS

Não se desconhece a nova posição do Excelso Pretório, adotada desde o julgamento da Representação nº 983, do Estado de São Paulo, que repele a chamada "inconstitucionalidade formal", valendo referir, porque preciosos, os subsídios a respeito emergentes do voto do Relator Ministro RAFAEL MAYER (RTJ, 91/764, 765):

"Ora, a transposição desses dispositivos, para o plano do processo legislativo estadual, como a pretender significar que a emenda constitucional paulista estaria maculada de inconstitucionalidade, porque embora versando aquelas matérias (funcionalismo, aumento de despesa, etc), não resultou da iniciativa do Poder Executivo, isto é, do Governador do Estado, representa um equacionamento totalmente inadequado. É que no ordenamento constitucional essa restrição ou exclusividade de competência se endereça exclusivamente à iniciativa de leis, e de modo algum à de emendas à Constituição, onde se exercita o poder constituinte derivado, inteso a limitações que não somente aquelas, no plano federal, impeditivas da abolição da Federação ou da República, acrescidas no plano estadual, das limitações postas no artigo 13. Assim, não há dúvida que do ponto de vista formal, ou de procedimento, nada há de inquinar, em confronto com a norma constitucional federal, no exercício do poder da Emenda da Assembleia Estadual, conforme, aliás, bem salientado no parecer da douta Procuradoria-Geral da República".

Todavia, acresce que na espécie vertente, existe também **inconstitucionalidade material**, sendo a Emenda nº 15, à Constituição do Rio Grande do Sul, nada mais nada menos do que repetição, com ligeiras modificações, da Emenda nº 10, de 30 de agosto de 1979, que a respectiva Assembleia Legislativa introduziu na Constituição do Estado de São Paulo, está assim vazada:

"Artigo 1º - O Capítulo IV do Título II da Constituição do Estado de São Paulo fica acrescido do seguinte dispositivo:
"Artigo — Os vencimentos, salários e proventos, dos funcionários e servidores dos três Poderes do Estado e de suas autarquias serão reajustados automaticamente, no dia 1º de março de cada ano, com base no fator de reajustamento salarial fixado pela legislação federal correspondente ao período anual anterior.

§ 1º - No mês de setembro, a título de antecipação do reajuste anual previsto no "caput", aos vencimentos, salários e proventos será aplicada, também automaticamente, a partir

do dia 1º, correção monetária na mesma proporção da variação do valor nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional, ocorrida entre os meses de março a setembro.

§ 2º - A lei poderá estabelecer reajustes superiores aos previstos neste artigo".

Artigo 2º — O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de São Paulo fica acrescido do seguinte dispositivo:

"Artigo - Em 1979, a correção monetária aplicável automaticamente, a partir de 1º de setembro, aos vencimentos, salários e proventos dos funcionários e servidores dos três Poderes do Estado e de suas autarquias, corresponderá à variação proporcional do valor nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional, ocorrida entre os meses de janeiro e setembro de 1979".

O que se percebe é que o legislador sul-rio-grandense elaborou uma síntese do texto adotado pelo seu congêneres paulista, concentrando, no parágrafo único, incluído do art. 97, do texto original, o que na emenda 10, de São Paulo, ficara dito no art. 1º e nos seus §§ 1º e 2º.

O acolhimento da arguição de inconstitucionalidade formulada pelo Governador do Estado de São Paulo tem como fulcro a ofensa ao princípio da independência e harmonia dos poderes estaduais, que decorre do art. 10, IV e VII, c, combinado com os arts. 13, I e 6º, da Carta Magna Federal. Identicamente, ao estatuir a Emenda nº 15, o legislador sul-rio-grandense invade a esfera de atribuições do Executivo, restringindo o livre exercício de seu poder, que no caso decorre dos arts. 57, II, e 65, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal sempre repeliu tal maneira de proceder, tendo julgado inconstitucionais dispositivos da Constituição do então Estado do Mato Grosso (Representação nº 855-MT, RTJ, vol. 57, pág. 385) da qual se colhe do voto do Relator, Min. Barros Monteiro, o seguinte excerto:

"Prevendo vantagens por tempo de serviço e fazendo-as incorporadas aos vencimentos dos servidores, o malsinado dispositivo exorbita da competência do Poder Legislativo. Com efeito, ainda quando no trato da reformulação constitucional local, o legislador não pode se investir da competência para matéria que a Constituição da República tenha reservado à exclusiva iniciativa do Chefe do Executivo, como são as normas que digam sobre vencimentos e vantagens dos servidores públicos (artigos 57, II e 65).

Aliás, por ofensa ao aludido princípio, já foram julgados inconstitucionais os arts. 121, X, e 198, da Constituição de Mato Grosso, ambos relativos a vantagens dos servidores públicos, como o estabelecimento do teto de vencimentos vinculado ao salário mínimo regional, e a gratificação por

risco de vida e saúde (Rp 826-MT, Relator o Ministro Barros Monteiro)".

Mas é na Representação nº 1.027, de São Paulo, recentemente julgada, que se irá encontrar subsídios de inteira aplicabilidade ao caso concreto, valendo transcrever o límpido pronunciamento da Procuradoria-Geral da República, através do Subprocurador-Geral, Dr. José Francisco Rezek, *in verbis*:

"A representação, não obstante, procede. Só o absoluto alheamento à história constitucional do País, só o completo desprezo pela realidade de nossas instituições, permitiria repudiar, no presente caso, a afirmação de afronta ao princípio constitucional da independência e harmonia entre os três Poderes (C.F., art. 6º), e ao corolário, ali implícito, de que o Poder Executivo não pode, em plano algum, ser singelamente excluído do trato de um tema como o reajuste dos vencimentos do funcionalismo.

Esse reajuste, como é notório, decorre do processo inflacionário, operando-se, *via de regra, anualmente, nos Estados, a exemplo do que sucede no plano federal, resulta ele de iniciativa do Governo, cômico, por suas atribuições, da exata medida das possibilidades da fazenda pública. E porque variáveis, ao sabor do tempo, essas possibilidades, regra não existe, nem deve existir, ainda na legislação ordinária de iniciativa governamental, que determine um sistema permanente e automático de reajuste de vencimentos, qual pretende fazer a discutida emenda à Constituição de São Paulo*".

A Representação nº 1.027, de São Paulo, veio a ser julgada procedente pelos fundamentos constantes do voto do Relator, Min. Djaci Falcão, do seguinte teor:

"Todavia, procede a representação, ante a afronta, na última análise, ao princípio constitucional da independência e harmonia entre os Poderes do Estado (art. 6º), e, como pondera o parecer do Dr. José Francisco Rezek, "ao corolário, ali implícito, de que o Poder Executivo não pode, em plano algum, ser singelamente, excluído do trato de um tema como o reajuste dos vencimentos do funcionalismo". Na verdade, a reserva em favor do chefe do Governo da iniciativa de leis que aumentem vencimentos, normalmente com o caráter de reajuste decorrente da inflação e que se verifica anualmente, não comporta um sistema automático de revisão, sem se atentar para as possibilidades reais da Fazenda Pública. Por isso mesmo é que se inscreve na Carta Magna a competência exclusiva do Presidente da República para a iniciativa,

dentre outras, das leis que "aumentem vencimentos ou a despesa pública" (inc. II, do art. 57). Sem dúvida, a fixação de vencimentos nos serviços da Câmara dos Deputados, do Senado e dos Tribunais é da sua privativa competência, respectivamente (arts. 40, inc. III, 42, inc. IV e 115, inc. II). No entanto, os cargos, quer do Poder Legislativo, quer do Poder Judiciário, não poderão ter vencimentos mais elevados que os estabelecidos para cargos iguais ou assemelhados do Poder Executivo (art. 98). Esta regra, fixadora de um teto, revela a importância da reserva de iniciativa, conferida ao Chefe do Poder Executivo a quem, por força das suas próprias atribuições, no seu campo de atuação, cabe bem conhecer as condições e possibilidades da Fazenda Pública. Não é possível afastar essa competência privativa do Chefe do Poder Executivo, sem ferir o relevante mecanismo de equilíbrio que deve haver entre os Poderes. Ao lado disso, vale acrescentar que no capítulo atinente à organização dos Estados e Municípios, a Constituição Federal estabeleceu que os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pela Constituição e leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos por ela (Constituição Federal), os que passa a enumerar. Dentre estes, acha-se o concernente "às normas relativas aos funcionários públicos", inclusive no que tange aos limites máximos de remuneração estabelecidos em lei federal.

É oportuno ponderar que esse entendimento não importa na proibição ao Estado de conferir maiores vantagens aos seus servidores, desde que não se contraponha aos chamados *princípios sensíveis*, inseridos na Constituição da República, de observância obrigatória para os Estados.

Em conclusão, sem discutir, é claro, o aspecto de justiça que porventura haja presidido a inserção da Emenda Constitucional nº 10/79, estabelecendo reajuste automático e permanente de vencimentos, salários e proventos de servidores dos três Poderes do Estado, além da correção monetária, tenho-a como contrária à delimitação traçada pela Constituição Federal. Não há como se admitir o reajuste de remuneração de servidores públicos senão mediante lei de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo (art. 13, inc. V, c/c o art. 57, inc. II, da C. Federal), sob pena de vulnerar-se o princípio da independência e harmonia dos Poderes, abrangente da organização do Estado-membro (art. 6º, c/c o art. 13, inc. I, da C. Federal).

Ante o exposto, julgo procedente a representação, declarando a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 10,

de 30 de agosto de 1979, promulgada pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, por vulnerar o art. 6º, c/c o art. 13, incs. I e V e art. 57, inc. II, segunda parte, da Constituição Federal”.

Devem ser acrescentados os argumentos expendidos pelo Min. Rafael Mayer, no julgamento da mesma representação, quando dá como malferido o parágrafo único do art. 98, da Carta Magna Federal:

“O SR. MINISTRO RAFAEL MAYER: - Sr. Presidente, impressiona-me muito o argumento, que aliás é constante de um voto anterior do eminente Ministro Soares Muñoz, no sentido de que essa adoção da emenda constitucional de São Paulo afetasse os princípios do processo legislativo, que se aplicam, por imposição do art. 13, III, aos Estados. Haveria, no caso, uma negativa da participação do Executivo, no processo legislativo, com a sua iniciativa, nos moldes reconhecidos pela Constituição Federal (arts. 6º e 57). Mas me impressionam muito mais os argumentos de S. Exa., o eminente Relator, quando se refere à própria sistemática aplicável aos funcionários públicos federais e que se aplicam aos funcionários públicos estaduais, em termos até duplicados e reiterados na Constituição, porque não é só no art. 13 que se refere à obrigação dos Estados, em observância, mas no próprio capítulo dos Funcionários Públicos há dispositivo, que é o 108, dizendo que o disposto nessa seção se aplica aos funcionários dos três Poderes e aos dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios. Referiu-se S. Exa. ao art. 98, para demonstrar como há necessidade, sempre, de manifestação legislativa, para que não haja superação ou desequilíbrio de vencimentos. Mas parece-me que o parágrafo deste artigo, que estabelece a proibição da vinculação e de equiparação de qualquer natureza, para efeito de remuneração do pessoal do serviço público, embora na sua origem, ou na sua colocação tópica, tenha a ver com aquelas equiparações entre funcionários, na verdade, ao referir-se, também, à vinculação de qualquer natureza — e a vinculação é uma relação de dependência para com um segundo termo — entendo que seja compreensivo de que vincular vencimentos dos Estados a fatores diversos, como são as fixações de níveis de salários mínimos, no plano federal, importa numa vinculação proibida, porque se retira aquela independência, ou aquele casuismo reclamado pela Constituição, na fixação dos vencimentos. Na verdade, aqui se aplicaria aquele axioma da hermenêutica

que diz que, onde está proibido o menos, está proibido o mais — porque, na verdade, seria o mais, vincular vencimentos a padrões estranhos ao quadro funcional. Nestes termos, estou de inteiro acordo com os fundamentos do voto do eminente Relator, julgando procedente, *in totum*, a representação”.

Como se vê, é admitida nesse voto pelo eminente Min. Rafael Mayer a possibilidade de inconstitucionalidade material porque “haveria, no caso, uma negativa de participação do Executivo no processo legislativo, com a sua iniciativa, nos moldes reconhecidos na Constituição Federal” embora se incline S. Exa. em prol do argumento principal. Daí porque, embora se trate de matéria superada no Supremo Tribunal Federal desde o julgamento da Representação nº 983, se ousou retornar ao tema, em face da reabertura concedida, agora, no voto do Min. Rafael Mayer na Representação nº 1.027.

Também, no referido voto se acolhe outro fator da inconstitucionalidade da Emenda apreciada, que incide quanto à emenda nº 15, deste Estado, quanto à infração do art. 98, parágrafo único, da Lei Maior Federal: “entendo seja compreensivo de que vincular vencimentos dos Estados a fatores diversos, como são as fixações de níveis de salários mínimos, no plano federal, importa uma vinculação proibida porque se retira aquela independência, ou aquele casuismo reclamado pela Constituição, na fixação dos vencimentos”.

V - CONCLUSÃO

Em face de tais considerações, fulcrada sobretudo nas lições da Suprema Corte sobre a matéria, tem a Procuradoria-Geral do Estado como inconstitucional a Emenda nº 15, à Constituição do Rio Grande do Sul, promulgada por sua Egrégia Assembleia Legislativa, formal e materialmente, por contrariar o art. 13, III, da Carta Magna Federal, quanto à observância do processo legislativo adequado para a elaboração das leis, o art. 57, II, seu parágrafo único, e do art. 65, ainda quanto a essa observância e à reserva do poder de iniciativa do Chefe do Poder Executivo no que diz respeito a leis que importem em fixação de vencimentos dos servidores públicos; o art. 13, V, por destoar dos paradigmas federais a respeito do funcionalismo público; o art. 13, I, combinado com o art. 10, IV e VII, letra c, e 6º, porque infringe o princípio da separação e harmonia dos poderes republicanos e por importar em restrição à atuação constitucional do Poder Executivo Estadual; o art. 98, parágrafo único, por fazer depender os pretendidos aumentos dos servidores estaduais das variações do “fator de reajustamento salarial fixado pela legislação federal correspondente ao período anterior”.

Tal inconstitucionalidade, assim, merece ser argüida perante o Excelso Supremo Tribunal Federal, pela autoridade competente, que é o Procurador-Geral da República.

ACOLHO as RAZÕES da lavra do Procurador do Estado, membro do Conse-

Iho Superior desta Procuradoria-Geral, Doutor LUIZ JUAREZ NOGUEIRA DE AZEVEDO.

Em 22.04.1981.
MÁRIO BERNARDO SESTA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

OFÍCIO AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

A Sua Excelência o Senhor Doutor FIRMINO FERREIRA PAZ DD. Procurador-Geral da República
BRASÍLIA - DF

Porto Alegre, 22 de abril de 1981.

SENHOR PROCURADOR-GERAL:

A augusta Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, em 6 de novembro de 1980, por sua mesa Diretora, promulgou a Emenda Constitucional nº 15, publicada no Diário oficial do dia seguinte, cujo art. 1º assim dispõe:

"Inclua-se no art. 97 do Título I, Capítulo III, Seção VII, da Constituição do Estado um dispositivo com a seguinte redação:

Parágrafo único — os vencimentos, salários e proventos dos funcionários e servidores dos três poderes do Estado e de suas autarquias e sociedades de economia mista serão reajustados nos dias 1º de novembro e 1º de maio de cada ano, com base no fator de reajustamento salarial fixado pela legislação federal correspondente ao período anterior, podendo a lei estabelecer reajuste superiores aos previstos neste parágrafo".

Tenho a referida Emenda nº 15 como eivada de inconstitucionalidade, eis que seu teor contraria o disposto no art. 13, III, da Carta Magna Federal, quanto à observância do processo legislativo adequado para a elaboração das leis; o art. 57, II, e seu parágrafo único e 65 ainda quanto a essa observância e à reserva do poder de iniciativa do Chefe do Poder Executivo no que diz respeito a leis que importem em fixação de vencimentos dos servidores públicos; o art. 13, V, por destoar dos paradigmas federais a respeito do funcionalismo público; do art. 13, I, combinado com o art. 10, IV e VII, c), e 6º, por afronta ao princípio da separação e harmonia dos Poderes estaduais; e também por estabelecer vinculação proibida no art. 98, parágrafo único, da Constituição Federal, fazendo depender o pretendido aumento dos servidores estaduais das variações do **"fator de reajustamento salarial fixado pela legislação federal correspondente ao período anterior"**.

Em virtude disso, cedendo a indeclinável dever de cidadão e de administrador, atento ao compromisso constitucional que jurei, em defesa dos relevantes interesses do Erário Estadual e da regularidade da vida administrativa e financeira desta unidade federativa que governo, venho solicitar a Vossa Excelência que, na condição de única parte legítima para tal, nos termos da Lei nº 4.337, de 1º de junho de 1964 (art. 1º), deduza perante o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade da referida Emenda nº 15, à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.

Estando iminente a data na qual, segundo a referida emenda, devem ser reajustados os valores dos salários e vencimentos dos funcionários e servidores dos três Poderes do Estado, bem como de suas autarquias e sociedades de economia mista, obrigo-me a solicitar a Vossa Excelência que, ao encaminhar à consideração do Excelso Pretório a arguição de inconstitucionalidade, requeira providência cautelar suspensiva da vigência da mesma, na esteira do que foi decidido na Representação nº 1.025, do Estado da Paraíba (R.T.J.93/30). A Suprema Corte, nesse julgado, sustentou ser possível e devida a suspensão dos efeitos da norma impugnada quando se verifique **"pesado e inesperado aumento de despesa (...) de incerta reparação no caso de procedência da representação"**.

Igualmente o fez na Representação nº 1.027, que veio a colimar na declaração de inconstitucionalidade de Emenda à Constituição do Estado de São Paulo que prescrevia idêntico sistema de reajuste automático do respectivo funcionalismo. O acórdão (doc. anexo, nº 1), que teve como Relator o Exmo. Sr. Ministro DJACI FALCÃO, é assim ementado:

"Cabe medida cautelar de suspensão provisória de Emenda Constitucional impugnada pela via de Representação, quando possa acarretar prejuízo de difícil e incerta reparação".

E consta de seu teor o seguinte excerto, cujos argumentos, por estritamente pertinentes ao caso presente, se invoca:

"Vê-se que os beneficiários são funcionários públicos que, normalmente, têm nos seus vencimentos o único meio de subsistência. Se vingar a Representação, não será fácil o poder público reaver as quantias ilegítimamente recebidas. A reposição, sem dúvida, será difícil".

"A propósito, vê-se a preocupação do legislador ao proibir a concessão de liminar em mandado de segurança, para o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidores públicos (§ 4º, do art. 1º, da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966). Cuida-se de preceito que atentou para a nossa realidade, buscando afastar abusos e graves prejuízos para as finanças públicas".

Com as razões inclusas, que faço minhas, produzidas pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, de Vossa Excelência aguardo as providências necessárias para o ajuizamento da representação e a obtenção da imprescindível medida

cautelar, com base nos precedentes invocados.

Renovo a Vossa Excelência as expressões de meu elevado apreço e consideração.

JOSÉ AUGUSTO AMARAL DE SOUZA
GOVERNADOR DO ESTADO

ACÓRDÃO NA MEDIDA CAUTELAR

14 MAIO 1981 TRIBUNAL PLENO
REPRESENTAÇÃO Nº 1.087-2 - RIO GRANDE DO SUL
REPRESENTANTE : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
REPRESENTADA : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA: — Representação em que se argüi inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 15, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.

Pedido de suspensão liminar da vigência desse dispositivo Constitucional deferido, independentemente do exame do mérito da Representação, dada a possibilidade de prejuízo à Administração do Estado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir a medida cautelar requerida.

Brasília (DF), 14 de maio de 1981.

XAVIER DE ALBUQUERQUE - PRESIDENTE
CUNHA PEIXOTO - RELATOR

14 MAIO 1981 TRIBUNAL PLENO
REPRESENTAÇÃO Nº 1.087-2 RIO GRANDE DO SUL
RELATOR : O SENHOR MINISTRO CUNHA
PEIXOTO REPRESENTANTE : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
REPRESENTADA : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CUNHA PEIXOTO:

A douta Procuradoria-Geral da República oferece a presente Representação, pleiteando seja declarada a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 15, promulgada pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul em 06 de novembro de 1980, cujo art. 1º assim dispõe:

"Inclua-se no art. 97 do Título I, Capítulo III, Seção VII, da Constituição do Estado um dispositivo com a seguinte redação:

Parágrafo único — Os vencimentos, salários e proventos dos funcionários e servidores dos três Poderes do Estado e de suas autarquias e sociedades de economia mista serão reajustados nos dias 1º de novembro e 1º de maio de cada ano, com base no fator de reajustamento salarial fixado pela legislação federal correspondente ao período anterior, podendo a lei estabelecer reajustes superiores aos previstos neste parágrafo".

A Representação foi provocada por solicitação do Exmo. Sr. Governador do Estado Rio Grande do Sul.

Fundamenta-se no fato de contrariar o mencionado dispositivo o disposto no art. 13, III, da Constituição Federal, quanto à observância do processo legislativo; o art. 57, II, o seu parágrafo único e 65, ainda quanto a essa observância e à reserva do poder de iniciativa do Chefe do Poder Executivo no que diz respeito às leis que importem em fixação de vencimentos dos servidores públicos.

Pede, afinal, seja suspensa liminarmente a aplicação do citado inciso constitucional, à vista de graves prejuízos às finanças do Estado, já que, embora considerando o Governador inconstitucional o referido preceito, é, entretanto, obrigado a fazer o pagamento dos servidores, nos termos da majoração fixada.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CUNHA PEIXOTO (Relator)

O dispositivo da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul contra o qual se representa trará, sem dúvida, sérios embaraços à economia do Estado, o que não se pode admitir sem um acurado exame.

Realmente, a modificação dos vencimentos dos funcionários, automaticamente, duas vezes por ano, não pode deixar de trazer transtornos às finanças do Estado.

Por outro lado, a suspensão do ato apontado como inconstitucional não trará nenhum prejuízo, pois se o dispositivo for considerado constitucional os servidores do Estado terão direito aos vencimentos majorados desde a data da promulgação do preceito que lhes outorga este direito.

Por estes motivos, concedo a liminar requerida pela douta Procuradoria-Geral da República, para que fique suspenso o art. 1º da Emenda nº 15 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, promulgada em 06 de novembro de 1980.

Não se discute, neste exame preliminar da matéria, se o dispositivo em questão é ou não constitucional, mas apenas sua repercussão imediata nas finanças do Estado.

EXTRATO DE ATA

Rp. 1.087-2 - RS - Rel. Min. Cunha Peixoto. Rpte.: Procurador-Geral da República. Rpda.: Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.

Decisão: Deferiu-se, unanimemente, a medida cautelar requerida. Votou o Presidente. T. Pleno, 14.05.81.

Presidência do Senhor Ministro Xavier de Albuquerque. Presentes à sessão os Senhores Ministros Djaci Falcão, Antonio Neder, Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra, Moreira Alves, Cunha Peixoto, Soares Muñoz, Décio Miranda e Rafael Mayer.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Clóvis Ramalhete.

Procurador-Geral da República, Dr. Firmino Ferreira Paz.

Jonas Célio Monteiro Coelho — Secretário.

ACÓRDÃO

11 NOVEMBRO 1981 TRIBUNAL PLENO

REPRESENTAÇÃO Nº 1.087-2 RIO GRANDE DO SUL

REPRESENTANTE: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REPRESENTADA: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ASSISTENTE: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA : - REPRESENTAÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 15, DE 06.11.80, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, QUE ESTABELECE MAJORAÇÃO PERIÓDICA NOS VENCIMENTOS DO FUNCIONALISMO DO ESTADO, VEZ QUE FERE OS PRINCÍPIOS FIRMADOS NOS ARTS. 65, **CAPUT**, C:C O ART. 13, III, E 57, II, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Representação julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar procedente a Representação e declarar a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 15, de 06 de novembro de 1980, do Estado do Rio Grande do Sul.

Brasília (DF), 11 de novembro de 1981.

XAVIER DE ALBUQUERQUE - PRESIDENTE

CUNHA PEIXOTO - RELATOR

TRIBUNAL PLENO

REPRESENTAÇÃO Nº 1.087-2 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: O SENHOR MINISTRO CUNHA PEIXOTO

REPRESENTANTE: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REPRESENTADA: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO

RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CUNHA PEIXOTO:

O parecer da Procuradoria-Geral da República bem resume e aprecia a espécie:

"Atendendo à solicitação do Exmo. Sr. Governador do Estado do Rio Grande do Sul, foi oferecida representação à Excelsa Corte, argüindo a inconstitucionalidade da **Emenda Constitucional** nº 15, promulgada pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, em 6 de novembro de 1980, com o seguinte teor:

"Inclua-se no art. 97 do Título I, Capítulo III, Seção VII, da Constituição do Estado um dispositivo com a seguinte redação:

Parágrafo único — Os vencimentos, salários e proventos dos funcionários e servidores dos três poderes do Estado e de suas autarquias e sociedades de economia mista serão reajustados nos dias 1º de novembro e 1º de maio de cada ano, com base no fator de reajustamento salarial fixado pela legislação federal correspondente ao período anterior, podendo a lei estabelecer reajustes superiores aos previstos neste parágrafo".

Os textos constitucionais postos a confronto, para a dedução da ofensa à Carta Política, foram os seguintes: artigo 13, inciso I (c/c o art. 10, VII, c), III e V (c/c o artigo 57, II e V), 65 e 200.

Encampou, ainda, a representação o pedido de medida cautelar, que, face à iminência do diploma impugnado acarretar prejuízo de difícil reparação, foi deferida pelo Colendo Plenário, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator (fls. 30 e seguintes dos autos).

Os fundamentos da arguição, que a representação acolheu, foram o da inobservância do processo legislativo por isso que, em matéria da espécie, a iniciativa para deflagrá-lo seria do Chefe do Poder Executivo; o da obrigatoriedade de observância, pelos Estados-membros, das normas relativas aos funcionários públicos, inclusive a aplicação aos servidores estaduais e municipais, dos limites máximos de remuneração estabelecidos em lei federal; porque teria havido afronta ao princípio sensível de independência e harmonia dos Poderes, e, ainda, porque a norma estadual malsinada estabelece vinculação proibida no artigo 98, parágrafo único, da Constituição Federal, fazendo depender o pretendido aumento dos servidores estaduais das variações do "fator de reajustamento salarial fixado pela legislação federal correspondente ao período anterior".

As informações da augusta Assembléia Legislativa afirmam que "o legislador estadual utilizou-se da espécie legal que prescinde da iniciativa do Poder Executivo". A via escolhida não transgride — segundo as informações — os artigos 13, III, 57, II e seu parágrafo único, letra "a", e 65, **caput**, e o legislador norteou-se pelo "sistema de reposição automática adotado pelo Governo Federal, com base em um novo dado, um reajuste sob o prisma de equilíbrio e de justiça social, diverso, s.m.j., dos aumentos concedidos por S. Exa. o Exmo. Sr. Governador do Estado, anual e, ainda, parceladamente, sempre percentualmente aquém da perda real do poder aquisitivo dos servidores públicos, implantando, desta forma, um sistema inserido na própria Constituição e, ao mesmo tempo, modificador da política governamental que parece desconhecer a defasagem progressiva, incontrolável e insuprível da remuneração dos funcionários públicos de seu Estado" (**sic**).

O tema não é inédito na Excelsa Corte. A questão tem levado a uma solução que se bifurca: 1) a impossibilidade de alterar, a Assembléia Legislativa, a Constituição Estadual por **emenda constitucional** em matéria que, por **lei ordinária** dependeria da iniciativa do Chefe do Poder Executivo e 2) a ofensa ao princípio sensível de independência e harmonia dos Poderes. Pela primeira solução, são precedentes da Excelsa Corte.

Representação nº 893 - RTJ 69/638

Representação nº 855 - RTJ 57/384

Representação nº 939 - RTJ 88/13

Representação nº 982 - DJ de 31.8.79

Representação nº 940 - RTJ 92/1000

Julgados mais recentes, porém, a exemplo da Representação nº 1027, têm acolhido a arguição não por ofensa a dispositivos que reservam ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que versem matéria específica e casuisticamente definida na Constituição, posto que de leis ordinárias não se tratam os textos impugnados e sim de **emendas constitucionais**. O fundamento da acolhida é o de ofensa ao princípio sensível de independência e harmonia dos Poderes.

O vício não é mais identificado como de forma e sim de fundo. Para essa veneranda orientação contribuiu o parecer do Professor José Francisco Rezek, na referida Representação nº 1027, que, reportando-se a essa mesma orientação, já firmada na Representação 983 (DJ de 21.9.79, pág. 7035), sustentou — com êxito — essa tese nas brilhantes considerações que pedimos vênha para aqui reproduzir:

"Visto que o Tribunal houve por bem abonar esse entendimento, cumpre afastar, na espécie, a perspectiva de haver ocorrido inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa, na edição da Emenda nº 10 à Constituição do Estado de São Paulo.

A representação, não obstante, procede. Só o absoluto alheamento à história constitucional do País, só o completo desprezo pela realidade de nossas instituições, permitiria repudiar, no presente caso, a afirmação de afronta ao princípio constitucional da independência e

harmonia entre os três Poderes (CF, art. 6º), e ao corolário, ali implícito, de que o Poder Executivo não pode, em plano algum, ser singelamente excluído do trato de um tema como o reajuste dos vencimentos do funcionalismo.

Esse reajuste, como é notório, decorre do processo inflacionário, operando-se, via de regra anualmente. Nos Estados, a exemplo do que sucede no plano federal, resulta ele da iniciativa do Governo, consócio, por suas atribuições, da exata medida das possibilidades da fazenda pública. E porque variáveis, ao sabor do tempo, essas possibilidades, regra não existe, nem deve existir, ainda na legislação ordinária de iniciativa governamental, que determine um sistema permanente e automático de reajuste de vencimentos, qual pretende fazer a discutida emenda à Constituição de São Paulo.

Não põe em dúvida o Ministério Público a prudência que deve nortear uma declaração de inconstitucionalidade quando, à falta de regra constitucional tópica, que se possa dar por flagrantemente malferida, seja necessário buscar arrimo numa regra eminente — e ao mesmo passo genérica — qual a da independência e harmonia entre os Poderes constituídos. Estima, porém, o Ministério Público, que essa augusta Corte reconhecerá, na espécie, a excepcionalidade propiciadora da invocação do princípio, e, interpretando este último à consideração da experiência histórica e da realidade social, denunciará, no diploma legal impugnado, a eiva da inconstitucionalidade material.

Data **máxima venia**, cremos que ambas as soluções podem coexistir, isto é, a inconstitucionalidade pode, aqui, ser declarada tanto formal como materialmente.

Com efeito, a interpretação sistemática e teleológica da Constituição Federal, à qual deve ater-se a Estadual, não pode mesmo levar a outra conclusão senão à de inconstitucionalidade. Isto porque se o constituinte reservou **exclusivamente** ao Chefe do Poder Executivo a **iniciativa das leis** que, dentre outras, disponham sobre servidores públicos, inclusive quanto ao regime de sua remuneração, assim o fez porque, tecnicamente, a matéria pertence ao campo legislativo ordinário. Não cogitou o constituinte, preocupado que só poderia estar em inserir no ordenamento constitucional — além do que é **materialmente** constitucional — aquilo que por tradição e por contingências políticas, faz parte da Lei Maior dos brasileiros, do tipo rígido que é, em descer a desdobramentos de forma de reajustes salariais: instituiu, sim, princípios básicos, aos quais obrigou a Administração Pública em todos os planos, **de não equiparação e não vinculação e, também o da paridade**.

A iniciativa do legislador sul-rio-grandense, sem dúvida, é de grande apelo popular. Evidentemente que, na conjuntura financeira atual, com a deterioração cíclica da moeda, mercê de vários fatores econômicos, representa ato de largo alcance social. Entretanto, hoje, são

indissociáveis os fatores sociais e econômicos, não havendo como medidas governamentais inspiradas por um ângulo, de plano não atinjam ao outro. É por isso, certamente, que não está na Carta Federal — pelo menos por enquanto — medida que, levando-nos a uma última indagação, seria fator de realimentação inflacionária.

O que se verifica, no Estado do Rio Grande do Sul, ao exame do caso concreto dos autos, é que o legislador, para neutralizar a norma constitucional do artigo 57, aplicável ao Estado-membro por força do artigo 200 e também do artigo 13 incisos III e V, todos da Constituição Federal, elaborou emenda constitucional sem a participação do Poder Executivo, nela tratando de matéria que — no plano federal — está prevista para o plano inferior da legislação ordinária.

Em conclusão, o parecer é pela procedência da Representação por ofender — o ato legislativo impugnado — os artigos 10, inciso VII, letra c, 13, incisos III e V, 57, inciso I e II, combinado com o artigo 200, e o artigo 108 e § 1º, todos da Constituição Federal”.

Este o relatório a ser distribuído aos eminentes Ministros, com o pedido de dia para o julgamento.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CUNHA PEIXOTO (Relator): A matéria já tem sido diversas vezes julgada por esta Corte. Trata-se de dispositivo constitucional que dispõe sobre a remuneração dos funcionários, estabelecendo uma majoração periódica nos vencimentos.

O dispositivo não só diz respeito a vantagens de servidores públicos, mas também implica aumento de despesas.

Ora, na primeira parte, o artigo fere a Constituição Federal, pois, por força do que dispõe o art. 65, **caput**, aplicável aos Estados-membros por ser norma concernente ao processo legislativo — art. 13, III — a iniciativa de leis, nessa matéria é de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo.

Por outro lado, a modificação do dispositivo constitucional implica aumento das despesas públicas, indo de encontro ao art. 57, II, da Emenda Constitucional nº 1/69.

Por estes motivos, e nos termos do parecer da Procuradoria-Geral da República, dou pela procedência da reclamação, declarando a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 15, de 06 de novembro de 1980, do Rio Grande do Sul.

EXTRATO DE ATA

Rp. 1.087-2 - RS - Rel., Min. Cunha Peixoto. Rqte.: Procurador-Geral da República, Assistente.: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. (Advs.: Luiz Juarez Nogueira de Azevedo e outros).

Rpda.: Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.

Decisão: Julgou-se procedente a Representação, e declarou-se a

inconstitucionalidade de Emenda Constitucional nº 15, de 7 de novembro de 1980, do Estado do Rio Grande do Sul, unanimemente. Impedido o Ministro Firmino Paz. Votou o Presidente. Falou pelo Assistente o Dr. Luiz Juarez Nogueira de Azevedo. Plenário. 11.11.81.

Presidência do Senhor Ministro Xavier de Albuquerque. Presentes à sessão os Senhores Ministros Djaci Falcão, Cordeiro Guerra, Moreira Alves, Cunha Peixoto, Soares Muñoz, Decio Miranda, Rafael Mayer, Clóvis Ramallete, Firmino Paz e Néri da Silveira.

Procurador-Geral da República, Dr. Inocêncio Mártires Coelho.

Jonas Célio Monteiro Coelho — Secretário do Tribunal Pleno.

CORREÇÃO MONETÁRIA DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO: CONTESTAÇÃO*

Rejane Brasil Filippi

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA SEGUNDA VARA DA FAZENDA PÚBLICA

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos da Ação Consignatória que lhe move SUL AMÉRICA AGRÍCOLA S. A., vem, em contestação, dizer a Vossa Excelência o que segue:

1. Em 26 de dezembro de 1978, a demandante aumentou seu capital social, arquivada a respectiva ata na Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul.

2. À época, a SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS conferiu à loja de sua propriedade no Edifício Aplub, sito nesta Capital na Rua Riachuelo n.º 1247, Esquina Largo João Amorim de Albuquerque n.º 30, o valor de Cr\$ 4.680.000,00.

3. Por força do artigo 36 do C. T. N. não incidiu o imposto de transmissão sobre a operação citada.

4. Em momento posterior, segundo a Autora, caracterizou-se a hipótese de incidência prevista no "caput" do artigo 37 do C. T. N. por ter se verificado atividade preponderante de comercialização imobiliária, nos termos dos parágrafos 1.º, 2.º e 3.º do mesmo dispositivo.

5. Pretendeu pagar, então, o imposto devido, esbarrando na oposição do Fisco que manifestou desejo de receber o respectivo valor acrescido de correção monetária. Por este motivo promoveu contra o Estado do Rio Grande do Sul a presente ação.

INTRODUÇÃO SÉCULO XX - ERA DA INFLAÇÃO

6. A inflação é fenômeno antigo, ligado a abundância do meio circulante e seu conseqüente, a elevação geral dos preços.

No século XX, o fenômeno acentuou-se e AMÍLCAR ARAÚJO FALCÃO (A inflação e suas conseqüências sobre a Ordem Jurídica) escreveu que ela "atingiu quase todos os países, adquirindo caráter duradouro, às vezes endêmico, apresentando-se com uma profundidade e intensidade sem precedentes".

No Brasil, o problema atinge limites extremos, cujas conseqüências são até o

*Originalmente publicado na RPGE n.º 34, 1982

momento incalculáveis, com reflexos na ordem jurídica. A opção brasileira face ao fenômeno da depreciação da moeda foi a de "criar um direito transitório tendente a minorar ou suavizar certas consequências jurídicas da inflação", sendo a correção monetária dos débitos e valores em moeda a técnica para alcançar este objetivo.

Depois de definir a **moeda** como mecanismo do Estado, que a imprime e lhe atribui valor determinado (valor impositus), "de modo que ela passa a exercer aquele seu poder aquisitivo indiferenciado, que se traduz pela fungibilidade absoluta, pela perfeita neutralidade e pela liquidez contratual", o tributarista esclarece que a este poder aquisitivo geral da moeda, se opõe o poder aquisitivo específico, traduzido em cada relação de troca, "pela relação entre o número de unidades monetárias e a quantidade de bens que se permutam um pelo outro. É este poder de compra efetivo que constitui o valor da moeda". (Pág. 55)

7. AMÍLCAR ARAÚJO FALCÃO cita algumas vicissitudes que provocam a inflação na ordem jurídica:

- a) aniquilamento dos credores de quantias fixas a prazo longo e médio;
- b) a ocorrência simétrica de um enriquecimento de devedores, que lucram pelo simples decurso do tempo que medeia entre o obrigar-se e o prestar.

Para neutralizar o fator tempo e a instável realidade monetária, introduziu-se nos contratos "instrumento básico do comércio jurídico no mundo liberal e capitalista", uma fórmula de reajustamento ou revisão do valor das prestações. E, assim, começaram a ser utilizadas no direito brasileiro soluções para a cambiante moeda nacional.

Elaboram-se várias teorias, a da imprevisão, da teoria da base do negócio e da teoria das dívidas de valor, todas procurando solucionar casos de contratos que tivessem perdido seu fundamento econômico face à inflação.

Destas, a mais aceita pela doutrina e jurisprudência foi a teoria das dívidas de valor, que distingue entre dívidas consistentes em uma quantia certa em dinheiro e dívidas que, embora expressas em moeda, têm no entanto, por objeto proporcionar a obtenção ou recuperação de bens, objetos ou valores determinados.

A teoria das dívidas de valor, embora abranja multiplicidade de casos (alimentos, indenização de danos por ato ilícito, etc.) aos quais não mais se aplica o nominalismo monetário, não solucionou integralmente a questão.

Paralelamente, a indexação passou a ser convencionada ou legalmente estabelecida através de índices de revisão automática correspondentes à depreciação da moeda (ORTN, salário mínimo). Com o decurso do tempo e acentuando-se o fenômeno da inflação, a correção monetária, como solução, comunicou-se aos demais institutos, tanto de direito público, como privado; "cada vez", assinala o articulista, "que o fator tempo interferia no pagamento de quantias expressas "in pecunia" ou na determinação do valor dos bens, traduzido em moeda". Surgem, aos poucos, leis especiais que instituem a correção monetária em áreas específicas (desapropriação, alimentos, etc).

À margem da legislação continua lentamente o trabalho construtivo da jurisprudência.

A LEI E O DIREITO JUDICIÁRIO

8. ARNOLD WALD foi assíduo comentador do tema correção monetária; ao analisá-lo mais uma vez no artigo "A correção monetária na jurisprudência do S. T. F.", (in Rev. PGE, 23/59), fez muito oportunamente interessante preâmbulo. Salienta ele que no Estado de Direito, "cabe também à Suprema Corte o insubstituível papel de modernizar o direito, ou seja, adaptá-lo às novas condições sociais e econômicas e às aspirações do nosso tempo. Essa é a conclusão que se impôs em recente exame comparativo das funções dos tribunais supremos de vários países, nos quais se salienta que clarificar a norma jurídica importa sempre em modernizá-la, funcionando, na realidade o litígio entre as partes como simples pretexto a que a mais alta Corte do país possa, no interesse do direito, ou seja, no de todos os cidadãos, orientar os demais tribunais, encaminhando e retificando, sempre que necessário, a evolução do direito judiciário".

Ao justificar a sobrevivência de diplomas legislativos, como nosso Código Civil e Comercial, graças ao tratamento construtivo e modernizador do magistrado aos textos legais, o civilista se coloca em nítida oposição ao positivismo jurídico, que impõe ao juiz aplicação do direito como passagem da regra abstrata ao fato concreto por simples processo dedutivo.

Afinal, outro jurista, este professor da Universidade de Bruxelas, ao elaborar teorias relativas ao raciocínio judiciário (CH. Perelman, in *Méthodes du Droit, Logique Juridique, Nouvelle Rhétorique* 2.º édition, Dalloz, 1979), já sustentava que o sistema jurídico não é um sistema fechado, isolado do contexto cultural e político no qual se insere, ao invés dele sofre impulsionamentos constantes.

A elaboração do direito judiciário obedece a verdadeiro processo dialético, construindo sínteses entre a **legislação**, que evolui e se transforma respondendo às necessidades do meio político, econômico e social, e as decisões convincentes e satisfatórias quanto ao direito, porque juridicamente bem motivadas.

"Esta dialética, comprometida pela procura de uma solução convincente, instauradora da paz social, porque, a um só tempo razoável e conforme ao direito, coloca o poder judiciário em uma relação nova por referência ao Poder Legislativo.

Nem inteiramente subordinada, nem simplesmente oposta ao Poder Legislativo, ele (o Poder Judiciário) constitui um aspecto complementar indispensável, que lhe impõe um papel não somente jurídico, mas também político, o de harmonizar a ordem jurídica de origem legislativa com as idéias dominantes sobre o que é justo e equitativo em um meio dado. E a razão pela qual a aplicação do direito, a passagem da regra abstrata ao caso concreto não é um simples processo dedutivo, mas uma adaptação constante dos dispositivos legais aos valores em conflito nas controvérsias judiciárias" (obra citada, p. 84).

9. Salienta-se sobretudo, o papel da jurisprudência como fonte criadora do direito em um país como o nosso onde, ao lado da legislação básica, tradicional, cuja estrutura, forma e instituições se mantêm inalteradas, floresceram leis esparsas e numerosas decorrentes de urgentes transformações no campo sócio-econômico. É um fenô-

meno comum aos ordenamentos jurídicos latino-americanos, consoante assinala o jurista mexicano EDUARDO MONREAL. (El Derecho como obstáculo al Cambio Social, siglo vinte e uno Editores, 5.º ed.)

Para que se possa fazer do direito instrumento adequado às necessidades das novas realidades sociais, políticas e económicas surgidas da industrialização, tornaram-se necessários diplomas legais editados com carácter de urgência, que carecem de organicidade, têm defeituosa formulação técnica e não se harmonizam com o ordenamento sistematizado.

São as leis que regulam as sociedades anónimas, as relações de inquilinato, o arrendamento rural, o loteamento urbano, as desapropriações, a correção monetária, além de outras de cunho marcadamente social que visam o reconhecimento do direito das classes trabalhadoras, assistência e previdência social.

Essas leis coexistem com a legislação tradicional básica mas se trata de coexistência *"paralela sin que se produzca entre ambas una fusión o integración en un ordenamento sistemático único"* (op. cit. p. 24).

O que sucede? Uma ruptura no sistema jurídico nacional: conserva-se de um lado o sistema básico tradicional e se incorporam leis novas de sentido e conteúdo estranho e às vezes incompatível com a legislação codificada.

Para cimentar e harmonizar o conjunto de leis novas com o direito tradicional, há o trabalho da jurisprudência no sentido de abolir a dissociação e promover a interpretação de ambos os segmentos legislativos.

10. Quanto ao tema específico, correção monetária, informa o citado ARNOLD WALD, que o Supremo Tribunal Federal superou *"as divergências existentes em seu seio"*, realizando magnífica construção, através de inúmeras decisões sempre precedidas de amplo debate e que desembocaram na sua posição atual, que pode ser assim sintetizada:

"a) podem as partes livremente convencionar a correção monetária desde que não exista vedação expressa por norma de ordem pública;

b) a correção monetária não se confunde com os juros, pois ela é a atualização da própria dívida (31 A);

c) em todos os casos de responsabilidade civil cabe a correção monetária. Embora a Súmula n.º 562 só se refira aos danos materiais causados por atos ilícitos, o entendimento do Supremo abrange, atualmente, qualquer tipo de dano causado, tanto nas hipóteses de responsabilidade delitual, extracontratual ou aquiliana, como nos casos de responsabilidade contratual;

d) nas desapropriações, o atraso da administração no pagamento da indenização devida justifica a correção monetária, não obstante o disposto na Súmula n.º 416;

e) a correção deve incidir até o efetivo pagamento de débito ou da indenização (Súmula n.º 561);

f) admite-se a correção monetária em virtude de aplicação analógica da lei, não se exigindo, pois, lei expressa para que a correção possa incidir", (art. cit. p. 69).

CORREÇÃO MONETÁRIA E OS DÉBITOS FISCAIS

11. Em tema tributário, a Lei Federal n.º 4.357/64 que instituiu a correção monetária foi editada em 16 de julho de 1964, permitindo até então inexistente atualização dos débitos fiscais. A lei do Estado do Rio Grande do Sul, previsora da correção monetária e que reproduz no seu artigo 4.º, parágrafo único, a disposição do artigo 7.º da lei federal, é a 4.757, de 9 de julho de 1964.

Outras leis posteriormente surgiram expressando a tendência de sair do nominalismo para o realismo monetário em matéria fiscal. Como por exemplo, o Decreto-Lei n.º 858, de 11 de setembro de 1969, que dispõe sobre a correção monetária dos débitos fiscais do falido.

Em relação aos demais temas, como a incidência da correção monetária da multa, já em 1977 o Supremo Tribunal Federal, repeliu o recurso interposto por contribuinte, concluindo superado o dissídio jurisprudencial e decidindo no sentido de que *"a correção monetária incide também sobre a multa fiscal, e não somente sobre o tributo. Reexame do tema pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Dissídio jurisprudencial superado"*. (Acórdão publicado na RTJ n.º 81, p. 878/879).

Somente em 1980 foi editada Lei Estadual (n.º 7.349/80) que determina a correção monetária no que se refere a multas lançadas por infrações.

Em 1980, no RE 84.578, de São Paulo (publicado na Revista Lex, p. 89, n.º 20), a Primeira Turma da Suprema Corte decidiu aplicar **por analogia** a norma tributária do Estado-membro que concede a correção monetária para o caso previsto em seu texto aos **casos de restituição do indébito tributário**.

Assim, além de considerar inteiramente legítima a incidência da correção monetária sobre imposto e multa, o Supremo dá provimento a vários recursos visando a realização de nova avaliação de bens em processos de inventário e partilha, face à desatualização dos bens encontrados na primeira. A repetição da avaliação, até então só permitida nos expressos casos do artigo 1.010 do CPC (dolo, erro, etc.), passou a prevalecer:

"Imposto de transmissão causa mortis. Inventário. A jurisprudência do STF consagra o princípio da atualização do valor tributável, de modo a justificar-se, quando envelhecida significativamente a primeira, a realização de nova avaliação". (Rev. LEX, n.º 30, p. 276, RE 93.707, RJ)

Significativamente, afirma o Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, em RE 80.093-Pleno DJ-2/1/77, que a correção monetária serve tão-somente para exprimir, por cifra diversa, o mesmo valor intrínseco.

De resto, vale sublinhar em rápidos traços a natureza da correção monetária, de modo a extremá-la da noção de mora, de ressarcimento ou sanção de ato ilícito.

A correção monetária de débitos fiscais não se configura:

a) como penalidade para o contribuinte, por descumprimento de deveres legais cuja ação ou omissão é contrária à lei;

b) não se relaciona com a mora, ou seja, atraso na prestação da obrigação tributária.

No primeiro caso, se impõe a aplicação de penalidade pecuniária (multa fiscal), no segundo, cabe a imposição de multa moratória (mora fiscal).

12. Na correção monetária prevalece a **nota da desvalorização da moeda** num período de tempo determinado e a necessidade de atualização dos valores a serem pagos ao erário em função das alterações do poder aquisitivo no mesmo período. Tal correção é feita com a adoção de números-índices que correspondem à depreciação da moeda. Inexistindo variação da moeda, a correção não pode ser aplicada.

HECTOR B. VILLEGAS, professor da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Córdoba (Argentina) em artigo publicado na RDT n.º 2, out/dez 1977, ao analisar a introdução no direito tributário argentino do sistema de correção monetária explica, precisamente, que as somas que se devam pagar como consequência de se aplicar a correção monetária não têm caráter de *“penalidades y por ello es que durante períodos de estabilidad monetaria y con inflación cero, no se produciría incremento en las deudas derivado deste mecanismo. Tanto la existencia misma como la cuantía del incremento por indexación dependen, no de circunstancias relacionadas con la conducta omissiva o fraudulenta del deudor, sino de algo ajeno a él como es la marcha estabilizada o no de la economía. Es cierto que en algunos casos la corrección monetaria se origina al igual que la penalidad, en un incumplimiento del deudor, pero contrariamente a lo que ocurre con la penalidad, el reajuste por indexación está siempre condicionado a que el signo monetario se desvalorice por inflación. Además, mientras la penalidad es siempre consecuencia de violación a un mandato normativo, la indexación tributaria puede aplicarse aun cuando no haya violación alguna...”* (p. 10).

INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 36 E 37 DO CTN

13. A norma jurídica tributária descreve fatos, situações de fato, conjunto de situações de fato, a cuja ocorrência na realidade o legislador vincula o nascimento de uma obrigação tributária.

Ocorre a incidência da norma quando concretamente acontecidos os fatos descritos na sua hipótese de incidência, relacionados com pessoa nela prevista, irradiando-se imediatamente efeitos jurídicos: a relação jurídica tributária eminentemente obrigacional, com seu conteúdo específico de direito e dever; de um lado, o direito subjetivo público do Estado de haver o tributo, e de outro o dever jurídico do sujeito passivo de prestá-lo. Tem-se configurado o tributo na sua acepção dinâmica, que PAULO DE BARROS CARVALHO (Teoria da norma tributária, p. 60/61. 2ª ed.) identifica com o próprio vínculo jurídico estabelecido entre o Estado (de regra o sujeito ativo) e o sujeito passivo.

Não-incidência é conceito relacionado com incidência e tem lugar quando os elementos descritos na lei não se concretizam, impedindo o surgimento da obrigação tributária.

“Ocorre a incidência da lei tributária”, assinala JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES (in *Isenções Tributárias*, 2ª ed., 1980, p. 197, Ed. Sugestões Literárias), *“quando determinada pessoa ou coisa se encontra dentro do campo coberto pela tributação; dá-se a não incidência, diversamente, quando determinada pessoa ou coisa se encontra fora do campo de incidência da regra jurídica de tributação”*.

SOUTO MAIOR, ao estudar as isenções tributárias, considera o fenômeno de não incidência como fenômeno amplo, que abrange a não incidência legalmente qualificada (isenções), a constitucionalmente qualificada (imunidades) e, por fim, a não incidência pura e simples, que ocorre *“quando inexistentes os pressupostos de fatos idôneos para desencadear a incidência automática e infalível”* da norma sobre o seu fato gerador.

Ocorre, porém, em certos casos, que por simples expediente de técnica legislativa, o legislador refere a circunstância de ordem pessoal material, atos, fatos ou acontecimentos, esclarece ainda o tributarista, a fim de qualificá-los, não como fatos jurídicos (fatos geradores) mas para deixar claro que eles não estão abrangidos pela tributação.

Precisamente, a técnica usada pelo legislador no CTN ao definir no artigo 36 que o imposto sobre transmissão de bens imóveis e direitos a ele relativos (cuja h. l. está traçada no artigo anterior), **não incide** sobre a transmissão de bens ou direitos referidos no artigo anterior, nas seguintes situações:

“I — quando efetuada (a transmissão) para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito;

II — quando decorrente da incorporação ou da fusão de uma pessoa jurídica por outra ou com outra”.

A norma do artigo 36 do CTN contempla hipótese de não incidência pura e simples para o fim de explicitar o suporte fático do tributo, declarando fatos (transmissão de imóveis destinada à incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital, etc.) não para considerá-los sujeitos ao tributo, mas para estabelecer que são irrelevantes, que não ingressaram no mundo jurídico.

Da interpretação conjunta, porém, dos artigos 36 e 37, resulta em considerar que a idéia do legislador expressa nos dispositivos consiste na fixação de um requisito para que ocorra a não sujeição ao imposto em questão de imóveis e direitos a ele relativos nos casos que estatui.

Já que a razão de ser da não-incidência do tributo nos casos de incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito, etc., (I, e II, art. 36) reside em promover o favorecimento da empresa, no sentido de sua capitalização, suprima-se este, por dispensável, quando a empresa se dedicar à comercialização imobiliária.

Daí porque o artigo 37 dispõe expressamente **que não se aplica o disposto no artigo anterior**, relativo a não-incidência, quando "a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação da propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição".

Configurada a prática preponderante pela pessoa jurídica adquirente de atos jurídicos de compra e venda e locação, incide o artigo 35 do CTN, ou seja, retorna-se à regra geral que faz incidir o tributo sobre as transmissões de imóveis, etc. Diante da **atividade específica e preponderante**, exaure-se a não-incidência, enquadrando-se a pessoa jurídica no fato gerador previsto em lei.

Pergunta-se: que fato gerador? Ocorrido em que época? Trata-se de um único fato gerador da obrigação tributária, ou seja, a transmissão imobiliária, ocorrida quando da conferência do imóvel ao aumento de capital promovido pela demandante.

Eis aqui o fato gerador típico (*fattispecie típica*) que dá lugar ao surgimento da obrigação tributária; é o pressuposto relevante para a produção desse efeito jurídico.

No caso dos autos, o fato gerador ocorreu no dia em que a demandante publicou a ata relativa ao aumento de capital para a qual concorreu o imóvel (Loja 12 da Rua João Amorim de Albuquerque) no valor de Cr\$ 4.680.000,00, ou seja, em 26 de dezembro de 1978.

Esta interpretação é a mais razoável e lógica, e se torna elucidada face ao § 3.º do artigo 37 que expressamente **determina a aplicação da lei em vigor à época da aquisição**, reportando-se, pois, à época da ocorrência do fato gerador:

"Verificada a preponderância referida nesse artigo, tornar-se-á devido o imposto, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nesta data".

E seria incorreto argumentar que se transferiu para momento futuro a verificação da incidência ou não dos tributos como quer a demandante. E que, somente após o "decorso dos prazos legais, a partir da aquisição, é que nascerá a obrigação tributária", (inicial, fls. 7), ou seja, dos prazos previstos nos parágrafos 2.º e 3.º do art. 37.

Ora, os parágrafos 1.º e 2.º do art. 37 fornecem apenas meios e critérios para que o fisco estadual possa apurar o fato consistente no exercício de atividade preponderante de compra e venda ou locação de imóveis descrita no "caput" do mesmo artigo.

"§ 1.º — Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo quando mais de 50% da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 anos anteriores e nos 2 anos subsequentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo."

"§ 2.º — Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior, levando em conta os 3 primeiros anos seguintes à data da aquisição."

O elemento **tempo**, e outras circunstâncias mencionadas nos parágrafos citados

não são constitutivos do fato gerador do imposto, são elementos exteriores ao fato gerador do imposto de transmissão que se define pelos aspectos traçados na sua hipótese de incidência; transmissão da propriedade de bens imóveis ou direitos a ele relativos (intervivos, causa mortis, etc).

A integralização do aumento de capital mediante a incorporação da sala n.º 12 do Largo João Amorim Albuquerque ao patrimônio da pessoa jurídica adquirente constitui o momento eleito pelo legislador para considerar configurado o fato gerador da obrigação tributária, apurada a base de cálculo (valor da transmissão à época), e a alíquota estabelecida na lei então vigente.

13. Assentado, pois, que o fato gerado da obrigação tributária tenha ocorrido no ano de 1978, e que, embora a ele se aplique a lei definidora da base de cálculo e alíquota (1%) vigente à época, torna-se perfeitamente lógico e cabível a indexação do montante de tributo assim apurado. Tanto mais, que o artigo 97, § 2.º do CTN, que aqui pode analogicamente aplicar-se, estatui que "não constitui majoração do tributo para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo". Em síntese: o princípio da reserva da lei tributária formal e material que rege a majoração de tributos não se considera afetado na hipótese de correção monetária, quer do quantum a pagar, quer da própria base de cálculo.

Trata-se, além disso, de orientação já firmada pelo STF que afastou-se, lenta mas definitivamente, do apego ao princípio da reserva da lei, admitindo, como bem afirma Arnold Wald, não só que a correção monetária não se confunde com os juros, pois que ela é a atualização da própria dívida, mas que também ela é admitida "em virtude de aplicação analógica da lei, não se exigindo lei expressa para que a correção possa incidir".

No caso dos débitos fiscais, existe lei de caráter geral (Lei n.º 4.357, de 16 de julho de 1964), bem como Lei Estadual n.º 4.757, de 9 de julho de 1964, que determinam a correção monetária dos débitos fiscais.

15. Finalmente, a atualização do tributo que recai sobre a transmissão imobiliária referente ao imóvel adquirido pela demandante não afronta o artigo 37 do CTN, que não a impede, proibindo, apenas a nova avaliação do bem transferido.

Demonstrado que a correção monetária não **altera** o valor do tributo, entendese ser ela plenamente cabível no caso sob pena de causar a inflação o aniquilamento do credor (no caso o fisco estadual) e de conduzir ao ilícito enriquecimento do devedor.

O lucro do último consistiria na perda do valor aquisitivo da moeda constatada no período de 1978 até a presente data.

Note-se que o bem em questão, segundo avaliação, procedida em 24 de março de 1982, possui o valor atual de Cr\$ 25.627.500,00 (doc. anexo).

Requer a realização de prova pericial para o fim de apurar a ocorrência da preponderância da atividade prevista no artigo 37 do CTN.

Pede a improcedência da ação, condenada a autora nas cominações legais.

PORTO ALEGRE, 29 de abril de 1982.

BASE DE CÁLCULO DO ICM E O CHAMADO "CONFISCO DA SOJA" CONTESTAÇÃO*

Jacques Távora Alfonsin

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA
FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DE PORTO ALEGRE.

Proc. 01179301625.

Ação ordinária.

Autora — GERMANO DOCKHORN S.A. AGRICULTURA INDÚSTRIA E COMÉRCIO.

Réu — ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

Contestação.

Objeto — O lançamento tributário tem prazo decadencial para ser elaborado (art. 173 CTN), motivo pelo qual a cassação da liminar anteriormente concedida a contribuinte, em Mandado de Segurança, é suficiente para desencadeá-lo (151 inc. IV CTN), especialmente quando, ao mesmo contribuinte, só resta o Recurso Extraordinário para modificar a decisão judicial que não conheceu do remédio (art. 543, § 4º do CPC). A simples contribuição fiscal ou parafiscal, não se estende a proibição no § 1º do art. 21 da Constituição Federal, podendo ela, portanto, ter a mesma base de cálculo de imposto. O exemplo da 'Súmula' 553 STF. O ICM tem base de cálculo prevista em lei, na saída de mercadorias para o exterior (Decreto-Lei 406/68, art. 2º, § 8º, e Lei estadual 6.485/72, art. 12, inc. VII), não podendo tal previsão ser afetada por simples resolução de Banco, mesmo que seja o Central.

MERITÍSSIMO SENHOR

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu procurador abaixo firmado, na ação ordinária que lhe move GERMANO DOCKHORN S.A. AGRICULTURA INDÚSTRIA E COMÉRCIO, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, em contestação, expor — o necessário provará — e requerer o que segue:

1. A Preliminar de nulidade do lançamento levantada pela A. não subsiste diante da natureza do direito do R.

1.a A inicial pretende, antes do exame do mérito, que esse MM. Juízo decrete a nulidade do lançamento tributário que a Fazenda Estadual elaborou sobre suas dívidas não pagas, em 23-11-79, sob a alegação de que, somente a 4 de dezembro de 1979 (onze dias de diferença...) é que transitou em julgado a decisão que inadmitiu o Recurso Extraordinário por ela interposto no processo de Mandado de Segurança anterior, ver-

*Originalmente publicado na RPGE nº 35, 1983

sando a mesma matéria da presente ação.

1.b Não bastassem a expressa disposição do § 4º do art. 543 CPC ('O recurso extraordinário será recebido unicamente no efeito devolutivo') e o disposto no art. 173 CTN (que *extingue* o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário em cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento devesse ser efetivado), desautoriza a preliminar da A. doutrina específica sobre a matéria:

"Afirma-se indistintamente, que a liminar subsiste *sempre*, até o trânsito em julgado da sentença denegatória, é retirar do juiz o poder de revogá-la quando verifique a sua inconveniência ou desnecessidade. E tornar irrevogável uma decisão caracteristicamente precatória e provisória. Pelo outro extremo, considerar-se *sempre* cassada a liminar, quando a sentença denegue a segurança é tornar inane uma providência cautelar instituída, precisamente, para evitar lesões irreparáveis." (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ação popular*, 4.ed., p.44. Grifos do A.)

1.c. Ora, no caso, pela própria inadmissão do R. E. da A., contra a qual já não possuía ela nenhum recurso com efeito suspensivo, 'lesões irreparáveis' quem iria sofrer era a Fazenda Estadual se permanecesse à espera de novas investidas judiciais da A.

1.d. Deve ser desacolhida, portanto, por falta de apoio legal e injuridicidade, a preliminar invocada pela A., reconhecendo-se existente, válida e eficaz a iniciativa fiscal contra ela promovida.

2. A alegada impossibilidade de a base de cálculo do ICM apanhar a cota de contribuição na exportação da soja, por ferir a imunidade recíproca entre União e Estado, confunde norma constitucional de eficácia plena, com norma constitucional de eficácia limitada. Basta interpretação sistemática para afastar o argumento; acórdão do STF de remota cogitação para o caso "sub judice".

2.a. Toda a ênfase da inicial, em defesa de sua tese principal, (impossibilidade de o ICM sobre o soja exportado ser calculado sobre o preço da mesma exportação no qual já figure a quota de exportação estabelecida pela resolução nº 421 do Banco Central) aparece, mesmo, a partir do item 4.4 daquela peça, quando a A. transcreve, quase integralmente, acórdão do STF no qual se veta cálculo do ICM que apanhe taxa do Instituto do Açúcar e do Alcool.

2.b. Como tal Instituto é uma *autarquia* da União, e o acórdão referido aborda a questão também sob o ponto de vista das taxas devidas ao referido Instituto, tornando-se extremamente difícil, assim, perceber-se a identidade entre o lá decidido e o aqui por julgar, já que a A. é uma mera sociedade privada (pessoa jurídica bem diferente da autarquia) e a matéria ora em debate cifra-se, exclusivamente, à *contribuição* (coisa muito diferente de taxa) em concorrência com o ICM, esforça-se a A. em pregar, não obstante, a perfeita adequação desta luva tão larga para uma mão tão pequena.

2.c. Com efeito, são remotíssimos os pontos de contacto entre o acórdão trazido

à colação pela A., e aquilo que está sendo pleiteado nesta ação. Não só os destinatários das normas constitucionais aplicadas no venerando decisório são diferentes, como as relações jurídicas, sobre as quais elas incidem, são outras.

2.d. Começa que o acórdão do STF — cuja fonte de publicação a A., lamentavelmente, esqueceu-se de indicar, o que dificulta saber-se até *a data* em que foi exarado — julgava mandado de segurança impetrado contra ato do Diretor da Receita Federal em São Paulo, baixado em período anterior à *Emenda Constitucional nº 1/69* e ao *Decreto Lei 406/68*, pois, conforme se lê na transcrição do voto do Min. Antonio Neder, lá se refere tal ato como sendo de 8-12-67 (GR nº 24). O eminente relator já tivera dificuldade, como se lê uma página antes, na inicial, em ver dissídio jurisprudencial envolvendo a matéria que julgava (ICM) e o aresto padrão (IVC), transpondo também a cada passo, as disposições constitucionais discutidas, naquele caso (art. 157 §§ 8º e 9º da C.F. de 1967) para as disposições da Emenda em vigor (art. 163 parágrafo único da C.F. de 1969).

2.e. Depois, impossível ignorar-se o fato de que o referido decisório examinava principalmente, o recolhimento do ICM também sobre as taxas e contribuições devidas ao Instituto do Açúcar e do Alcool, que é uma *autarquia* da União. Taxas e contribuições devidas a uma *autarquia* são coisas bem diversas de contribuições, apenas, instituídas a favor de um "Fundo de Defesa de Produtos de Exportação, à disposição do Conselho de Segurança Nacional", (Resolução 421 do BC, item II).

2.f. As primeiras estão vinculadas à pessoa jurídica da autarquia, são a sua renda, sustentam os serviços que ela presta, têm um caráter de estabilidade muito maior. As segundas, entre essas as discutidas aqui, estão vinculadas a um programa, a um projeto político governamental de intervenção no domínio econômico, visam regular o mercado, limitar administrativamente, o próprio direito de propriedade ("Fundo de defesa de produtos de exportação"), num determinado setor da atividade mercantil, na proteção específica dessa mesma atividade; entre essas contribuições, as de tipo "confisco", como as que estão em exame, são muito mais instáveis e episódicas.

2.g. Que as hipóteses de incidência sobre as quais se debruçou o acórdão, porém, e aquelas que, aqui, pedem julgamento, não são as mesmas, *comprova-no* as próprias disposições constitucionais, que partilham a competência tributária, e que são tidas pela A. como violadas pelo R.

2.h. O art. 19, inciso III, letra a) da Constituição Federal dispõe:

"É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I — instituir imposto sobre:
a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros."

Trata-se de norma constitucional de eficácia plena, independente de qualquer lei complementar ou ordinária para entrar em imediato vigor, tendo como destinatários expressos as pessoas jurídicas de direito público interno, vetando-lhes instituir imposto (!) sobre o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros.

2.i. Logo depois o § 1º do art. 19 ainda melhor explicita tal disciplina, mostrando, por si só, em quanto o acórdão trazido em apoio da inicial *estava certo em relação à autarquia Instituto do Açúcar e do Alcool*, e em quanto ele é estranho à hipótese discutida nos autos:

'O disposto na alínea a do item III é extensivo às autarquias no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes; mas não se estende aos serviços públicos concedidos, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto que incidir sobre imóvel objeto de promessa de compra e venda.'

2.j. Por aí já se observa que, não só o tipo de tributo, como o destino mesmo das receitas e as relações jurídicas das quais elas derivam são fundamentais na mensuração de qualquer conflito de competência capaz de ferir a imunidade recíproca. As taxas e as contribuições devidas à autarquia Instituto do Açúcar e do Alcool vinculadas às suas finalidades essenciais não podiam, realmente, ser alcançadas pelo ICM; situação bem diversa a da cota de contribuição estipulada sobre o valor de uma determinada atividade econômica a um Fundo que visa, justamente, proteger essa mesma atividade.

2.l. Se fossem iguais as taxas do I.A.A. e a cota de contribuição aqui discutida, quem estaria ferindo, no caso, a imunidade recíproca? A União, que toma, para cálculo da cota, o preço do produto exportado, com todos os valores que o compõem (entre eles o próprio ICM estadual, outros impostos federais e, até, municipais, cujo custo, sem dúvida, integram o preço) ou o Estado, que toma a base de cálculo sobre o mesmo preço, já que nele está integrada a cota?

2.m. Como se verá a seguir, as próprias normas constitucionais são suficientes para responder a tais perguntas ainda que o legislador constituinte, através de norma constitucional de *eficácia limitada* tenha delegado solução à Lei Complementar:

'Lei Complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nessa matéria, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder de tributar.' (art. 18 § 1º da Emenda nº 1/69)

2.n. Ora, naquilo em que o CTN, anterior à Constituição Federal, com ela não conflitou, não há quem negue a tal ordenamento jurídico o caráter de lei complementar à Constituição, em que pese todas as demais que se editaram, com fins tributários e nessa mesma hierarquia. A propósito, o art. 9º inciso IV letra a) do CTN tem a mesmíssima redação do tão discutido aqui, art. 19 inciso III, letra a) da Constituição Federal. No caso, o que a A. faz, desde a inicial, pela lembrança do acórdão do STF que a acompanha é repetir somente essa última disposição da Constituição, que é de eficácia plena, esquecida do art. 18 § 1º da Emenda nº 1/69, que é de eficácia limitada, dependente de lei posterior, ou paralela como é o caso do CTN; essa falta de lembrança pode lhe ser fatal, "data venia", pois qualquer interpretação sistemática que se faça dos artigos da

Constituição Federal pertinentes à matéria em debate, e os do CTN, convencem que nenhum direito assiste à A. pelo simples fato de que

3. A contribuição pode ter a mesma base de cálculo do imposto.

3.a. Diz o art. 21 § 1º da Constituição Federal:

'A União poderá instituir outros impostos (!), além dos mencionados nos itens anteriores, desde que não tenham fato gerador ou base de cálculo idênticos aos dos previstos nos artigos 23 e 24. O art. 18 § 2º da mesma C.F. já dispusera que para cobrança de taxas não se poderá tomar como base de cálculo a que tenha servido para a incidência de impostos.'

Compare-se tais disposições com a do § 2º inciso I do mesmo art. 21:

'A União pode instituir:

I — contribuições (!), nos termos do item I deste artigo (que prevê instituição submetida à lei, alteração de alíquotas e bases de cálculo) tendo em vista intervenção no domínio econômico e o interesse da previdência social ou de categorias profissionais.'

3.b. Ainda que se ignore a acesa discussão dos doutos sobre se tais contribuições são taxas ou "impostos especiais", o seu tratamento diferenciado ressalta, já no próprio texto constitucional; e de maneira mais evidente ainda na disposição do art. 163:

'São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.'

Parágrafo único — para atender a intervenção de que trata este artigo, a União poderá instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer.

3.c. O CTN, por sua vez, repete a proibição de a taxa ter a mesma base de cálculo de imposto (art. 77 § único), mas simplesmente consagra a melhor interpretação do texto constitucional contido no art. 21 inciso I quando admite a não exclusão da incidência e da exigibilidade de várias contribuições lá arroladas, além dos impostos que gravam os mesmos fatos geradores sobre os quais elas serão cobradas.

3.d. Diz, com efeito, o art. 217 CTN:

'As disposições desta lei, notadamente as dos artigos 17, 74, § 2º, e

77, § único, bem como a do art. 54 da Lei nº 5.025 de 10 de junho de 1966, não excluem a incidência e a exigibilidade:

I -

V - das contribuições enumeradas no § 2º do art. 34 da Lei nº 4.863, de 29 de novembro de 1965, com as alterações decorrentes do disposto nos artigos 22 e 23 da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, e outras de fins sociais, criadas por lei.

Note-se que o art. 54 da Lei nº 5.025 de 10 de junho de 1966, expressamente lembrado no "caput" desse artigo, era o que tratava, nada mais nada menos, do que do comércio exterior do país, vetando qualquer outro imposto sobre exportação, que não o próprio da exportação...

3.e. Inafastável, assim, a superposição, aqui legalmente admitida, de tais contribuições em relação aos impostos, ainda que coincidentes as respectivas bases de cálculo.

Monografia específica e recente, sobre a matéria, prega exatamente isso:

Impostos, no sistema tributário brasileiro, são os que a Constituição atribui nos arts. 21, 23 e 24, respectivamente à União, aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Não tendo a Constituição incluído as contribuições parafiscais naqueles dispositivos, delas tratando em outro (21, § 2º I), forçoso é considerar que, embora sejam receita tributária, não configuram impostos ordinários do tipo tradicional." (NASCIMENTO, A. Theodoro, *Tratado de Direito Tributário Brasileiro — Preços, taxas e para fiscalidade*, Rio, Forense, 1977, p. 422)

"Se, antes, a proibição contida no parágrafo único do art. 77 do Código Tributário não excluía a incidência e a exigibilidade das contribuições parafiscais, com maior razão não excluirá agora, quando o texto constitucional (Emenda 1/69) afasta qualquer possibilidade de confundirem-se as duas categorias tributárias. A espécie não comporta outro raciocínio senão o de que as taxas não podem ter fato gerador ou base de cálculo idênticos aos de imposto, mas a contribuição parafiscal poderá, porque contra esta não prevalece aquela proibição. Ajusta-se, destarte, o texto da lei à realidade dominante no caso brasileiro, em que a constante é a coincidência do fato gerador e base de cálculo da contribuição parafiscal com os de impostos, notadamente o de renda". (idem, ob. cit., p. 437).

3.f Para que não fique nenhuma dúvida de que o referido autor está se referindo, em seus comentários, tanto às contribuições parafiscais de fins sociais, quanto às de fins econômicos, que são as que interessam, no caso "sub judice", arremata ele:

"Sublinhando que as contribuições consideradas no seu art. 217 são "as de fins sociais", o Código Tributário Nacional, promulgado na

vigência da Emenda 18, de 1º-12-65, à Constituição de 1946, submeteu às suas disposições aquelas de caráter econômico. Essa diferença de tratamento, se era admissível naquele regime, que aludia apenas à contribuição de previdência (art. 157, XVI, da C.F. de 1946) não parece se justificar a partir do momento em que a Constituição Federal de 1967 (Emenda 1/69) passou a aludir aos dois tipos de contribuição — a de fins sociais e a de fim econômico —, dando-lhes igual tratamento. Para exemplo, ambas por lei terão que ser criadas, porque, em sendo tributo, sua instituição fica subordinada ao disposto no art. 19, I, da Constituição.

4. Conclusão. A "Súmula" 553 do STF

Se o acórdão do STF, lembrado na inicial pela A., nada guarda de comum com o que ela pleiteia, muito menos os que ela lembra exarados aqui no Trib. de Justiça do Estado; até pelo contrário. Esses favorecem a tese do Estado defendida nesta contestação — a de que o imposto de circulação de mercadorias deve ter como base de cálculo o preço real da mercadoria exportada e tal preço, a toda evidência, toma como — um de seus componentes o montante da cota de contribuição instituída na Resolução nº 421 do Banco Central.

Parece dispensável, à essa altura do debate, repetir o R. que a base de cálculo do imposto que ele cobra encontra apoio na disposição do Decreto-Lei nº 406, art. 2º § 8º, repetido na Lei Estadual nº 6.485/72, a qual dispõe no art. 12, inciso VII, o seguinte:

'A base de cálculo do imposto é:

VII — O valor líquido faturado, a ele não se adicionando frete auferido por terceiro, seguro, ou despesas decorrentes dos serviços de embarque por via aérea ou marítima, na saída de mercadorias para o exterior, para empresas comerciais que operem exclusivamente no comércio de exportação ou para armazéns alfandegados e entrepostos aduaneiros.'

Incluir-se, nas deduções aí permitidas, a cota de contribuição do Banco Central equivaleria admitir que o ônus fiscal da mesma não fosse suportado por quem o devia, no caso a A., mas, pelo menos em parte, fosse transferido ao Estado R., o que raia ao absurdo.

Muito maior afinidade guarda, com o caso "sub judice", a "Súmula" 553 do STF, em vez daquele acórdão que envolve taxa vinculada à autarquia e que é lembrado com tanta ênfase pela A., na inicial:

'O adicional do frete para renovação da marinha mercante (AFRMM) é contribuição para fiscal, não sendo abrangido pela imunidade prevista na letra d, inciso III do art. 19 da Constituição Federal.'

Nessa esteira segue a melhor doutrina, já lembrada no item 3 e suas letras, acima, admitindo mesma base de cálculo para imposto e contribuição.

As perguntas que o item 2-L supra fizeram encontram respostas convincentes,

portanto, não só do R., como dos mais doutos nos itens 3.a até 3.f acima arrazoados; e na "Súmula" 553 STF. Em resumo, a exigência fiscal do R., em fazer a base de cálculo do ICM sobre o soja exportado pela A., alcançar o preço real de tal exportação, no qual se encontra a cota de contribuição prevista nas resoluções do Banco Central, à época de tais exportações, é perfeitamente legal e justa, como legítimo o é, igualmente, o lançamento pela A., impugnado.

É o que espera e pede o R. seja, igualmente, reconhecido por Vossa Excelência, facultando-se-lhe o uso de todas as provas para fundamentar o que alega, inclusive documentais e periciais, julgando-se, a final, a ação inteiramente improcedente, condenando-se a A. a pagar as custas processuais, honorários de advogado do R., e demais cominações de lei.

PORTO ALEGRE, 31 de março de 1980.

SENTENÇA VISTOS:

I. GERMANO DOCKHORN S/A, Agricultura, Indústria e Comércio, ajuizou ação contra o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL pleiteando a declaração de nulidade ou, em sucessão alternativa, da ilegalidade do Auto de Lançamento (ICM) número 50079067, de 23 de novembro de 1979, pelo qual o réu pretende cobrar da autora a quantia de Cr\$ 436.786,28, a título de imposto; Cr\$ 436.786,28, na qualidade de multa; e Cr\$ 294.318,37, como correção monetária, crédito fiscal oriundo de atividade exportadora de feijão soja para o exterior do País.

Entende a contribuinte que o Imposto de Circulação de Mercadorias deve ter sua base de cálculo, na espécie, estabelecida com exclusão da parcela denominada popularmente "confisco cambial", quota de contribuição instituída pela Resolução nº 421, de 23.3.77, do Banco Central do Brasil, alterada pela Resolução nº 426, de 3.5.77, daquela entidade federal. Já o Estado considera dever ser incluída tal parcela na base de cálculo do ICM, daí resultando a autuação da demandante que pede judicialmente seja invalidada.

Narra a autora haver impetrado mandado de segurança preventivo, para escapar à exigência fiscal, tendo obtido liminar. Vencida em primeiro grau de jurisdição, apelou ao Tribunal de Justiça do Estado, onde o recurso não logrou provimento, sendo então cassada a liminar. Inadmitido o recurso extraordinário, tornou-se definitiva a decisão, que dava por incabível o *mandamus* para os fins objetivados.

Antes de intimada da decisão, foi a autora surpreendida pela lavratura do auto de lançamento já mencionado. Dentro dos 30 dias subsequentes, fez o depósito administrativo, com redução permitida de 50% do valor da multa, a fim de poder discutir a legalidade da ação da autoridade, com o que o crédito fiscal em debate reduziu-se para Cr\$ 949.497,79.

Então, afirma ser nulo o auto de lançamento porque realizado quando ainda vigente a liminar concedida no mandado de segurança, pois o artigo 151, do Código Tributário Nacional, dá efeito suspensivo a tal interlocutória quanto à exigibilidade do crédito tributário. Nulificado o lançamento, deve o depósito administrativo ser devolvido à contribuinte, com juros de 12% ao ano e correção monetária, bem assim verbas de

sucumbência.

Mas, mesmo que assim não se faça, a iniciativa fiscal padece de ilegalidade porque o valor da operação — na forma do art. 2, I, § 8, do Decreto-Lei nº 406, de 31.12.1968 — é o valor líquido faturado, dele descontada a quota de contribuição devida à União; é o valor que ela percebe quando exporta (FOB), que lhe é efetivamente liberado como pagamento da mercadoria exportada. Cita precedentes jurisprudenciais relativos à hipótese análoga, da contribuição devida ao Instituto do Açúcar e do Alcool, pois esta não integra a base de cálculo do ICM. E tal contribuição, autorizada pelo artigo 163 e § único da CF, com a redação da Emenda 1/69, já previsto no artigo 157, §§ 8º e 9º, da CF de 1967, deflui da intervenção da União no domínio econômico, tendo a mesma natureza daquela instituída nas exportações de soja em grão, esta destinada a subsidiar preços dos produtos, nas vendas ao mercado externo. De qualquer maneira, sendo vedado à União, aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios criar impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços uns dos outros (art. 20, III, a, da Constituição Federal), o réu não pode integrar, na base de cálculo do ICM, o valor da contribuição recolhida à União.

Disso resulta a ilegalidade da pretensão fiscal e o dever de restituir o depósito administrativamente feito, com juros, correção monetária e verbas de sucumbência.

II. Citado, o Estado ofereceu sua resposta, na modalidade de contestação, asseverando que o lançamento tributário está sujeito a prazo decadencial, motivo porque a cassação da liminar é suficiente para permiti-lo, especialmente quando só resta ao contribuinte recurso extraordinário para modificar a decisão que cassou a liminar. A contribuição fiscal, ou parafiscal, não se subsume na vedação contida no artigo 21, § 1º, da Constituição Federal, podendo ela ter a mesma fase de cálculo do imposto estadual, invocada a Súmula 553 do STF, no atinente. Fixada a base de cálculo do ICM por lei federal e por lei estadual, simples Resolução do Banco Central não pode alterá-la.

III. Falou a autora sobre a contestação, prova alguma tendo sido requerida na oportunidade para tanto facultada, exarou parecer o órgão do Ministério Público, pela improcedência da ação. Após, preparados, os autos vieram conclusos para julgamento antecipado.

IV. A ação desdobra dois pedidos, em sucessão alternativa. Examinando-os um a um, tem-se primeiramente como improcedente o pedido de declaração de nulidade do lançamento fiscal impugnado.

A demandante impetrara mandado de segurança preventivo contra a exigência do Fisco Estadual de fazer calcular o valor-base de incidência do ICM integrando nele o percentual da quota de contribuição (confisco cambial), instituída pela Resolução nº 421/77, do Banco Central do Brasil. Obteve liminar, mas a segurança a final lhe foi denegada. Desprovido o recurso interposto pela impetrante, veio a ser também recusado o seguimento a extraordinário por ela oposto. Antes de intimada desta última decisão, lavrou o réu o auto de lançamento.

O mandado de segurança é ação mandamantal, cuja liminar se mantém vigorante enquanto não decido finalmente. O juízo da cautela, que pode prover liminarmente, pode modificar a provisão, ou revogá-la a qualquer tempo. Assim, a sentença de

improcedência — desacolhimento de pedido — tem força revogatória da liminar eventual e inicialmente concedida. O próprio duplo afeito da apelação não impõe a manutenção da cautela, na hipótese de prestação jurisdicional definitiva desfavorável.

Mesmo que assim não fosse, *in casu*, a sentença fora confirmada pelo juízo de 2º grau, cabível então só recurso extraordinário que, sabidamente, não tem efeito suspensivo. Daí que perfeitamente própria a ação da autoridade fiscal, lançando o tributo, independente do seguimento do extraordinário apelo.

A reconhecer, em derradeiro, que o lançamento tributário é ato jurídico de natureza declaratória não constitutiva (ALÍOMAR BALEEIRO, *Direito Tributário Brasileiro*, 2ª ed., pág. 443). Por isto, não é alcançado por normas afinentes à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, momento em lógica jurídica posterior ao da declaração.

Improcede então o primeiro pedido da inicial.

No tocante ao segundo pedido, vê-se fundamentada a demandante na vedação constitucional do artigo 19, III, a), da CF vigente. Afirma que do valor faturado na exportação de soja, parte é destacada e adjudicada à União, em face da quota de contribuição tratada nas Resoluções 421 e 426, do Banco Central do Brasil. Constituindo tal quota renda da União, seu valor não pode integrar a base de cálculo do ICM, por infringir tal prática o princípio da imunidade tributária dos entes públicos nacionais.

Em realidade, a vedação constitucional acima aludida não tem o caráter absoluto que lhe empresta a demandante, já porque a própria Constituição a excepciona (art. 19, § 1º, parte final), já porque mister se faz temperá-lo segundo historicamente vem sendo feito (*ut* Súmulas do STF 74 e 75). Lembram-se os casos dos armazéns reembolsáveis do Exército Nacional (ente da administração pública federal), onde a oneração com o ICM, por integrativa do custo da mercadoria, repercutia no patrimônio financeiro do comprador, não incidindo pois em renda do ente federal. Nesse trabalho de hermenêutica, se o aplicador da lei quiser evitar resultados chocantes,

“... deverá guiar-se sempre pela *ratio juris*, que, historicamente, sabemos ter sido a necessidade de preservação ora do Governo nacional hostilizado pelo fisco local, ora do Estado vítima do fiscalismo agressivo da União. Não há privilégio em favor do particular que serve ou contrata com o Governo, mas, no interesse deste ou interesse coletivo, uma garantia contra tratamentos diferenciais de uma esfera política em detrimento da outra.

Toda a vez que a imunidade for inútil, porque o tributo, pela sua natureza ou por seus efeitos econômicos, não atingir os meios de ação da pessoa de direito público, mas apenas aos particulares, que razoavelmente devem suportar o gravame, não há porque excluí-lo a sombra do art. 19, III, a)” (ALÍOMAR BALEEIRO, *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, 5ª ed., pág. 128).

Na espécie, o exportador de soja em grão, óleo, farelo e torta de soja, através da Resolução nº 421, de 23.3.77, ficou sujeito a uma quota de contribuição de 7% *ad valorem* incidente sobre os preços FOB de exportação daqueles produtos. Dita contribuição, recolhida pelo Banco Central do Brasil, se destinava à formação de um fundo

de defesa dos produtos de exportação, à disposição do Conselho Monetário Nacional. Isto queria dizer que, na exportação de soja cujo preço FOB fosse 100, 7% integraria a quota de contribuição, denominada confisco cambial.

Na saída de mercadorias para o exterior, a base de cálculo do ICM é o valor líquido faturado, a ele não se adicionando frete auferido por terceiro, seguro ou despesas decorrentes do serviço de embarque (art. 2º, I, § 8º, Dec.-Lei 406, 31.12.68).

No conceito de preço, como parece claro, não se confunde o conceito de lucro. Daí que, para determinar o preço de uma mercadoria, irrelevante é saber o *quantum* de dinheiro percebe o vendedor, ou o montante líquido que se lhe aporta com a venda.

Os exportadores de soja, ou dos demais artigos contemplados na Resolução 421/77, como quaisquer outros vendedores para o mercado externo, fixam um preço FOB para suas mercadorias. Esse preço constitui o valor faturado, ou o valor pelo qual a mercadoria consta na respectiva fatura. E, segundo a doutrina corretamente citada pela inicial, “valor líquido é o mesmo que valor certo” (fl. 6), tomada a palavra liquidez no sentido processual civil do termo (sentença líquida, condenação líquida, etc.). Então, “valor líquido faturado” (art. 2º, I, § 8º, Dec.-Lei 406) é o valor certo consignado na fatura.

Para efeito de base de cálculo de ICM, desse valor são desconsiderados apenas os itens legalmente previstos: frete por conta de terceiro, seguro, despesas de embarque. Não há que distinguir onde a lei não distingue. E, no particular, vale recordar que, na composição do preço da mercadoria, já se incorporaram todos os elementos de custo, inclusive os impostos direta ou indiretamente incidentes sobre a atividade do produtor ou do vendedor, pois não se pode presumir, num regime capitalista, que alguém negocie com prejuízo.

Os argumentos expostos convencem, por tanto, que no conceito da expressão “valor líquido faturado” não há porque excluir a quota de contribuição instituída pela Resolução 421/77.

Mas, acrescenta a autora, tal exclusão decorreria de norma constitucional, pois o confisco cambial é renda da União (Conselho Monetário Nacional, em favor de quem fica ele à disposição).

Em verdade, data vênua, há equívoco na afirmação. A entidade pública federal beneficiada com os recursos captados através da quota de contribuição recebe-os integralmente. Não é a renda do ente federal que sofre incidência do ICM; é a renda do exportador — capada do percentual de 7% *ad valorem* sobre o preço FOB — que é diminuída. Raciocine-se: se inexistisse o confisco cambial, da soja exportada a preço FOB 100, receberia o exportador o total; graças ao confisco, recebe ele 100 menos 7%, ou seja, 93.

Se o ICM tivesse como base de cálculo o valor líquido recebido pelo contribuinte, a demandante teria razão. Mas, ao contrário, dita base de cálculo incide sobre o valor líquido faturado, coisa diferente.

Nessas condições, invocável a lição do mestre BALEEIRO, antes transcrita, inaplicável se apresenta a vedação do artigo 19, III, a), da Constituição Federal, pois não está o Estado tributando renda da União mas, sim, renda do exportador. Essas razões tornam dispensável outrossim, discutir da incidência de contribuições para-fiscais sobre patrimônio, renda ou serviços, inclusive de autarquias, mostrando-se inadequado o paradigma utilizado pela autora: a taxa devida ao Instituto do Açúcar e do Alcool.

Mesmo desconforme com esse ângulo de divisão do problema, para a solução da *questio* aqui judicialmente deduzida basta atentar para a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Defluente, como a própria autora o admite, da faculdade de intervenção da União no domínio econômico, as contribuições para-fiscais têm tratamento constitucional diverso daquele dado aos impostos e taxas, diversidade já assentada no concernente à vedação do artigo 19, III, letra d), da Constituição Federal (Súmula 553). Esse tratamento jurisprudencialmente consagrado ante o adicional ao frete para renovação da marinha mercante, pode ser adotado como analogicamente adequado à quota de contribuição nestes autos discutida, pois também esta configura contribuição para-fiscal. Veja-se ainda o acórdão publicado na RTJ 73/842, quanto àquele adicional.

O tema, reconhece-se, é tormentoso, e para tanto basta atentar para o acórdão trazido pela demandante e transcrito em sua petição inicial. Não obstante, a este julgador parece não se aplicar ao confisco cambial a abstração decorrente da invocação do princípio da imunidade tributária recíproca entre os entes públicos brasileiros, resultando daí a improcedência do segundo pedido da autora.

V. Por todo o exposto, rejeito os pedidos da autora (art. 269, I, do CPC) e, em consequência condeno-a ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 15% do valor da causa, base estipulada pela elevação decorrente da complexidade do tema e pela redução determinada pela expressiva significação financeira do litígio.

Intimem-se.

PORTO ALEGRE, 2 de março de 1981.

IVO GABRIEL DA CUNHA
Juiz de Direito
CONTRA RAZÕES

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA
PRIMEIRA VARA DE FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL EM PORTO ALEGRE

Processo 01179301625 Nº Vara 106431.

Objeto — Pedido de encaminhamento de razões contrárias a recurso de apelação.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu procurador abaixo firmado, na ação ordinária que lhe move GERMANO DOCKHORN S.A. AGRICULTURA INDÚSTRIA E COMÉRCIO, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, requerer junta-da, ao processo, das razões pelas quais contraria o recurso de apelação interposto pela autora, pedindo encaminhamento das mesmas ao conhecimento do Egrégio Colegiado que julgará o mesmo recurso.

PORTO ALEGRE, 10 de junho de 1981.

EGRÉGIA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

APELANTE — GERMANO DOCKHORN S.A. AGRICULTURA INDÚSTRIA E COMÉRCIO.

APELADO — O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Razões do Apelado.

Objeto — O que o art. 77 parágrafo único do CTN veda ao imposto, é ter a mesma base de cálculo e fato gerador da taxa. Contribuição é outra coisa, e se ela integra o preço real da mercadoria, integra a base de cálculo do ICM. Contribuinte que insiste em assemelhar taxa, que remunera serviço público de autarquia, com contribuição para-fiscal, com jurisprudência inadequada. O recurso não é momento adequado para o autor mudar a causa de pedir, invocando matéria legal que não foi objeto de discussão, durante a instrução do feito. (art. 264 e § único do CPC).

Meritíssimos Senhores.

O recurso da apelante merece um reparo inicial imposto pelo próprio ordenamento processual. Diz o art. 264 do CPC que “feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido, ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei”. O parágrafo único dessa disposição fixa, até, o momento a partir do qual não se admite a referida modificação: “a alteração do pedido ou da causa de pedir, em nenhuma hipótese, será permitida após o saneamento do processo”.

Ora, é suficiente a leitura da inicial para se concluir que toda a causa de pedir da A. Apelante ficou circunscrita à sua inconformidade com o lançamento tributário, efetivado pelo ora Apelado, o qual teria desatendido à identidade existente entre a contribuição instituída pelo Banco Central e aquela instituída pelo Instituto do Açúcar e do Alcool, merecedora de tratamento jurisprudencial, inclusive do STF, em sentido favorável à tese da mesma A. Isso é visível, na parte final do arrazoado inicial, a partir, especialmente do tem 4.5. de fl. 10.

Eis que o recurso da apelante, agora que o processo já viveu toda a instrução, e o R. apelado já tinha esgotado suas razões de defesa, justamente voltadas contra as que a inicial apontara, invoca em prol da pretensão da A. nada menos do que um Convênio, celebrado entre os Estados, em abril de 1977 (fl. 67), cuja possibilidade de disciplina do caso não tinha sido por ela cogitada, não fora objeto de preocupação pela defesa do R., nem servira de causa para o pedido.

Menos mal que, como abaixo se verá, tal Convênio pouco ou nada pode alterar o duto decisório de primeiro grau, antes afinado com ele do que tendo os efeitos que a Apelante quer-lhe emprestar. Em todo o caso, antes mesmo do exame do mérito, pede o Estado apelado a Vossas Excelências preliminarmente, que a lide seja julgada, nesse segundo grau de jurisdição, nos limites que lhe impuseram a inicial e a contestação, sob pena de se consagrar violação do art. 264 e seu § único do CPC, deixando-se

o apelante e todos os juízes que ainda se debruçarão sobre o feito, na aflitiva condição de não saberem se o debate de hoje, em torno do mesmo fato, vai ser o mesmo de amanhã. Que se desconheçam, portanto, no julgamento do recurso ora contra-arrazado, a(s) nova(s) causa(s) de pedir, invocadas extemporaneamente pela A. apelante, é o que pede o Estado.

Quanto ao mérito,

vê-se que a apelação se limita a acentuar dois argumentos insuficientes, "data vênica", para desautorizar a legalidade e justiça da ilustrada sentença: o primeiro é de ela, induzida em erro pela contestação do R., não ter reconhecido a tão apregoada identidade existente entre a contribuição imposta pelas resoluções 421 e 426 do Banco Central, com as do Instituto do Açúcar e do Alcool; o segundo é de ela ter julgado o feito, sem conhecimento exato do que seja "valor líquido faturado", na exata expressão do art. 2º § 8º do Decreto-Lei 406/68.

Assim, é possível responder o recurso da apelante, separando os seus próprios fundamentos:

1. A contribuição aqui discutida integra o preço real dos produtos exportados pela A. e não tem qualquer semelhança com a paga ao Instituto do Açúcar e do Alcool, cuja finalidade é remunerar serviços de uma autarquia federal.

1.1 Durante quatro folhas da inicial — 7/10 — transcreveu a ora Apelante trechos de um acórdão do STF rel. Min. A. Neder, sem citar a fonte de publicação, o qual julgou indevido o ICM sobre *taxas e contribuições*, devidos ao referido Instituto do Açúcar e do Alcool.

A contestação se deteve, detalhadamente, na análise de tal acórdão, justamente para mostrar o sofisma que existe na pretendida identidade entre as taxas devidas ao Instituto do Açúcar e do Alcool, e as contribuições do Banco Central, como afirma a A. apelante. Desde o item 2 (dois), da contestação (fl. 30), até o item 3 (três), fl. 36, mostra o Estado Apelante não só a diferença de origem constitucional da disciplina de uma e outra, como a diferença tanto da finalidades quanto de destinatários de ambas; seria cansar esse Egrégio Colegiado repetir o apelado, aqui, tudo quanto, lá, ficou dito. Urge ratificar tais razões, porém, dando-se-as como cá transcritas, porque, ao contrário de terem induzido o douto prolator "a quo" em erro, como afirma a apelante em mais de uma oportunidade (fls. 68 e 70), deram-lhe azo, até, para complementá-las, de maneira bem mais convincente: no que tange ao argumento do Estado, de que o ICM incidente sobre o preço da mercadoria exportada, ainda que aí incluída a contribuição criada pelo Banco Central, não fere a imunidade recíproca (art. 19 III a) da C. Federal), diz a douta sentença:

"Em realidade, a vedação constitucional acima aludida não tem o caráter absoluto que lhe empresta a demandante, já porque a própria Constituição a excepciona (art. 19, § 1º, parte final), já porque mister se faz temperá-lo segundo historicamente vem sendo feito (ut Súmulas do STF 74 e 75). Lembrem-se os casos dos armazéns reembolsáveis do Exército Nacional (ente da administração pública federal), onde a oneração com o ICM por integrativa do custo da mercadoria, reper-

cutia no patrimônio financeiro do comprador, não incidindo, pois, em renda do ente federal". (grifos do apelado).

1.2. Acrescentando-se a tal raciocínio, a possibilidade *legalmente prevista*, de a contribuição (a contribuição e não a taxa, como, na parte mais significativa, acontece no acórdão de fl. 7) ter a mesma base de cálculo do imposto (conjugação interpretativo-sistemática dos arts. 21, § 1º 21 § 2º inc. I, 163 da C.F., 77 § único, 217 do CTN, analisados no item 3 da contestação, a partir de fl. 36), já se vê em quanto está equivocado o argumento principal da A., para êxito de sua pretensão, segundo o qual, a incidência do ICM apanhado, como base de cálculo, o preço onde estivesse incluída a contribuição imposta pelo Banco Central, feriria a imunidade recíproca.

1.3. Monografia específica sobre essa matéria, foi lembrada pelo R. apelado desde fl. 39 da sua contestação (NASCIMENTO, A. Theodoro. *Tratado de Direito Tributário Brasileiro — preços, taxas e para fiscalidade*, Rio, Forense, 1977 p. 422). As lições já lembradas não receberam a mínima oposição por parte do recurso da apelante, em que pese a enfática afirmação do autor:

"... ajusta-se, destarte, o texto da lei à realidade dominante no caso brasileiro, em que a constante é a coincidência do fato gerador e base de cálculo da contribuição para fiscal com os de impostos, notadamente o de renda". (ob. cit. veja-se fl. 40).

1.4. A rigor, portanto, a apelação ainda conseguiria chamar a atenção sobre sua tese, na medida em que criasse uma novidade legal, quem sabe, sobre ela, senão capaz de esconder toda a sua improcedência, pelo menos de lhe camuflar sua fraqueza. E aí que ela se socorre do convênio transcrito à fl. 67. Note esse Egrégio Colegiado, porém, que, apesar de tal matéria ser impingida ao debate em momento processualmente inadequado, objeto da preliminar supra, ela não alcança o objetivo que o possível impacto inicial da surpresa poderia obter.

1.5. Basta que se veja que o tal convênio reduziu, temporariamente, *benefícios fiscais que os Estados concediam às exportações de farelo e torta de soja*, o que significa, quando menos, *princípio de industrialização*. Ora, conforme se vê nas duas resoluções do Banco Central, à fl. 14, elas apanham, também, a soja em grão e o auto de lançamento de fls. 19/20 faz referência à *exportação de soja*. À A. Apelante, portanto, e somente a ela, por força do art. 333 inc. I do CPC, competia ter feito prova cabal de que toda a sua exportação era abrangida pelo tal Convênio.

1.6. Mesmo que o tivesse feito em tempo oportuno, porém, isso não impediria a incidência do ICM, sobre as operações anteriores ao referido Convênio (fl. 12, 01/04/77 até...) e, quanto às posteriores, ainda restaria à A. apelante o difícil encargo de comprovar que, realmente, a redução dos tais benefícios fiscais visou compensar o ICM que deixaria de ser recolhido sobre parte do preço real de exportação.

1.7. Como as próprias opiniões de jornal, referidas às fls. 22 e seguintes, a A. não ultrapassa, em todo o seu arrazoad, o terreno movediço da subjetividade própria

à suposição. Assim, o tal Convênio mais não faz do que reforçar a posição do R. e da própria sentença. Nem os considerandos do convênio vieram para os autos. Quem garante ter ele sido promulgado com os objetivos apregoados pela A. apelante? — Trata-se de matéria estranha ao processo, além de mal situada no contexto do feito, o que já foi denunciado na preliminar supra. Não tem nenhuma força para mudar a sentença, "data venia".

2. O "valor líquido faturado" e a excepcionalidade de o imposto indireto não repercutir. A Súmula 553 do STF.

2.1. Consciente de suas carências, "data venia", a douta apelação, a partir de fl. 71, se arvora em professor de operações cambiais, tentando salvar a sua tese, afinal de contas no fato de que o Governo brasileiro paga em dólares, diz-se melhor faz o faturamento da exportação em dólares, mas paga o exportador em moeda nacional, recebendo ele o seu dinheiro já diminuído da contribuição aqui tão discutida.

2.2. Isso seria mais uma justificativa para ver-se o convênio 9/77, acima analisado, e transcrito à fl. 67, como compensatório de uma possível não arrecadação do ICM alcançando preço real onde estivesse inclusa a discutida contribuição do Banco Central (§ 2º da cláusula primeira — "enquanto vigorar a quota de contribuição" ...).

2.3. Nova suposição equivocada! Recebendo em dólares, ou em cruzeiros, o certo é que todo o exportador sabia, de antemão, que a referida contribuição iria incidir, não sabia? — E tinha bem presente o disposto no § 8º do art. 2 Dec.-Lei 406/68.

Então, como responder ao reconhecimento fático, lógico, da sentença recorrida, sobre o que acontece, em regra generalíssima, no tipo de mercado da nossa economia?

"Para efeito de base de cálculo do ICM, desse valor são desconsiderados apenas os itens legalmente previstos: frete por conta de terceiros, seguro, despesas de embarque. Não há que distinguir onde a lei não distingue. E, no particular, vale recordar que, na composição do preço da mercadoria, já se incorporaram todos os elementos de custo, inclusive os impostos direta ou indiretamente incidentes sobre a atividade do produtor ou do vendedor, pois não se pode presumir, num regime capitalista, que alguém negocie com prejuízo". (sentença, fl. 60, grifos do apelado).

2.4. O mesmo rigor que se exige do contribuinte, assim, quando ele pede repetição do imposto indireto, o de provar que o imposto não repercutiu (art. 166 CTN), pode ser invocado pelo R. apelado, contra quem quer anular um lançamento fiscal que tem em vista a mais elementar das conseqüências tributárias — a de levar o contribuinte a repassar o custo do imposto. A A. se despreocupou totalmente com essa prova não que não soubesse ser seu dever produzi-la, mas sim porque não tem como fazê-la. "data venia".

2.5. Também não se atreveu o douto recurso a contrariar a contestação, na invocação que essa fez das disposições combinadas entre os arts. 77 § único e 217 do CTN,

suficientes, por si sós, para demonstrar a perfeita compatibilidade de incidência de imposto e contribuição, com fundamento do mesmo fato gerador, calculados sobre mesma base de cálculo. No branco das alegações da douta apelação ficou, também, sintomaticamente, qualquer oposição ao que alegara o Apelado na contestação, com inteiro acolhimento na sentença, (fl. 62) quanto a bem melhor adequação, para o caso, da Súmula 553 STF, do que o acórdão relativo ao Instituto do Açúcar e do Alcool, lembrado pela inicial. Com efeito, a referida Súmula transcrita na íntegra à fl. 42, é o mais eloquente atestado, não só de que é possível contribuição para-fiscal e imposto coincidirem sobre mesmos fatos geradores e bases de cálculo, mas de que o Estado Apelado agiu, em lançando as operações não tributadas pela A., sob o mais estrito cumprimento do dever que lhe impunha a lei. (fls. 19 e 20).

E o que pede e espera o Apelado seja, também reconhecido por Vossas Excelências, negando-se provimento à apelação e confirmando-se, integralmente a douta sentença de primeiro grau que julgou improcedente a ação.

Porto Alegre, 10 de junho de 1981.

ACÓRDÃO

I.C.M.

Ação anulatória de lançamento. Interpretação do art. 2º, § 8º, do D. L. nº 406. Exportação de soja e o chamado "confisco cambial", instituído nas Resoluções 421 e 426 do Banco Central. Não dedução, da base do cálculo do I.C.M., da quota confiscada. Ação improcedente e recurso improvido.

APELAÇÃO CÍVEL 4ª CÂMARA CÍVEL Nº 38.906
PORTO ALEGRE GERMANO DOCKHORN S.A. — AGRICULTURA, INDÚSTRIA E COMÉRCIO, APELANTE;
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, APELADO.

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, em Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade, negar provimento à apelação, de conformidade e pelos fundamentos constantes das inclusas notas taquigráficas que integram o presente acórdão.

Custas, na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o Exmº Sr. Des. OSCAR GOMES NUNES.

Porto Alegre, 11 de novembro de 1981.

DES. BONORINO BUTTELLI, Presidente.
DES. EDSON ALVES DE SOUZA, Relator.
RELATÓRIO

O DES. EDSON ALVES DE SOUZA — Trata-se de “ação ordinária anulatória de débito fiscal” ajuizada por Germano Dockhorn S.A. Agricultura, Indústria e Comércio contra o Estado do Rio Grande do Sul, na qual pretende a autora a declaração de nulidade ou, alternativamente, de ilegalidade do Auto de Lançamento nº 50079067, de 23 de novembro de 1979. Sustenta a demandante, em resumo, dever ser excluída da base de cálculo do I.C.M. a parcela denominada “confisco cambial” — incidente sobre o preço na exportação de soja — quota de contribuição instituída pela Resolução nº 421/77 do Banco Central do Brasil, alterada pela Resolução nº 426/77, entendimento com o qual não compactua o Estado. Por outro lado, considera nulo o indigitado Auto de Lançamento — o que é argüido em preliminar vez que lavrado em data anterior ao trânsito em julgado de decisão proferida em mandado de segurança que impetrara quando, pois, ainda subsistente a liminar que sustava o recolhimento do ICM (art. 151, inc. IV, do Código Tributário Nacional).

A ação foi contestada e, a final, julgada improcedente pelo MM. Juiz, após rejeitado o pedido preliminar de nulidade do Auto de Lançamento. Entendeu o Magistrado, em suma “não se aplicar ao confisco cambial a abstração decorrente da invocação do princípio da imunidade tributária recíproca entre os entes públicos brasileiros...”

Inconformada, apela a autora a esta instância, repelindo as conclusões da douda sentença e propugnando por sua reforma. Invoca em prol de sua tese o disposto no Convênio nº 09/77, celebrado entre o Ministro da Fazenda e os Secretários da Fazenda dos Estados e do Distrito Federal, publicado no Diário Oficial da União de 22 de abril de 1977.

Em resposta ao recurso, afirma o apelado haver a recorrente modificado a causa de pedir ao invocar em suas razões de recurso o indigitado Convênio nº 09/77. Por isso, pede em preliminar seja a lide apreciada conforme os moldes que lhe impuseram a inicial e a contestação, sob pena de transgressão ao art. 264 do CPC. No mérito, pleiteia a confirmação da decisão “a quo”.

Efetuada o preparo, subiram os autos a esta instância.

O Ministério Público, em ambas as instâncias, emitiu pareceres pela confirmação do julgado.

É o relatório.

VOTO

O DES. EDSON ALVES DE SOUZA (RELATOR) — Sr. Presidente. Deixando para expender algumas considerações sobre a brilhante intervenção do eminente patrono da apelante, no final do voto escrito, passo a ler este.

Penso que a respeitável sentença apelada examinou corretamente os fatos da causa e lhes deu solução jurídica adequada, com razoável interpretação da lei.

A preliminar de nulidade do lançamento, porque efetivado quando ainda produzindo efeito a liminar concedida no mandado de segurança, foi repelida com argumentos de robusta consistência jurídica, segundo me parece.

O fato de não haver ainda transitado em julgado a sentença denegatória da segurança não implicava continuasse produzindo efeito a liminar concedida anterior-

mente.

Argumenta a sentença que nem mesmo o duplo efeito do recurso recebido naquele caso importaria a manutenção da medida em causa, diante do julgamento final desfavorável. Finalmente, lembra que a sentença veio de ser confirmada pouco depois no segundo grau, e o recurso extraordinário, ainda que admissível ou admitido, não teria efeito suspensivo. Em derradeiro, argumentou o venerando decisório apelado com a lição de Aliomar Baleeiro, segundo o qual o lançamento tributário é ato jurídico de natureza declaratória, não constitutiva e, por isso mesmo, não pode ser alcançado por normas atinentes à suspensão da exigibilidade de crédito tributário (“momento em lógica jurídica posterior ao da declaração”) (fl. 57).

Também desacolho a preliminar, mais ainda porque se me afigura que seria contra os princípios continuasse a liminar existindo, depois do julgamento final de improcedência do mandado. Tratando-se de medida essencialmente cautelar, provisória e deferida no limiar do processo, parece que seria irrazoável se mantivesse além do julgamento final, desfavorável, da ação, proferido com cognição completa.

De outra parte, se correta a interpretação da ora apelante, então bastaria que o juiz, antes de proferir o julgamento final, revogasse a liminar, retirando-lhe desde logo os efeitos, o que, no meu sentir, demonstra que dita liminar há de resultar revogada implicitamente pelo julgamento final da segurança.

Quanto ao mérito, tudo se cifra na interpretação da expressão “valor líquido faturado”, contida no art. 2º, § 8º, do Decreto-Lei nº 406, de 31.12.68. No aludido dispositivo se diz que, “na saída de mercadorias para o exterior..., a base de cálculo será o valor líquido faturado, a ele não se adicionando frete auferido por terceiro, seguro ou despesas decorrentes dos serviços de embarque por via aérea ou marítima”.

Ateve-se, assim, a douda sentença à literalidade do texto, advertindo não ser lícito ao intérprete acrescentar qualquer outro desconto do valor faturado além dos enumerados na lei. Portanto, na expressão “valor líquido faturado” se compreendia também a quota denominada confisco cambial do soja, adjudicado à União por força das Resoluções nºs 421 e 426 do Banco Central.

A seu turno, entende a autora e recorrente que se deve interpretar a sobredita expressão como equivalente ao valor efetivamente pago ao exportador, por ser este o valor que apenas se incorpora ao patrimônio dele. E invoca decisões do Pretório Excelso referentes a casos análogos, envolvendo a taxa devida ao Instituto do Açúcar e do Alcool pelos usineiros de açúcar.

Em resumo, se deveria deduzir do aludido valor líquido faturado aquela parcela referente ao confisco destinado à União, inclusive em razão da vedação constitucional contida no art. 19, III, letra a, da Constituição Federal.

Ainda me parecem mais convincentes os argumentos da sentença, quando adverte que o ICM litigioso, no caso, não tem como base de cálculo o valor líquido recebido pelo contribuinte, como está sustentado na tese da autora, mas o valor líquido faturado, além de que, no caso, não se está tributando renda da União, mas renda de exportador, pois que aquela recebe integralmente os 7% correspondentes ao dito confisco.

Em suma, o que se observa em torno do núcleo da controvérsia é que a autora se sente exagerada ou injustamente onerada com base de cálculo adotada pelo réu e cuidou de encontrar argumentos plausíveis, que conferissem juridicidade à sua

irresignação. Assim, admitida que fosse a sua tese, o cálculo do ICM assentaria em valores 7% menores do que os tomados pelo Estado, o que obviamente reduziria o valor do imposto.

Já conforme o critério combatido, calcula-se o tributo sobre 100, quando em realidade ele apenas recebe 93.

A isso, no entanto, respondeu a sentença, mostrando que a base do cálculo, nos termos da lei, é o valor líquido da fatura e não o valor líquido recebido pelo exportador.

Finalmente, Sr. Presidente, é com satisfação que consigo a minha melhor impressão da brilhante intervenção do patrono da autora no início do julgamento.

No entanto, com a devida vênia, ousou dizer que S. Ex.^a não chegou a abalar o convencimento que eu havia firmado, depois de madura e prolongada reflexão sobre a controvérsia.

Dou inteira razão à apelante, no que concerne à sua irresignação com a situação injusta em que ela se vê envolvida.

No entanto, parece-me que tal irresignação deveria endereçar-se à União e não ao Estado. A aparente injustiça que ela está sofrendo não resulta de ato do Estado, mas de ato da União.

Na realidade, se se realizasse essa dedução pretendida por ela, quem estaria sendo confiscado seria o Estado, que, ao invés de calcular o seu tributo sobre o valor líquido da fatura, teria de calculá-lo sobre esse valor menos a quota retirada pela União.

De sorte que, embora admitindo eventual injustiça no tratamento a que foram submetidas, não só a autora, mas outras empresas do Estado, que também realizaram o mesmo tipo de operação, embora admitindo essa eventual injustiça, acho que ela não tem razão de queixar-se do Estado, mas da União. O Estado está simplesmente tomando como base de cálculo para a fixação do seu tributo aquilo que a lei diz, isto é, o valor líquido faturado, conforme está no § 8º do art. 2º do Decreto-Lei nº 406.

Finalmente, parece-me conveniente desfazer o equívoco em torno do que seja incidência e base de cálculo. Na realidade, Sr. Presidente, o Estado não está fazendo incidir o ICM sobre a quota da União; está simplesmente incluindo aquela quota na base do cálculo do tributo, o que me parece ser coisa diferente. A incidência ocorre sobre a operação. Agora, a base de cálculo é que inclui os 7% da União. Parece-me importante essa distinção porque exclui, com a máxima vênia, o argumento de que estaria sendo tributado patrimônio da União pelo Estado.

Então, com essas considerações, Sr. Presidente, não vejo apoio jurídico para reformar a douda sentença apelada e, por isso, pedindo vênia mais uma vez ao eminente patrono da apelante, nego provimento ao recurso, atendidas as custas como de direito.

O SR. PRESIDENTE (DES. BONORINO BUTTELLI) — Do exame dos autos também me convenci de que importa a interpretação do art. 2º, § 8º, do Decreto-Lei nº 406. As deduções dizem com a política monetária do país. Não colhem os argumentos sustentados da tribuna. Cuida-se do valor líquido faturado pela saída de mercadorias para o exterior. Dentro dessa política monetária há o confisco cambial. A injustiça que se proclama reside, ou residiria, no confisco, mas não no ato do Estado quando toma como base de cálculo exatamente o valor líquido faturado, no qual apenas não se adiciona o frete auferido por terceiro, o seguro ou despesas decorrentes dos serviços de

embarque por via aérea ou marítima. Aqui se pretende mais: que na aplicação do § 8º do art. 2º, se subtraia do valor líquido faturado a parcela correspondente ao confisco cambial.

Por mais que impressione, como impressionou a brilhante sustentação oral, tenho também, tal como o eminente Relator, que a sentença bem respondeu aos argumentos colocados, e não merecendo as críticas que se lhe faz, demonstrando que na saída de mercadorias para o exterior a base de cálculo do ICM é o valor líquido faturado. No conceito de preço, como parece claro, não se confunde o conceito de lucro. Daí que, para determinar o preço de uma mercadoria, é relevante saber o quanto de dinheiro percebe o vendedor ou o montante líquido que se lhe aporta com a venda. Os exportadores de soja — acentua a sentença, e ao meu sentir num posicionamento que revela a legalidade da pretensão fiscal do Estado — os exportadores de soja, como os demais artigos contemplados na Resolução nº 421, como quaisquer outros vendedores para o mercado externo, fixam um preço FOB para as mercadorias. Esse preço constitui o valor faturado ou o valor pelo qual a mercadoria consta na respectiva fatura. E segundo a doutrina corretamente citada pela inicial, valor líquido é o mesmo que valor certo, tomada a palavra "liquidez" no sentido processual civil do termo — sentença líquida, condenação ilíquida. Então valor líquido faturado, diz o § 8º do art. 2º do Decreto-Lei nº 406, é o valor consignado na fatura.

Veja-se que é nitidamente de política cambial, tanto que se denomina confisco cambial, a Resolução nº 421, ao estabelecer essa quota de contribuição e determinando que os recursos gerados pela quota de contribuição de que trata serão recolhidos ao Banco Central, na forma e condições por este fixados, para crédito do Fundo de Defesa de Produtos de Exportação, à disposição do Conselho Monetário Nacional.

Fez-se muito alarde, tanto no bojo dos autos, como da tribuna, em torno de acórdão do egrégio STF, relacionado com o Instituto do Açúcar e do Alcool. Mas, ali se estava cuidando de taxa com destinação ao Instituto do Açúcar e do Alcool para as aplicações indicadas. Não se cogitava então da interpretação do § 8º do art. 2º do DL nº 406, que diz com exportação.

Meu voto, assim, é no sentido de negar provimento à apelação para manter a sentença, endossando seus jurídicos fundamentos.

O DES. OSCAR GOMES NUNES — De inteiro acordo.

O SR. PRESIDENTE (DES. BONORINO BUTTELLI) — Apelação Cível nº 38.906, de Porto Alegre — A decisão é a seguinte: Negaram provimento. Unânime.

DESPACHO DENEGATÓRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO NOS AUTOS DA APELAÇÃO CÍVEL
4ª CÂMARA CÍVEL Nº 38.906 PORTO ALEGRE
GERMANO DOCKHORN S.A. — AGRICULTURA,
INDÚSTRIA E COMÉRCIO, RECORRENTE
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL RECORRIDO

I. GERMANO DOCKHORN S/A alveja com este RE o ven. acórdão da Egrégia 4ª Câmara Cível deste TJ, assim ementado:

"ICM. Ação anulatória de lançamento. Interpretação do art. 2º, § 8º do DL. nº 406. Exportação de soja e o denominado "confisco cambial", instituído nas Resoluções 421 e 426 do Banco Central. Não dedução da base do cálculo do ICM., da quota confiscada. Ação improcedente e recurso improvido .

Assevera a recorrente caber a irresignação extrema, pelo art. 119, III, letras a e d da CF, na mesma ordem a seguir analisados.

1. Pela letra "a": Diz violado o art. 2º do DL 406, de 31.12.68, que estabelece normas aplicáveis ao ICM. Entende que as Resoluções nos. 421 e 426 do CMN, que instituíram o denominado "confisco cambial sobre a exportação do soja", determina sejam abstraídas essas parcelas de 7% sobre os preços de exportação FOB do soja em grão, óleo, torta ou farelo, da base de cálculo do ICM, — que é o valor líquido faturado (art. 2º, I, § 8º, do citado Dec.-Lei 406/68. Ou, por outra: pretende que na cobrança do ICM se subtraia, do valor líquido faturado (§ 8º do referido art. 2º), a parcela correspondente ao confisco cambial.

Colhe-se, no acórdão, a seguinte argumentação, contrária à tese da recorrente: "Cuida-se de valor líquido faturado pela saída de mercadorias para o exterior. Dentro dessa política monetária há o confisco cambial. A proclamada injustiça residiria no confisco, mas não no ato do Estado quando toma como base de cálculo exatamente o valor líquido faturado, no qual apenas não se adiciona o frete auferido por terceiro, o seguro ou despesas decorrentes de embarque por via aérea ou marítima". Os exportadores de soja, como quaisquer outros vendedores para o mercado externo, fixam um preço FOB para as mercadorias. Esse preço constitui o valor faturado ou o valor pelo qual a mercadoria consta na respectiva fatura. É segundo a doutrina corretamente citada pela inicial, *valor líquido é o mesmo que valor certo, tomada a palavra "liquidez" no sentido processual civil do termo — sentença líquida, condenação ilíquida. Então, valor líquido faturado, diz o § 8º do art. 2º do Decreto-Lei nº 406, é valor consignado na fatura*". Por sua vez a sentença, cujos fundamentos são incorporados pelo juízo colegiado in *examen* bem fixou que: *"Para efeito de base de cálculo de ICM, desse valor são desconsiderados apenas os itens legalmente previstos: frete por conta de terceiro, seguro, despesas de embarque. Não há que distinguir onde a lei não distingue. E, no particular, vale recordar que, na composição do preço da mercadoria, já se incorporaram todos os elementos de custo, inclusive os impostos direta ou indiretamente incidentes sobre a atividade do produtor ou do vendedor, pois não se pode presumir, num regime capitalista, que alguém negocie com prejuízo"*. (verbis, sentença, fl. 60).

Não houve, portanto, a pretendida violação da lei federal invocada. Ao contrário, apegam-se sentença e acórdão, à literalidade do texto do invocado art. 2º, § 8º, do DL 406/68, para negar a desoneração pretendida pelo recorrente, donde incidir, in *totum*, a Súmula nº 400 do Pretório Excelso, pois no mínimo houve defesa convincente ou razoabilidade interpretativa do dispositivo em tela.

2. Pela letra "c" do art. 119, II, da Constituição Federal —

Sob tal prisma, diz a recorrente que o ven. acórdão julga válido ato do Fisco Estadual contestado em face da Constituição Federal (art. 19, III, a da CF). A redação do dispositivo em epígrafe é a seguinte: *"Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: III — instituir imposto sobre: a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros"*; (verbis).

Ainda aqui a sentença, acolhida pelo acórdão, faz a distinção devida: *... as contribuições para fiscais têm tratamento constitucional diverso daquele dado aos impostos e taxas, diversidade já assentada no concernente à vedação do art. 19, III, letra d da CF (Súmula 553). Esse tratamento, jurisprudencialmente consagrado ante o adicional ao frete para renovação da marinha mercante, pode ser adotado como analogicamente adequado à quota de contribuição nestes autos discutida, pois também configura contribuição para parafiscal*". Não se aplica, pois, ao confisco cambial in *examen* a abstração decorrente da invocação do princípio da imunidade tributária recíproca entre tais entes públicos.

3. Pela letra "d" do art. 119, II, da Constituição Federal —

Traz a recorrente, como paradigma, o RE nº 68.969 (in RTJ 62/359), assim ementado: *"1. DL 308/67, art. 3º. Contribuição paga ao Instituto do Açúcar e do Alcool pelo usineiro ou produtor para custear os serviços da entidade. 2. Compondo o serviço público da União, para cujo custeio foi instituída, a referida contribuição não pode estar sujeita a imposto cobrado por Estado-Membro, isto por causa da imunidade tributária prevista no art. 19, III, a, da CF de 1967, texto da Emenda nº 1.3. Recurso extraordinário conhecido e provido"*. (sic).

Pretende a recorrente assim situar a similitude entre as duas espécies: *O caso levado ao Egrégio Supremo Tribunal, mediante o RE 68.969 era de incidência de ICM sobre o valor de contribuição instituída pela União, tendo em vista a defesa da economia canavieira nacional. O caso de que se trata no presente processo é de incidência do ICM sobre o valor de uma contribuição instituída pela União, tendo em vista a defesa de produtos de exportação*". (verbis, fl. 116).

Já se viu que, em princípio, não ocorreu nem a pretendida violação da Lei Federal, nem a apontada inconstitucionalidade de tributação estadual. Tampouco me parece exista o dissídio pretoriano. No aresto da Corte Suprema se versa a hipótese que diz com a *"intervenção federal no domínio econômico da agroindústria açucareira"*. Neste, a parafiscalidade que caracterizou o denominado "confisco cambial", guarda semelhança maior com a hipótese versada na Súmula 553 — o adicional ao frete para a renovação da marinha mercante. Há, pois, um maior ajuste com a jurisprudência cristalizada nesse verbete, o que faz se aproxime o acórdão recorrido do diapasão decisório do STF e não a almejada distonia, daí rejeitar-se a inconformidade também ao prumo da letra "d"

Isto posto, NEGOU SEGUIMENTO a este recurso extraordinário.

Publique-se. Intimem-se.

Porto Alegre, 5 de agosto de 1982.

LICITAÇÃO*

Adnor Goulart

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONTRA
RAZÕES DE RECORRIDO**

Recorrente: COMERCIAL DE CARNES SANTA CECILIA LTDA.
Recorrido: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
Processo nº 35.718

MÉRITOS JULGADORES

1. De forma alguma operou o ora recorrido no deliberado propósito de prejudicar a impetrante e muito menos afrontou normas legais, ou cometeu ato ilícito, como afirmado por aquela e conforme abaixo se verá.

2. A prova mais evidente de que a Administração Estadual procedeu com toda a lisura e em conformidade com a lei é que, embora dispensada pelo Decreto-Lei nº 200/67 de realizar concorrência para a aquisição do produto de que necessitava, trilhou aquele caminho.

Com efeito o parágrafo 2º do artigo 126, do texto normativo em pauta:

"A licitação será dispensada nos casos de emergência, caracterizada a urgência de atendimento da situação que possa ocasionar prejuízo, comprometer a segurança de pessoas, obras, bens ou equipamentos".

E, a hipótese fáctica que gerou dita licitação enquadrava-se perfeitamente no aludido regramento, vez que estava em jogo o fornecimento de alimentos (carne) para diversas instituições sob a Administração Estadual, tais sejam: Ginásio Agrícola Visconde São Leopoldo, Instituto Psiquiátrico Forense, Penitenciária Industrial, Penitenciária Feminina "Madre Pelletier", Colônia Penal Agrícola General Daltro Filho, Amparo Santa Cruz, Hospital Colônia Itapuã, Hospital Psiquiátrico São Pedro, Hospital Sanatório Partenon, Colônia Agrícola Daniel de Oliveira Paiva, Escola Técnica Agrícola João S. de Carvalho, Ginásio Agrícola Senador Pinheiro Machado e Colégio Agrícola Canadá.

3. Saliente-se que o Estado, uma vez realizada a licitação, obedecendo aos termos do Edital, adjudicou o fornecimento aos reais vencedores.

E aqui é de se por em relevo o voto vencido do Desembargador Hermann R. de Carvalho Roenick que, por sua lucidez e clareza dispensa quaisquer comentários. Diz ele:

*Originalmente publicado na RPGE nº 36, 1983.

*Em sessão realizada em 23/06/81 houve a seguinte decisão: "Não conhecido. Unânime". 2ª Turma rel. Min. Moreira Alves, STF - RE 94.630. (DJU de 29/06/81, p.6391)

"Com relação à apelação dos litisconsortes, vou ousar divergir dos eminentes colegas, por uma questão que me parece fundamental: e que faço distinção entre **proposta global e preço menor global**. O edital, em momento algum exigiu — e tive o cuidado de verificar pessoalmente os itens — que os licitantes cotassem todos os itens constantes do inciso I.1, ou sejam, aqueles especificados: carne bovina de primeira qualidade; de segunda qualidade; carne bovina com osso; carne de carneiro e mondongo bovino. Em nenhum momento o edital exigiu a apresentação de **proposta global**. O que o edital menciona no capítulo 4º, inciso IV, 3, é que, na apreciação das propostas, ater-se-á a comissão julgadora ao critério do **menor preço global**. Aqui me parece que é a distinção que se deva fazer. Veja V. Exª que se foge até a um critério adotado pelo Decreto nº 200, que é o da proposta mais vantajosa, que não significa sempre a proposta de menor preço, porque a qualidade ou a técnica do licitante podem levar a administração a preferir até a proposta de maior preço, em razão da durabilidade daquilo que é objeto da concorrência. Mas, no caso, o edital é específico — **menor preço global**. E no item IV, 3.1, ao formular a forma de cálculo, estabelece o edital que será a média **aritmética ponderada**, considerando-se os preços ofertados pelos licitantes e as quantidades constantes do Capítulo 1º, item I.1. É a regra, conjugada com o inciso principal, permite o entendimento de que o Estado poderia, manipulando as diversas concorrências, exatamente escolher as qualidades de menor preço de cada uma das propostas. E este é o interesse fundamental, porque se tratava de mercadoria. O que interessava ao Estado era pagar o menor preço pela totalidade da carne oferecida. Ora, não tenho condições de impor ao Estado o ônus pretendido. "Data venia" do eminente julgador, que verberou contra a atividade do Superintendente do Departamento Central de Administração do Material, entendo que ele agiu com toda a lisura e no interesse exclusivo do Estado do Rio Grande do Sul, ao pretender pagar menos por carne ofertada. Não deixava de atender ao interesse do Estado porque todas as qualidades seriam fornecidas, e o Estado iria pagar menos pela carne a ser adquirida".

4. É de se ressaltar, ainda, em aditamento à citação acima, que de uma análise sistemática do edital, fica claro que o critério básico a ser utilizado pela Comissão de licitação no julgamento das propostas era o de menor preço global. Esse era o espírito do mesmo, tanto que não fez qualquer referência à obrigatoriedade de os licitantes apresentarem propostas para todos os tipos de carne a serem adquiridas.

Parece-nos salvante juízo contrário que, se tal fosse a vontade da Administração Estadual, esta deveria fazer menção expressa a tal circunstância; como não o fez, facultou, **ipso facto**, aos concorrentes a apresentação de propostas parciais. E, para se manter coerente com essa linha de existência, poderia, como efetivamente o fez, adjudicar parcialmente a concorrência a mais de um licitante visto ter, **in casu**, se apresentado a solução da divisibilidade como mais vantajosa para o Estado e não existir, para

isso, qualquer óbice quer jurídico ou material.

Inocorreu o primeiro obstáculo, porque o edital não o proibiu e, quanto ao segundo, aquele dividiu o objeto em cinco subitens, referindo a quantidade de cada qual. E, na lição de HELY LOPES MEIRELLES,

"A divisibilidade do julgamento é possível desde que o pedido no edital conste de itens ou subitens distintos e a proposta possa ser aceita por partes, caracterizando objeto divisível. Nesse caso, a adjudicação ou a homologação e a anulação do julgamento podem ser parciais..." (in "Direito Administrativo Brasileiro", Editora Revista dos Trib. S. Paulo, 1976, 4ª edição atualizada, p. 277).

Aliás, em assim deliberando, atendeu a Comissão aos termos constantes do artigo 2º da Lei Estadual nº 6.499, de 22 de dezembro de 1972, segundo o qual,

"A autoridade administrativa, na aferição das propostas, considerará também, como critério de julgamento, nas licitações, os fatores econômicos que, comprovadamente, resultam em redução de preço do fornecimento, obras ou serviços".

5. Doutra parte, defeito teria havido se o Estado houvesse contratado com o recorrente porque, então sim, estaria a vulnerar o edital, fugindo do critério nele consignado, seja, o de menor preço e, via de consequência, fraudando o interesse público.

A esse propósito, diz HELY LOPES MEIRELLES:

"Em qualquer modalidade ou tipo de licitação, SALVO NA DE MENOR PREÇO (Grifei), a classificação das propostas deve ser claramente justificada na ata de julgamento, como determina o Decreto-Lei 200/67 (art. 133, parágrafo único), indicando-se os fatores considerados e as vantagens de cada oferta, apontadas objetivamente, de modo a permitir a verificação da legitimidade e da exatidão do julgamento, que não é ato discricionário, mas vinculado ao critério estabelecido no edital. Além do mais, nenhuma escolha se justifica sem que haja real interesse para a Administração, TRADUZIDO NA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA (Grifei). É o que compete ao órgão julgador demonstrar, porque a escolha de proposta sem interesse ou CONTRA O INTERESSE PÚBLICO É ATO APARTADO DE SUA FINALIDADE E, COMO TAL, NULO POR DESVIO DE PODER' (Grifei).

6. Assim como a Administração não praticou o ilícito alegado pela recorrente, não teria porque decretar a nulidade da licitação, ou dispensá-la, ou ainda adjudicar o objeto da mesma a quem não foi o real vencedor;

7. Mas, supondo-se, para argumentar, tenha ocorrido irregularidade no julgamento, adjudicação e contratação com licitantes não vencedores, ainda assim, o fato de ter sido a concorrência nulificada pela sentença que julgou o mandado de segurança, reconhecendo, ainda à Administração a faculdade de utilizar-se da prerrogativa constante do parágrafo 2º do artigo 126, do Decreto-lei nº 200/67, tornou perfeito o contrato assinado com as demais licitantes;

8. Assim postas as coisas, visto como o Estado não se conduziu desconformemente ao direito e, portanto, permanecendo dentro dos balizamentos da licitude, corre-

to está o Acórdão atacado por via do Apelo Extraordinário, ao determinar o descabimento da atualização monetária, pela inocorrência na espécie, de ato ilícito da administração pública. E, no entender do recorrido, conforme antes já teve oportunidade de demonstrar, nem irregularidade houve no julgamento.

9. Ao solucionar o litígio dessa forma, decidiu a Egrégia 4ª Câmara Cível em sintonia com a SUMÚLA 562, que só admite a correção monetária na hipótese da ocorrência de danos oriundos da prática de ato ilícito.

10. E não se diga, como o fez a recorrente que, ao excluir da condenação o pagamento da correção monetária, julgou o Aresto censurado matéria que não foi objeto de Contestação pelo recorrido, incorrendo em **reformatio in pejus**.

Pelo menos ao Estado parece óbvio que, ao postular na Contestação fosse julgada totalmente improcedente a ação (fls. 103), reiterando o mesmo pedido ao ensejo de apresentação de suas razões de apelante (fls. 152), de forma nenhuma deixou de contestar o pedido, também nessa parte.

11. Por derradeiro, o requerente entende por bem consignar que, deixa de contra-arrazoar a respeito dos lucros cessantes, porque foram eles expressamente excluídos pelo Dr. Desembargador Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, quando se pronunciou sobre o cabimento do Recurso Extraordinário e, também, porque não foram objeto do pedido do recorrente (fls. 242), o qual, só postulou a Reforma do julgado recorrido, tocante à correção monetária.

ANTE TODO O EXPOSTO,

REQUER o postulante a essa Excelsa Corte o improvimento do Recurso interposto, mantendo, assim em todos os seus termos o Aresto impugnado.

N. Termos

P. Deferimento.

PORTO ALEGRE, 11 de março de 1980.

CONVÊNIOS DE ICM E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE*

Rejane Brasil Filippi

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO
DA PRIMEIRA VARA DA FAZENDA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 01182228005

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por SÃO DOMINGOS — CIA. DE AGROPECUÁRIA, INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CARNES E DERIVADOS e OUTROS, vem, pelo presente, inconformado com a sentença de fls., dela interpor recurso de apelação, pelos motivos constantes da minuta anexa e que aqui se dão por reproduzidos.

PORTO ALEGRE, 23 de março de 1983.

REJANE BRASIL FILIPPI
PROCURADOR DO ESTADO

PELO APELANTE,
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EGRÉGIA CÂMARA:

Sentencia o Juiz que os Convênios de ICM devem ser aprovados pela Assembleia Legislativa; qualquer interpretação em sentido contrário esbarraria no princípio da legalidade tributária.

O § 6º do artigo 23 da Constituição Federal assim o exige, salienta, ainda, a decisão recorrida; o dispositivo não estabelece expressa e indubitosa exceção ao princípio da reserva da lei — caso em que “*poderia prevalecer a exegese da autoridade impetrada*”.

Aponta como desnecessário o exame da Lei Complementar nº 24/75, pois que qualquer disposição que “*explícita ou implicitamente desobrigue a ratificação dos Convênios pelo Poder Legislativo, mostra-se írrita e inconstitucional, por não se coadunar com o princípio da legalidade, regra de hierarquia superior*”.

São estas, em síntese, as razões que levaram o julgador a conceder a segurança.

CONVÊNIOS DE ICM E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O artigo 23, parágrafo 6º, da Constituição, ao podar o poder tributante dos Estados-Membros, estabelecendo o princípio da reserva do Convênio para as isenções do ICM — afetou, indiscutivelmente, a eficácia do princípio da legalidade tributária. E

*Originalmente publicado na RPGE nº 37, 1983.

que foi suprimida — em caráter definitivo — a competência estadual para legislar sobre isenções de ICM, seu estabelecimento ou revogação, de tal modo que inconstitucional se considera Lei ou Decreto Estadual que dispuser sobre a exclusão do imposto em causa.

O primeiro corolário do comando constitucional consiste, pois, na ruptura do princípio de que o poder que tributa pode isentar de seus próprios impostos.

A própria Constituição Federal, que dá competência, que autoriza o exercício de faculdades e de atribuições tributárias aos entes políticos, ao mesmo tempo, impõe limitações.

A limitação de competência é um ponto além do qual o poder de tributar não se pode fazer sentir: trata-se, precisamente, da hipótese do § 6º do artigo 23 da Lei Maior, a exigir lei complementar tributária, para, preenchendo lacunas do texto constitucional, regular as restrições nele contidas.

Compreende-se que assim se haja estatuído, observa PONTES DE MIRANDA, ao comentar o citado parágrafo, porque a isenção imposta por apenas uma unidade estatal pode ser nociva. E acrescenta que os Convênios que estabelecem ou revogam isenções, serão *“celebrados e ratificados, conforme se estabeleça em lei complementar”*... havendo, continua, *“por parte dos Estados-Membros, o dever de só isentar e só ab-rogar ou derogar isenções em convênios, que os Estados-Membros figurantes celebram ou ratifiquem. Não, portanto, isentabilidade sem ser em convênios”*. (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1/69; Tomo II, Edição Revista dos Tribunais, p. 515).

Os ajustes multilaterais passaram, portanto, a substituir — no plano nacional — as leis emanadas dos legislativos estaduais.

Conclui-se e a seguir se tentará demonstrar, que o segundo corolário do parágrafo sexto do artigo 23, a partir da afirmação de que inexistia, após a sua edição, *“isentabilidade sem ser em convênios”* — consiste na exclusão — na hipótese, da eficácia do princípio da reserva da lei a que se submetiam as *“hipóteses de exclusão de créditos tributários”*, nos termos do artigo 97, VI e 175 do Código Tributário Nacional.

Em razão do citado dispositivo constitucional, ampliaram-se as fontes formais do direito tributário estadual.

A outorga de competência para conceder ou revogar isenções via ajustes multilaterais — em caráter exclusivo — tem o condão de constituir-lhes fontes formais de direito tributário — isto é, produtores de normas jurídicas fiscais, sendo inegável a sua natureza de fonte de direito, porque, tão logo celebrados pelos Estados e Distrito Federal, adquirem relevância jurídica.

2. Ao instituir o princípio da reserva do convênio para disciplinar isenções do ICM, tornou-se imperativo a edição de Lei Complementar pela União a fim de traçar o estatuto dos acordos interestaduais.

A Lei Complementar nº 24/75 — cumprindo seu destino de explicitar e completar a eficácia do comando constitucional expresso, define formal e procedimentalmente os convênios de ICM, fixando-lhes os contornos jurídicos, desde os requisitos que pre-

sidem sua criação até final ratificação.

A celebração dos acordos pressupõe a convocação dos representantes de todos os Estados e Distrito Federal. Reunidos, presente a maioria, decidirão a concessão ou não do benefício. A decisão unânime dos Estados representados é necessária para a outorga do benefício — a aprovação de 4/5 dos presentes, para a sua revogação total ou parcial.

A Lei Complementar nº 24 prevê, ainda, a ratificação dos convênios (artigo 4º), o modo como se dará: por decreto do Poder Executivo de cada Unidade de Federação, no prazo de 15 dias após a publicação no Diário Oficial da União.

Os convênios poderão ser rejeitados, o que ocorrerá se não houver (tácita ou expressamente) a ratificação pelo Poder Executivo de todos os Estados-Membros.

Traçou, em síntese, a Lei Complementar nº 24/75 normas gerais, diretrizes para a confecção dos convênios, não prevendo, em qualquer das etapas de sua criação, a intervenção dos poderes legislativos dos Estados convenientes.

Ao invés, o itinerário sugerido pelo legislador complementar, alija inteiramente a participação dos parlamentares estaduais: os convênios em matéria de ICM são propostos e discutidos pela administração — sua aprovação fica a cargo dos poderes executivos locais, enfim, é na esfera exclusiva do poder executivo que se resolve a concessão ou não do benefício, o que isentar, e em que extensão quando deve ser retirado, todo o disciplinamento material das isenções que serão corporificadas nos ajustes.

Ocorreu, sem dúvida, desfalque significativo da competência legislativa dos Estados, e o processo de elaboração dos convênios traduz a vontade do legislador complementar de revogar o princípio da legalidade tributária, capitulado no artigo 97, VI do Código Tributário Nacional — que pressupõe a plena atuação legislativa.

Lei Complementar pode revogar Lei Complementar, e, no caso, foi a própria Constituição Federal de 1967 que introduziu no Código Tributário Nacional alteração substancial (*ratione materiae*), que afetou o princípio da reserva da lei tributária no campo restrito das isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, da competência estadual.

Repisando o anteriormente mencionado: face à supressão da competência legislativa dos Estados-Membros e do Distrito Federal, o que ocorreu em virtude da disposição contida no § 6º, artigo 23 da Constituição Federal, e da circunstância de que os convênios interestaduais têm como fonte primária a própria Constituição Federal, outro caminho não se apontaria ao legislador complementar: inserir na norma dos artigos 4º e 5º a **previsão de ratificação** por ato do executivo à revelia do poder legislativo. LUIZ MÉLEGA, em artigo publicado na Revista “Estudos Tributários (Direção e colaboração de RUY BARBOSA NOGUEIRA, Resenha Tributária, 1974) ao confrontar a opinião de ALIOMAR BALEEIRO para quem os convênios são meros *“arranjos administrativos subordinados à lei”*, com a emitida por JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES (Parecer in RDP nº 17/373) em sentido contrário, adere à última, a qual expõe resumidamente a fls. 393/394:

“A eficácia de tais ajustes não decorre de norma geral de direito financeiro, mas de preceito constitucional explícito. Tais convênios não, apenas podem conceder isenções mas também revogá-las. A sua eficácia constitutiva (positiva) ou desconstitutiva (negativa) é, dessa

forma, expressa. Trata-se, continua e com muito acerto, de uma norma de competência. Os Estados-Membros e o Distrito Federal já recebem competência para tributar as operações de circulação de mercadorias com exclusão da competência para isentar. Esta é constitucionalmente deferida aos convênios”.

E, assim, conclui o tributarista o pensamento de **SOUTO MAIOR**, salientando o caráter substitutivo dos convênios face às leis estaduais: “*não se limitam eles (convênios) a complementar aperfeiçoar, desdobrar, explicitar ou desenvolver a eficácia das leis locais. Eles as substituem no plano nacional*”.

Finalmente encerra a discussão do problema com rápida pincelada em torno do princípio da legalidade, cuja sede é o artigo 97 do Código Tributário Nacional, e cuja eficácia — entendido que os convênios substituem a lei por força de disposição constitucional — “*fica condicionada à estrita observância dos preceitos inscritos na Constituição Federal*”.

3. Afirma a decisão recorrida que qualquer disposição (da Lei Complementar nº 24/75) que “*explicita ou implicitamente, desobrigue a ratificação dos Convênios pelo Poder Legislativo mostra-se irrita e inconstitucional, por não se coadunar com o princípio da legalidade*”.

Cabe um esclarecimento a esta peremptória afirmação.

No ano de 1982, o Governador do Estado submeteu a exame do Procurador-Geral da República pedido de representação ao Supremo Tribunal Federal, para interpretação dos artigos 4º e 5º da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975.

O pedido foi arquivado por se entender que não somente inexistia dúvida quanto à exegese das regras referidas, mas também pelo fato de que a lei não suscitara litígios decorrentes de dúvidas quanto à sua interpretação:

“Ora, embora essa lei complementar esteja em vigor há mais de sete anos, não demonstra o requerente que sua aplicação tenha provocado a repetição de litígios”.

O despacho do Procurador-Geral da República ao recusar o pedido de representação para interpretação de lei, menciona, inclusive, que a pesquisa jurisprudencial revelou existirem apenas 2 casos concernentes à ratificação de convênios celebrados pelos Estados-Membros.

Um deles teve decisão do Ministro CORDEIRO GUERRA, no sentido de que a eficácia dos convênios dependeria unicamente da ratificação do Chefe do Poder Executivo.

E, a propósito, transcreve trecho do parecer:
Processo P.G.R. nº 50.207/82:

“É certo que, por força do artigo 4º da Lei Complementar nº 24, de 1975, as isenções e outros incentivos referentes ao ICM, previstos em convênios, dependem apenas de ratificação do Chefe do Poder

Executivo para sua ampla eficácia. E, por outro lado, não parece que o legislador tenha extrapolado os limites do artigo 97, VI do CTN, na integração normativa do artigo 23, § 6º, da Lei Maior, pois este dispositivo se refere unicamente às isenções do ICM e já estabelece processo diverso para a sua concessão ao mesmo tempo em que faz expressa remissão à lei complementar para as especificações analíticas decorrentes”.

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO E A AUTONOMIA ESTADUAL

4. Cabe indagar se a discussão de problema da ratificação do Convênio de ICM é meramente acadêmica no Estado do Rio Grande do Sul, em razão da prescrição contida na Constituição do Estado (artigo 27, XI).

No artigo 18, § 1º, a Constituição Federal, referindo-se à matéria tributária, dispõe:

“Lei Complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nesta matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará limitações constitucionais ao poder de tributar”.

O Professor PAULO DE BARROS CARVALHO não hesita em sublinhar que a **matéria objeto da norma geral** consiste em preencher lacunas do texto constitucional, e que a mesma comporta duas finalidades: “1ª) dispor sobre conflitos, 2ª) regular limitações constitucionais ao poder de tributar; logo, sempre que as lacunas disserem respeito a esses dois aspectos, caberá a norma geral”. (Elementos de Direito Tributário, pág. 160, Edição Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978).

A Lei Complementar nº 24/75, seguramente, ao mesmo tempo em que abrange a verdadeira matéria da norma geral, destina-se a atender àquela dupla finalidade, apresentando, portanto, a natureza própria das leis complementares previstas no citado parágrafo 1º do artigo 18 da Constituição Federal.

Ou seja: são leis nacionais e não federais, aplicam-se a todo o território nacional, a todas as pessoas políticas. “Não são leis, na formulação kelseniana, da ordem jurídica parcial central, mas da ordem jurídica global, são leis nacionais, em oposição às, simplesmente, federais”. (GERALDO ATALIBA, op. cit., pág. 170).

Ao editar a Lei Complementar nº 24/75, mediante quórum qualificado, o Congresso Nacional estabeleceu regras referentes a Convênio de ICM, visando prevenir conflitos de competência entre as unidades federadas, e disciplinar limitações constitucionalmente impostas aos Estados no artigo 23, § 6º citado.

Situa-se dentro do campo peculiar das normas gerais, não violando, portanto, a autonomia estadual que reside — antes de mais nada — no poder de se auto-organizar e auto-administrar segundo as leis que adotarem.

Tal autonomia lhe é assegurada para que possa (o Estado-Membro) legislar sobre todas as matérias que não lhe sejam vedadas pela Constituição do país.

Ora, os Estados não têm competência para legislar (sequer supletivamente) so-

bre normas gerais de direito tributário, matéria sob reserva de lei complementar, como já se viu, e que tem eficácia vinculante para os Estados e Municípios (JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, Lei Complementar Tributária, Ed. Educ., S.P. pag. 97).

Não é constitucionalmente viável a interpenetração de campos privativos de legislação, e lei do Estado-Membro ou do Município que invadir o campo privativo da lei complementar serão atos inconstitucionais.

As regras complementares que normatizam especificamente formas de exclusão do imposto estadual através de convênios contrastam, seguramente, com o que dispõe a Constituição Estadual sobre a necessidade da ratificação legislativa de convênios em geral (artigo 27, XI).

As primeiras situam-se rigorosamente dentro de seu campo material de incidência; considerando-se a lei do Estado do Rio Grande do Sul invasora do campo privativo da lei complementar.

Assim sendo, somente no tocante a este restrito campo de abrangência (convênios de ICM) a norma local teve afetada a sua validade, que diz com a incompetência do órgão que a criou.

Dentro dessa ordem de raciocínio, o artigo 27, XI da Constituição do Estado é válida e eficaz em relação a todos os demais acordos interestaduais versando matéria outra, excluindo-se as isenções de ICM — as quais serão estabelecidas ou revogadas nos moldes previstos na Constituição Federal e lei complementar dela decorrente.

Os prejuízos do Estado do Rio Grande do Sul, já foram, no caso, enfatizados em meticulosa petição de fls.

Acrescenta-se, outro, revelado pelos documentos anexos: os impetrantes recolhem o imposto com base de cálculo reduzida, porém, transferem-se crédito fiscal na base de cálculo integral — consoante se verifica pelo montante do ICM destacado em nota fiscal.

Os adquirentes — na etapa subsequente de circulação — deixarão de recolher parcela substancial do imposto (diferença entre a base integral de 100% e a reduzida de 32,3%) — prejuízo, portanto, calculado em 10,8%.

Finalmente, pelas razões anteriormente expostas, espera seja dado provimento à presente apelação, reformando-se a sentença recorrida, para o fim de se julgar improcedente a ação de mandado de segurança.

PORTO ALEGRE, 23 de março de 1983.

FATO GERADOR DO ICM NA IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS*

Mercedes de Moraes Rodrigues

APELAÇÃO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA
TERCEIRA VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu procurador judicial, nos autos do Mandado de Segurança nº 01183041035 impetrado por GULLO E CIA. LTDA., não se conformando com a respeitável sentença de fls., vem dela interpor APELAÇÃO para uma das Câmaras Cíveis do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, requerendo a Vossa Excelência que a receba e encaminhe à superior instância.

Temos em que

Pede Deferimento.

PORTO ALEGRE, 17 de junho de 1983.
MERCEDES DE MORAES RODRIGUES
PROCURADOR DO ESTADO
OAB/RS 4533

EGRÉGIA CÂMARA
EMINENTE DESEMBARGADOR RELATOR

RAZÕES DO APELANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

I. A ESPÉCIE

Toda a divergência em que repousa o presente litígio estabelece-se quanto à caracterização do fato gerador do ICM na importação de mercadorias (frutas) do exterior.

Sustentou o impetrante e reconheceu a v. sentença que o elemento fático temporal da "entrada física" no estabelecimento do importador é o aspecto relevante para a ocorrência da hipótese impositiva, com fulcro no disposto no artigo 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 406/68.

Tem o Estado, ora apelante, de sua parte, como aspecto nodal na configuração do fato gerador do ICM — na importação de mercadoria, como em qualquer outra operação de circulação — a circulação econômico-jurídica da mercadoria, isto é, operações realizadas a partir de e sobre um substrato econômico apreciável juridicamente.

*Originalmente publicado na RPGE nº 38, 1983.

*Em sessão realizada em 21/09/82, a 1ª Câmara Cível deu provimento à apelação. Acórdão ainda não publicado.

A douda sentença, ao invocar o disposto no artigo 116 do Código Tributário Nacional, que dá os parâmetros legais complementares para a definição temporal de ocorrência do fato gerador, o faz, "salva reverência", de maneira equivocada.

O referido artigo assim reza:

"Artigo 116 — Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I — tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios.

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável. "(grifos nossos)"

Pois bem. O erudito decisório, conquanto se declare seguir a linha hoje não mais contestada, de que o fato gerador do ICM se caracteriza nas "operações" de circulação, não qualquer operação ou movimentação física, mas aquela que represente uma circulação de mercadoria, acaba por subentender que, no ICM, a ocorrência do fato gerador deveria se reger pelo disposto no inciso I do supra-referido comando legal, que se refere à "SITUAÇÃO DE FATO".

Ora, aplicável à espécie, eis que sem maiores dúvidas, de conformidade com todos os doutrinadores referidos, quer nas informações da autoridade dita coatora, quer na peça sentencial (cf. referências de SOUTO MAIOR BORGES, EDUARDO BRITO, PAULO DE BARROS CARVALHO, GERALDO ATALIBA) o fato gerador do ICM é caracterizado sobre operações econômico jurídicas, deverá ser o inciso II do mesmo artigo 116.

Em consequência, tratando-se de situação jurídica, o fato gerador do ICM estará configurado "desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável".

Ora, a operação de circulação advinda da importação de mercadoria, apresenta contornos definitivos e completos, nos termos da legislação civil e comercial, com a entrada da mercadoria na disponibilidade do importador, o que se verifica já na sua chegada em território nacional. Com efeito, já nessa oportunidade e independentemente de ingressar fisicamente no estabelecimento do importador, tem este a titularidade da mercadoria, é o proprietário e possuidor que pode, inclusive, lançar mão dos interditos possessórios necessários para resguardo de sua posse.

Nesse sentido, FERNANDO BROCKSTEAD em seu apreciado "O ICM - Comentários Interpretativos e Críticos", comenta a expressão "entrada no estabelecimento", bem como o esclarecimento a tal respeito, constante na Exposição de Motivos que acompanhara o Decreto-lei 406/68, para concluir:

"Como as etapas de circulação sempre se completam com a entrada da mercadoria 'na disposição' do destinatário, com a 'tradição', assim deve ser esta entendida; satisfeitas as exigências aduaneiras, liberada a mercadoria, podendo o importador dispor dela, desde logo dar-se-

á o fato gerador.

Existindo no Estado, porém, "apenas um escritório para cumprir as formalidades de importação", é óbvio que a entrada da mercadoria "na disposição" desse escritório é irrelevante para a ocorrência do fato gerador, pois inexistente estabelecimento na referida Unidade da Federação, onde a mercadoria pudesse entrar materialmente: neste caso o fato gerador ocorrerá no momento em que o estabelecimento localizado em outro Estado tomar conhecimento de ter a mercadoria entrado em sua disposição (ou quando nele entrar fisicamente), sendo devido o imposto ao Estado onde estiver situado o "estabelecimento" e não ao de situação do "escritório".

No caso "sub judice", vê-se das guias de importação emitidas pela CACEX, de acordo com informações fornecidas pelo importador (fls. 11 a 15; e 27/33) que o porto de descarga da mercadoria consignado no campo 21 das referidas guias, é Uruguiana, isto é, o porto por onde se processou a importação.

Despachadas para e até Uruguiana, pelo exportador, as mercadorias, a partir daí estão na disponibilidade e sob a titularidade do importador, sendo nessa ocasião, emitidas as notas fiscais de entrada (cf. se verifica na informação constante no Termo de Apreensão, fl. 25 e 26) e devendo ser registrada a operação nos livros da empresa.

Bem salientara já o representante do Ministério Público em seu parecer que a expressão **entrada no estabelecimento do importador** deve ser entendida como "a disponibilidade jurídica da coisa e do direito de o titular dela dispor em toda sua extensão" (fl. 82).

Reconhece o apelante, sem dúvida, existir na configuração da hipótese de incidência, um aspecto temporal. Mas o que pretende demonstrar é que o aspecto temporal escolhido pelo legislador não pode ser entendido na simplista acepção literal, mas antes que se há de perquirir, em consonância com a própria natureza do ICM, qual é o elemento que vai caracterizar o aspecto temporal.

Nessa ordem de raciocínio, a entrada no estabelecimento só pode ser o ingresso da mercadoria no patrimônio do importador, por ser este o fato relevante e de significação jurídica.

II. O FATO GERADOR DO ICM NA DOUTRINA

Como antes se referiu, a doutrina tem entendido que a hipótese de incidência do ICM constitui-se nas "operações relativas à circulação de mercadorias", sendo como antes se referiu, a doutrina tem entendido que a hipótese de incidência do ICM constitui-se nas operações relativas à circulação de "mercadorias" sendo a "entrada", a "saída", o "fornecimento", a "transmissão da propriedade", etc, meros fatos de exteriorização ou circunstâncias materiais, que revelam ter-se concretizado a operação de circulação de mercadoria, isto é, **circunstâncias pelas quais a hipótese de incidência se torna conhecida ou evidente**, por isso que tais circunstâncias foram, na terminologia da boa doutrina tributária, chamadas de **aspecto temporal** da hipótese de incidência.

cia.

Sobre esse tema, aliás, não há dissensões doutrinárias dignas de registro, sendo oportuno verificar a lição de EDVALDO BRITO:

"Por isso, de referência do Imposto sobre OPERAÇÕES relativas a circulação de mercadorias — ICM — a hipótese normativa de incidência integra-se a partir dos elementos básicos fornecidos pelo inciso II do art. 23 da Constituição Federal. Há casos em que a Constituição esgota a hipótese, fornecendo todos os seus elementos; há outros em que ela apenas dá uma generalidade à hipótese permitindo que, com obediência à sua formulação, desencadeiem-se, pelas normas hierarquicamente inferiores, aqueles elementos, os quais ela na generalidade traçada coloca à vista. Por exemplo: 'Compete à União instituir imposto sobre a propriedade territorial rural'. Não diz mais nada. Então, cabe a quem for desdobrar esta formulação saber o que é propriedade, saber o que é propriedade territorial e saber o que é propriedade territorial rural. Mas, no caso do ICM a Constituição esgotou na hipótese que descreveu todos os elementos. Explicitamente, portanto, desenhou todo o pressuposto que só no elemento objetivo carece de auxílio de lei complementar.

"Diz ela: 'Compete aos Estados e ao Distrito Federal'..., portanto aí está revelando o elemento espacial porque delimita a área em que o fato respectivo poderá acontecer, 'instituir imposto sobre OPERAÇÕES relativas à circulação de mercadorias'... já começou a dar o elemento objetivo, isto é, a matéria, o objeto tributável, elemento que ela mesma continua a dar explicitamente ao concluir a norma, dimensionando este objeto ao estabelecer que o imposto não é cumulativo porque dele se abaterá, nos termos do disposto em lei complementar, o montante cobrado, nas operações anteriores, pelo mesmo ou por outro Estado. Prosseguindo: '... realizadas (as operações) por produtores, industriais e comerciantes. ...' e aqui fornece o outro lado do elemento pessoal — o do sujeito passivo, uma vez que o do sujeito ativo foi revelado na outorga de competência aos Estados e ao Distrito Federal conferida no art. 23 e à União no S 4?, 'in fine' do art. 18. Quanto ao elemento temporal ela o revela na expressão realizada, porque toda vez que as pessoas mencionadas como sujeito passivo desencadearam uma operação relativa à circulação de mercadorias, neste momento, haverá a concretização da hipótese de incidência.

"Por conseguinte, explicitados pela Lei Fundamental do sistema jurídico brasileiro os elementos do pressuposto do fato que acontecido gerará a obrigação de pagar o ICM e sabido que este fato, consoante o direito tributário positivo pátrio, é uma SITUAÇÃO definida em lei como NECESSÁRIA e SUFICIENTE para desencadear a hipótese, para concretizá-la, exige-se cuidado do órgão que emitir a norma definidora dessa situação a fim de não ofender a hipótese, porque, já o dissemos antes, só haverá obrigação tributária se houver incidência

tributária e esta decorre do casamento entre o pressuposto ou hipótese e o fato a que ela atribui o efeito jurídico de gerar o dever de pagar o tributo se ocorrido tal qual hipoteticamente descrito". (Op. cit. pp. 153/4).

No mesmo sentido pontifica o mestre pernambucano JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES:

"Noutras palavras: no tocante ao ICM, a 'realidade econômica' é identificada pela referibilidade à 'circulação de mercadorias', associada à qualificação dos comerciantes, industriais e produtores como sujeitos passivos do ICM, enquanto que a 'forma jurídica' está associada à referência constitucional expressa ao termo 'operações', incontornavelmente operações jurídicas (atos jurídicos mercantis, 'in genere', daí a neutralidade impositiva, quanto à forma jurídica específica, e.g., compra-e-venda, permuta, empreitada, etc., pela qual a 'operação' se processa)." "in" Lei Complementar Tributária, Ed. Revista dos Tribunais, 1975 p. 158.

Releva, aqui, notar que a base de cálculo do ICM se compõe do valor da importação, acrescido dos impostos e despesas aduaneiras e do IPI, não integrando a mesma base de cálculo as despesas de transporte, seguro, etc., ocorridas desde o desembarque aduaneiro e até a entrada física no estabelecimento, de acordo com o disposto no inciso IV do art. 2.º do Decreto-lei nº 406/68.

A partir dessa regulação legal, são perfeitamente cabíveis as afirmações a seguir transcritas, emitidas pelo Senhor Coordenador-Geral do ICM, nas informações prestadas no M.S. nº 01183062767, impetrado por SOCIEDADE INCREMENTADORA COMERCIAL LATINO AMERICANA, SINCOLA LTDA., versando hipótese semelhante:

"Ora, se o fato gerador no caso fosse a entrada física no estabelecimento, as despesas ocorrentes entre o momento e local da importação até a descarga da mercadoria no estabelecimento importador haveriam de integrar a base de cálculo. Entretanto, como o fato gerador é a disponibilidade jurídica do bem, que se dá ainda no local de entrada da mercadoria no território nacional, a base de cálculo só pode ser composta pelo valor constante nos documentos de importação mais o Imposto de Importação, IPI e as despesas aduaneiras, excluídas as demais despesas até a entrada física da mercadoria no estabelecimento importador, isto porque, frise-se, em linha de coerência normativa, o fato gerador ocorre, com a disponibilidade jurídica dos bens para o importador, ainda no local de entrada no território nacional.

Nem se argumente que não haveria fato gerador se a mercadoria fosse sinistrada ou ocorresse seu desaparecimento durante o transporte do local de ingresso no território nacional até o estabelecimento importador. Evidente que o sinistro ou desaparecimento da mercado-

ria não é fato gerador do ICM, tanto que a Lei Estadual n.º 6.485/72, em seu artigo 20, incisos IV e V, prevê que **não se admitirá o crédito fiscal pela entrada**, no estabelecimento, de mercadoria, cuja saída posterior não gere débito (e.g. roubo) ou quando por qualquer circunstância as mercadorias não vierem mais a sair do estabelecimento (v.g. fogo, perecimento, imobilização, etc.). Nesses casos houve o fato gerador na operação anterior, com o pagamento do imposto, cujo crédito a lei não admite ao adquirente.

O mesmo ocorreria se a mercadoria importada fosse sinistrada, roubada, etc., após o desembarço, no transporte até o estabelecimento importador: o fato gerador já havia ocorrido sendo devido o tributo, do qual o contribuinte não poderá creditar-se.

Nas operações no mercado interno deve-se verificar se é FOB ou CIF a operação. Sabe-se do direito das obrigações que quem suporta os riscos é o dono, isto é, a mercadoria perece para o dono.

Tratando-se da cláusula FOB, a tradição da mercadoria ocorre — fala-se ainda de operações internas — no estabelecimento do vendedor e é transportada por conta e risco do comprador; nesse caso **o comprador** suporta o risco de perecimento e se a mercadoria vier a perecer no transporte **o vendedor** não se exime do pagamento do imposto pela saída (venda) que promoveu, entretanto, **o comprador**, em razão da regra do art. 20 da Lei nº 6.485/72, não poderá creditar-se do imposto pago nessa operação anterior ou porque a mercadoria não irá mais sair ou porque a saída não gerará ou não gerou débito. Inobstante terá de pagar o valor da mercadoria ao vendedor.

Tratando-se da cláusula CIF a mercadoria é posta no estabelecimento comprador onde ocorre a tradição, suportando os riscos neste caso **o vendedor**. Nessa hipótese se a mercadoria perecer em transporte quem deverá estornar o crédito da operação anterior é **o vendedor** ou porque a saída não se concretizou (caso de fogo) ou porque a saída não é tributada (caso de roubo), já que a tradição, e, conseqüentemente, o fato gerador do imposto nessa última operação (vendedor/comprador) não chegou a se concretizar porque a mercadoria não passou **à disponibilidade jurídica do comprador**. Nesse caso o comprador não terá de pagar o valor da mercadoria ao vendedor.

Semelhantes são as operações de importação objeto do presente "writ" em que há a cláusula FOB para o vendedor argentino, isto é, as frutas são postas em Uruguiana (campo 21 da Guia de Importação) onde ocorre a tradição e daí são transportadas pela impetrante por sua conta e risco até seu estabelecimento, em razão de que, desembarcada a mercadoria, **esta passou à sua disponibilidade jurídica**, circunstância indicativa, como naquele outro caso, de que ocorreu o fato gerador do ICM. Assim, se a mercadoria perecer, for roubada, etc, no transporte desde o local do desembarço até o estabelecimento, a impetrante suporta os riscos e terá de pagar, se ainda não o tiver

feito, ao exportador argentino, o valor da mercadoria, mesmo que a tenha perdido. Terá de pagar, também, o ICM, porque já ocorreu o fato gerador e não poderá creditar-se porque a mercadoria não mais irá sair do seu estabelecimento (perecimento, fogo, etc.) ou a saída não gerou débito do imposto, porque a mercadoria foi roubada durante o transporte.

O expedito demonstra, mais uma vez, que o fato gerador do ICM na importação não é a entrada física no estabelecimento importador, mas sim a disponibilidade jurídica dos bens, que ocorre com o desembarço aduaneiro."

Por todo o exposto, confia o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL no provimento à presente APELAÇÃO.

PORTO ALEGRE, 16 de junho de 1983.

RETROCESSÃO*

Eliana Donatelli de Moura

CONTESTAÇÃO

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA
FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por sua Procuradora firmatária, de acordo com a Portaria nº 201, de 22.11.79, publicada no Diário Oficial do Estado, de 30.11.79, cujo endereço para receber notificações, intimações e outros comunicados, é na Av. Borges de Medeiros, 417, 10º andar, nesta Capital, CONTESTANDO a ação ordinária de retrocessão, cumulada com perdas e danos (Proc. nº 74.068/80), proposta por JOÃO PAULO CORRÊA SOARES e sua mulher, vem dizer e requerer a Vossa Excelência o que segue:

I - PRELIMINARMENTE

A) CARÊNCIA DE AÇÃO PELA INEXISTÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR

1. Para obter a tutela jurisdicional é uma das condições da ação a existência do **interesse de agir** que o autor deve demonstrar ao formular o pedido (Cfe. art. 301, X, combinado com os arts. 267, VI, e 295, III, do Código de Processo Civil).

O interesse de agir, tal como previsto nos arts. 3º e 4º do Código de Processo Civil, configura-se, inicialmente, com a situação privilegiada de uma pessoa em relação a um bem, que esteja prevista em lei, de forma a caracterizar o direito subjetivo material, cuja pretensão possa ser formulada judicialmente. Todavia, em razão do caráter processual desse interesse é preciso que o autor tenha também a **necessidade** de reconer a via judicial para obter o reconhecimento desse direito de alguma forma ameaçado ou que tenha sido desatendido (veja-se, a propósito, JOSÉ FREDERICO MARQUES in Manual de Direito Processual Civil, 2ª ed. 1º vol. Teoria Geral do Processo Civil, São Paulo, Saraiva, 1974, p. 157; e, ANTÔNIO JOSÉ DE SOUZA LEVENHAGEM in novo Código de Processo Civil, 5ª ed. São Paulo, Atlas, 1976, p.27).

Na espécie, não houve qualquer frustração ou ameaça ao direito do autor em relação ao imóvel expropriado, mas, pelo contrário, a ação de desapropriação processou-se normalmente, tendo sido, inclusive, beneficiado, o autor, na via recursal.

Expedido o Precatório (nº 2067) para a satisfação do expropriado nos autos da ação de desapropriação (nº 68.531), conforme foi demonstrado às fls. 44 e 45 deste Processo, nos termos dos arts. 730 e 731 do C.P.C., nenhum obstáculo criou-se quanto ao direito do ora demandante a não ser a sua própria falta de diligência no impulsionamento da execução contra a Fazenda Pública, posto que o expropriado, conforme o demonstra a petição introduzida na ação de desapropriação nº 68.531, às fls. 267-8 (doc.1), negou-se deliberadamente a receber o pagamento restante a que foi o

*Originalmente publicado na RPGE nº 38, 1983.

expropriante obrigado a prestar.

Com efeito, por meio de Ofício nº 36/80-P, de 21-01-80, cuja cópia segue inclusa (doc.2), o Exmo. Sr. Presidente do Colendo Tribunal de Justiça do Estado solicitou ao Gerente do Banco do Estado do Rio Grande do Sul, Agência Central, que colocasse à disposição do Juízo dessa 2ª Vara da Fazenda Pública o valor de Cr\$ 2.263.799,76 (dois milhões, duzentos e sessenta e três mil, setecentos e noventa e nove cruzeiros e setenta e seis centavos), do qual foram certificadas as partes, de acordo com a Nota de Expediente publicada no Diário da Justiça do dia 28.02.80, tendo sido retirada, apenas, a quantia de Cr\$ 203.242,19 (duzentos e três mil, duzentos e quarenta e dois cruzeiros e dezenove centavos), em data de 19.03.80, correspondente aos honorários advocatícios.

2. Nem mesmo se ultimou a ação de desapropriação respectiva para que o autor pudesse ter a pretensão de reaver o bem, o que mais evidencia a carência de ação, já que, nesta hipótese, o autor pretenderia receber a indenização por duas vezes! Eventualmente nesta e naquela ação de desapropriação ainda pendente, hipótese, sem dúvida, absurda.

De qualquer forma, não há que se falar em retrocessão enquanto a competente ação de desapropriação estiver pendente, o que, de per si, revela o permanente interesse do expropriante.

A pretensão à retrocessão só ocorre depois de concluído o procedimento expropriatório, pelo pagamento da indenização (Cfe. JOSÉ CRETELIA JÚNIOR in Comentários às Leis de Desapropriação, 2ª ed. São Paulo, Bushatsky, Ed., 1976, p. 413).

Como ensina SEABRA FAGUNDES, a consumação do exproprioamento está constitucionalmente vinculada ao efetivo pagamento do preço; antes dele, "haverá um 'processus' tendente a determinar a incorporação de bem privado no patrimônio estatal, haverá posse do Estado (caso de imissão provisória), mas nunca transferência do domínio" (in da Desapropriação no Direito Brasileiro, nº 464 apud Revista dos Tribunais, vol. 451, maio/73, p. 293).

Assim, poder-se-ia chegar ao absurdo de cogitar-se de ação possessória para o autor recuperar a posse, cuja imissão foi deferida ao expropriante *initio litis*, mas nunca uma ação de retrocessão para reaver um bem que ainda não saiu do domínio do expropriado.

Não há, in casu, interesse de agir, nem com relação à retrocessão e nem com relação às perdas e danos, o que determina a extinção in limine do processo sem julgamento do mérito.

B) CARÊNCIA DE AÇÃO PELA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

3. Outra condição da ação para viabilizar a tutela jurisdicional é a previsão legal da pretensão, qual seja, a **possibilidade jurídica do pedido** (Cfe. art. 301, X, combinado com os arts. 267, VI e 295, I, e § único, III). A falta dessa condição de *jus actionis* é tão severamente repelida pelo estatuto processual que resulta na inépcia da petição

inicial (§ único, III, do art. 295, do C.P.C.).

Só pode ser acolhida pretensão admitida no direito objetivo. Não há pretensão sem lei que a preveja.

A possibilidade jurídica como requisito, ou condição, indispensável da ação, "é a admissibilidade, em abstrato, do provimento reclamado, segundo as normas vigentes na ordem jurídica nacional" (Cfe. J.J.CALMON DE PASSOS in Comentários ao Código de Processo Civil 2ª ed. Vol. III (arts. 270 a 331). Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 365).

O nosso direito positivo em momento algum prevê a retrocessão em razão de decurso de prazo para execução de obras em imóvel expropriado. Não existe prazo em nosso ordenamento jurídico para o Poder Público iniciar ou concluir as obras previstas no decreto expropriatório.

A retrocessão só tem sido admitida por desvio de finalidade, o qual é definido como a utilização do bem expropriado para outra finalidade, na qual não exista o interesse público.

O imóvel expropriado, que é objeto da presente ação de retrocessão, não foi de modo algum utilizado para outro fim, que não o constante do Decreto Estadual nº 22.403, de 10.04.73 (fl. 08 dos autos).

Logo, verificada a impossibilidade jurídica do pedido de retrocessão, cumulado com perdas e danos, inepta é a Inicial, devendo o processo ser extinto, desde logo, sem julgar do mérito.

II - NO MÉRITO

4. De início, é equívoca a Inicial ao afirmar que o Estado, através da FEBEM, nada fez na área desapropriada. Ao contrário, o demandado tornou-a produtiva, como era sua finalidade, e nela erigiu construção, como ficará demonstrado na perícia a ser realizada no local.

Efetivamente, desde a imissão provisória na posse o demandado tratou da exploração da terra, nela fazendo plantações, tendo já obtido mais de uma colheita, como fruto de seu trabalho exclusivo. E a isso se propôs o expropriante, tal qual ficou demonstrado no Ofício nº 265/73-GAB de 23.02.73, de fls. 10 e 11 dos autos, do então Secretário do Trabalho e Ação Social ao Senhor Governador do Estado, quando diz que na área respectiva "será implantado um Centro de produção horti-granjeira, plantação intensiva de hortaliças e frutas cítricas" e etc.

Na mesma área construiu o demandado uma moradia, onde reside o administrador da área, empregado rural, subordinado aos técnicos da FEBEM.

Não é verdade que o demandado tenha deixado de dar à área desapropriada o destino previsto, mas encontra-se, justamente, na persecução do objetivo visado no decreto expropriatório, na medida de suas disponibilidades, tendo em vista o interesse público sempre presente na desapropriação, a que se submete o expropriado em razão da função social da propriedade.

Se mais não fez ainda o demandado foi em razão de dificuldades surgidas, mesmo porque um empreendimento desta envergadura não pode ser feito a curto prazo, como quer o demandante, e principalmente porque não há prazo legal para o Poder

Público executar as obras no imóvel expropriado.

Um simples atraso na conclusão das obras, já de há muito iniciadas, de nenhuma maneira prejudica o interesse público que vem sendo perseguido.

Apenas de lege ferenda poder-se-ia pensar em fixação de prazo para o Poder Público iniciar e concluir as obras referentes à expropriação. No sistema jurídico dos EUA, por exemplo, o expropriante deve fixar um prazo dentro do qual deve começar a se utilizar do bem expropriado e concluir a obra. Decorrido este período, extingue-se o direito do expropriante. Já no Japão, este prazo é prefixado em 20 (vinte) anos. Todavia, no Brasil, a apreciação deste ângulo é meramente fática e não recebe a menor guarida no nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a orientação jurisprudencial. Senão vejamos:

(1) - "RETROCESSÃO - DIREITO REAL

— A retrocessão, como direito real, está excluída do direito brasileiro". "Ap. nº 15.710 - Presidente: Ministro HENRIQUE D'ÁVILA. Relator: Ministro AGUIAR DIAS. 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, 13 de novembro de 1962".

"A expropriante em nenhum momento passou os bens a terceiros e o fato de não ter realizado as obras está cabalmente explicado pelas dificuldades econômicas que o país atravessa e que a ferrovia também experimenta, como parte que é o patrimônio público". (in Revista Forense. Vol. 209-jan/mar de 1965, p. 149-150).

(2) — "O fato único da não utilização do bem desapropriado não fundamenta a retrocessão". (Grifou-se)— (Supremo Tribunal Federal, in Revista Trimestral de Jurisprudência. Vol. 57, p. 54 e Vol. 209, p. 149).

(3) — "Em seu livro sobre a desapropriação diz G. BAUDRY que, se a administração já sujeitou o imóvel desapropriado às operações para cuja utilidade pública foi declarado, esse fato constitui obstáculo à retrocessão ("Expropriation pour cause d'utilité publique", Partie, p. 148, Nº 267).

"— E GARSONNIST declara que a retrocessão não se aplica aos terrenos que ainda não foram empregados, no momento em que o exercício desse direito é reclamado, se a administração informa que os trabalhos projetados estão apenas retardados e que, apesar desse atraso, o terreno expropriado terá o destino para que foi expropriado. Os direitos do proprietário ficam naturalmente reservados para o caso em que o atraso dos trabalhos se transforme em abandono definitivo ("Traité de l'Expropriation", vol.II, p. 325)"(Apelação nº 50.813-Tr. Just. São Paulo - 3º C-Relator: Desembargador PRADO FRAGA apud ROBERTO BARCELLOS DE MAGALHÃES in Teoria e Prática da Desapropriação no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, José Konfino

Ed., 1968, p. 274).

Assim se orienta a doutrina a saber:

- E BERT CHAMOUN, em sua obra sobre a retrocessão nas desapropriações, diz que:

— É..., necessário frisar que o emprego, pelo expropriante, do bem desapropriado para fim de interesse público não precisa ser imediato. Desde que ele consiga demonstrar que o interesse público ainda é presente e que a destinação para esse escopo foi simplesmente adiada, porque não é oportuna, exequível ou aconselhável, deve ser julgado improcedente o pedido de indenização do expropriado, com fundamento no art. 1.150 do Código Civil". (in Da Retrocessão nas Desapropriações. (Direito Brasileiro). Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 84).

- ROBERTO BARCELLOS DE MAGALHÃES entende que:

"Não é prudente pressupor o desvio de poder de desapropriar pelo simples fato de manter-se o Estado inerte quanto à exploração do bem desapropriado. Motivos alheios à vontade da administração podem contribuir para o adiamento de sua utilização".

"Só quando o Estado der uma prova efetiva do seu desinteresse (traduzida no fato público da alheação do bem) é que demos por caracterizados os pressupostos para a retrocessão"(in Teoria e Prática da Desapropriação do Direito Brasileiro. Rio, José Konfino. Ed., 1968, p. 282).

Quanto ao descabimento de qualquer pretensão do expropriado, em não havendo o desinteresse do expropriante, assevera, adiante, o mesmo autor:

"Antes de ficar caracterizado o desinteresse do expropriante pela utilidade do bem, o que só poderá induzir plenamente pela sua alheação, venda ou doação a terceiro, não nos parece possa nascer para o desapropriado qualquer tipo de reparação, seja a indenizatória, seja a retrocessão propriamente dita" (ob. cit. p. 283).

Diz ainda, o mesmo autor, elucidativamente, que "a lei não fixa prazo para a utilização, devendo-se, assim, deferir ao poder público liberdade para escolher o momento em que deva iniciá-la, não cabendo ao expropriado forçá-lo a isso, sobretudo porque já foi indenizado. Sua atitude só pode ser de expectativa. Despojando-se o expropriante do imóvel incorporado ao seu patrimônio, então sim, desfigurados estarão os pressupostos da desapropriação" (id., ibid.).

— PONTES DE MIRANDA assevera que a matéria deve ser encarada no seu sentido publicístico, seja quanto ao direito, à pretensão ou à ação, ainda que a regra figure no Código Civil — art. 1.150, sem equiparar, contudo, de forma alguma, o prazo de caducidade do decreto expropriatório, que seria de 5 anos, como equivalente, por analogia, a uma limitação temporal, para a destinação do bem ao fim da desapropriação.

Diz PONTES que: "O prazo de caducidade, de que se fala no art. 10 do Decreto-Lei nº 3.365, de modo nenhum incide, por analogia, no que concerne à destinação". "não há qualquer analogia. O Supremo Tribunal Federal (10 de setembro de 1930, A.J., 16, 366-368) fez bem em abstrair de qualquer limite de tempo" (in Tratado de Direito Privado. 3ª ed. Tomo 14. Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, p. 173).

5. Equivocou-se o autor ao tentar equiparar o desvio de finalidade, que justificaria a retrocessão, com uma eventual "demora", ou "inação", do Poder Público com relação às obras a serem executadas no imóvel expropriado.

Desvio de finalidade é outra coisa diversa da que alega o autor para sustentar sua pretensão.

É o que ensina HELY LOPES MEIRELLES, a saber: "o **desvio de finalidade** ocorre, na desapropriação quando o bem expropriado para um fim é empregado nou-
tro **sem** utilidade pública ou interesse social. Daí, o chamar-se vulgarmente a essa mudança de destinação "tredestinação" (o correto seria "tresdestinação, no sentido de desvio de destinação), para indicar o mau emprego do bem expropriado.

Mas deve-se entender que a finalidade pública é sempre **genérica**, e por isso, o bem desapropriado para um fim público pode ser usado em outro fim público, sem que ocorra desvio de finalidade" (in Direito de Construir. 3ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, p. 167).

Igualmente, EURICO SODRÉ, que diz o seguinte:

"o direito de recuperação somente poderá ser exercido quando a coisa desapropriada for de novo reintegrada na classe das privadas, desqualificada, assim, de pública de uso especial ou de uso comum" (in A Desapropriação. 2ª ed., p. 289).

6. Demais disso, o imóvel expropriado uma vez afetado pelo Poder Público a uma finalidade pública, como, efetivamente, ocorreu in casu, desde o início da exploração da terra, não cabe mais ao expropriado tentar reaver o bem, nem mesmo cabe a reivindicatória em caso de nulidade processual, nos termos do art 35 do Decreto-Lei nº 3.365/41.

SEABRA FAGUNDES, ao comentar este mesmo artigo (art.35) da Lei das Desapropriações, disserta:

"Este dispositivo provê sobre a definitiva e irremediável incorporação das coisas expropriadas ao patrimônio público. Através dele se veda que, de futuro, por meio de ação especialmente destinada a invalidar o ato administrativo expropriatório, ou mesmo destinada a rescindir sentença proferida na ação de expropriação, se pretenda a reincorporação do bem ao patrimônio privado de que se destacou" (in Da Desapropriação no Direito Brasileiro, p. 467 apud Revista Forense. Vol. 209, jan/mar. de 1965, p. 13).

7. Por outro lado, em nenhum momento houve de parte do demandado qualquer intenção ou tentativa de alienação do bem expropriado que ferisse o direito de preempção do autor assegurado pelo art. 1.150 do Código Civil, como direito estrita-

mente pessoal. No caso presente, o expropriante desde a imissão initio litis vem explorando o imóvel para si, a fim de realizar plenamente o destino visado no decreto expropriatório.

8. Por isso tudo, não é cabível a retrocessão e, muito menos, as perdas e danos, já que prejuízo não houve ao expropriado e nosso ordenamento jurídico não ampara a pretensão do autor.

O valor da indenização colocado à disposição do ora demandante satisfaz plenamente seus interesses. Inobstante, para pretender qualquer satisfação em perdas e danos o autor deveria fazer prova, efetiva, de eventuais prejuízos que teria sofrido, o que não ocorreu in casu.

9. Estes são os termos em que o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL dá por contestada a ação, reiterando as preliminares argüidas, espera, também, pelas razões de mérito, ver julgada improcedente a ação, com a condenação do autor ao pagamento das custas, honorários advocatícios e demais cominações legais.

10. Protesta por todos os meios de prova permitidos em direito, especialmente, documental, testemunhal, pericial, e vistorias.

Porto Alegre, 11 de julho de 1980.

ELIANA DONATELLI DE MOURA
PROCURADOR DO ESTADO

SENTENÇA

Proc. 74.068 - 2.º Vara FP

Vistos

O Governo do Estado, a 10/4/73, desapropriou, para fins de ampliação do Instituto Nelyta Martins Ramos (FEBEM), o imóvel rural com 281.524 mq, sito no 7.º distrito desta capital, de propriedade de João Paulo Correa Soares e sua mulher, d. Ruth Meneses Soares. Imitiu-se na posse a 4/2/74. Julgada a ação expropriatória. Já decorreram seis anos da data da imissão de posse. A área continua como mero campo. Nada fizeram o Estado e a FEBEM. Nada pagaram. A área expropriada a nada se destinou. Como que houve desvio de finalidade. Os expropriados querem a devolução do bem expropriado (art. 153, § 22, da CF). Propõem, daí, contra o Estado do Rio Grande do Sul, a presente ação de retrocessão, cumulada com perdas e danos.

Contesta o réu. Preliminares: 1) Carência da ação pela inexistência do interesse de agir. A pretensão à retrocessão só ocorre depois de concluído o procedimento expropriatório, pelo pagamento da indenização. Os autores negam-se deliberadamente a receber o preço. 2) Impossibilidade jurídica do pedido. Em momento algum o direito positivo brasileiro prevê a retrocessão em razão de decurso de prazo para execução de obras em imóvel expropriado. Só se admite a retrocessão por desvio de finalidade. Méri-

to: o Estado, através da FEBEM, tornou a área produtiva e nela edificou.

Replicaram os autores. A Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor/FEBEM requer seja admitida como assistente do Estado (art. 50 e parágrafo único, CPC). As partes não se opõem. Perito e assistente do réu apresentaram laudo em conjunto. Outro do assistente dos autores. Estes desistiram do pedido de fls. 140/141. Ouvidas testemunhas, havendo desistência das restantes arroladas. Apensos os autos do proc. 73501. Não aqueles referidos ao pé de fls. 153 e na cert. de fls. 156. Causa debatida. O representante do Ministério Público pronuncia-se pela rejeição da matéria preliminar (fls. 87/89) e, no mérito, pela improcedência da ação (fls. 161 verso).

É o Relatório.

In Limine. 1.0 — Admito a FEBEM como assistente do demandado. 2.0 — O processo expropriatório está findo. Efetuado o pagamento, cessa a responsabilidade do expropriante. O expropriado levanta a soma quando quiser. Ou, se preferir, não levanta nunca. 2.1 — Admite-se a retrocessão. Sobre constituir “o nada” desvio de finalidade, é conceito discutível, conquanto aparentemente paradoxal. Matéria de mérito. Rejeito as preliminares (2.0 e 2.1 supra). De Meritis. A peça técnica de fls. 114/116, ilustrada por levantamento fotográfico (fls. 117/128), demonstra a utilização da área expropriada, seja com construção, seja com limpeza, plantação e colheita. A foto de fls. 118 é bem elucidativa: nela aparecem meninos internos da FEBEM no trato do cultivo de hortaliças. Na de fls. 127, meninos cuidam do trecho correspondente ao pomar de pessegueiros. Aceita o louvado dos autores que o cultivo da área teve início na safra de 1978/1979; que foram construídos alguns drenos; e que já se fizeram três colheitas (fls. 134). Ora, nos termos do Decreto que declarou de utilidade pública, para fins de desapropriação, a área mencionada, esta se destinaria à ampliação de área do Instituto Nehyfa Martins Ramos (fls. 8). Ampliação para que se permitisse a implantação de um Centro de produção horti-granjeira, plantação intensiva de hortaliças e frutas cítricas, além de outros melhoramentos (fls. 11). Se as edificações se resumem na construção de modesta casa para o feitor da área; se o Centro de produção não vai além de singela produção horti-granjeira; e se a plantação de hortaliças não configura uma intensa plantação — nada disso implica em negar que a área serviu e tem servido aos fins almejados pelo poder expropriante. Isso é que importa. Desarrazoada a afirmação de que nada fez o Estado. Fez. A FEBEM, desde a imissão na posse, cortou cercas, arrancou árvores e lavrou o campo a trator (inicial do proc. apenso). Na verdade, a FEBEM tem utilizado a área. Ao que ela se destinou, ela tem servido. Em nenhum momento desapareceu a utilidade pública. Em nenhum momento o Estado pretendeu alienar a área expropriada. Consequentemente, não assiste aos autores direito à retrocessão, nem, é claro, a perdas e danos. A prova testemunhal, fls. 154 e verso e 155, em nada modifica a conclusão supra.

Isto Posto,

Julgo improcedente a ação, pagas pelos autores as custas, remuneração dos expertos, Cr\$ 20.000,00 para cada um (já pago o perito, fls. 130), e honorários advocatícios das Doutoradas Procuradoras do réu e da assistente, fixados, os da primeira, em Cr\$ 35.000,00 (recolhidos aos cofres públicos) e os da segunda, em Cr\$ 5.000,00.

Intime-se.

Porto Alegre, 12 novembro 1982.
DINIZ FERRUGEM DE OLIVEIRA
Juiz de Direito da 2.ª Vara FP

CONTRA-RAZÕES DE APELAÇÃO

Verena Nygaard

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DOS FEITOS
DA FAZENDA PÚBLICA

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por sua representante judicial signatária, nos autos da ação ordinária de retrocessão (Proc. nº 74.068/80), que lhe move JOÃO PAULO CORREA SOARES e sua mulher, vem, respeitosamente, apresentar suas contrarrazões de apelação nos termos a seguir.

Em face do exposto, requer o encaminhamento a quem de direito.

Pede deferimento.

PORTO ALEGRE, 16 de março de 1983.

VERENA NYGAARD
PROCURADOR DO ESTADO

EGRÉGIA CÂMARA:

1. Merece ser mantida a r. sentença da qual ora recorre o autor desta ação.

Aos argumentos já expendidos na contestação — aos quais se reporta o ora apelado — há de acrescentar-se, tendo em vista os termos da sentença recorrida e das razões aduzidas pelo apelante, mais uma consideração da mais alta relevância para o correto equacionamento da questão versada.

2. O chamado direito à retrocessão do bem desapropriado exsurge para o expropriário quando, após consumada a desapropriação, o bem retirado do patrimônio particular não for empregado, quer na finalidade pública que ensejou a desapropriação, quer n'outra qualquer, desde que também de interesse público, conforme interpretação jurisprudencial assente em nosso direito (cfe. STF, in RDP 2/213 e 3/242 STF in RDA 88/158 e 102/188, apud Celso Antônio Bandeira de Mello, ELEMENTOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO, RT, S. Paulo, 1980, p. 210) e uniformemente aceita pela doutrina.

Nos termos do art. 1150 do Código Civil, para originar o direito à retrocessão, é preciso que o desinteresse do Poder Público quanto à aplicação efetiva do bem a uma finalidade pública se revele através de sua intenção de desfazer-se do bem desapropriado, pois só nesta circunstância é possível de ser exercido o direito de preempção ou preferência outorgado pelo mencionado preceito legal. É por isso, aliás, que nossos Tribunais têm entendido que “a retrocessão não mais existe, segundo a lei vigente sobre as desapropriações por utilidade pública” (Tribunal de Justiça de São Paulo, in RDA 32/

223) ou que “a lei vigente sobre desapropriações não contempla a retrocessão, que ficou abolida em nosso direito” (Idem, in RDA 37/237).

3. Ora, isto não ocorreu no caso sub judice como adequadamente o reconheceu o MM juiz a quo. E mais; não só o Estado, em momento algum, manifestou a mais leve intenção de desfazer-se do imóvel desapropriado, como tampouco revelou desinteresse em utilizá-lo. Bem pelo contrário. A prova produzida nestes autos é inequívoca e contundente no sentido de que o imóvel foi empregado exatamente na finalidade pública que ensejou a desapropriação: a área foi limpa, drenada, canalizada, vem sendo cultivada desde o início de 1979 pela FEBEM, que é a beneficiária da desapropriação, tendo-se realizado já três colheitas (fls. 114). A prova pericial é ainda reforçada pelas declarações contidas na inicial da ação proposta por Heitor Vargas (fls. 95).

4. Assim sendo, a questão central agora trazida à baila diz respeito à apreciação da intensidade e amplitude da utilização que vem sendo feita em face dos motivos da desapropriação. N'outras palavras, trata-se do exame do mérito, não propriamente de um ato administrativo, mas de uma atuação, de um comportamento da Administração Pública, que, de resto, se rege pelos mesmos princípios aplicáveis àquele.

Mas, Egrégia Câmara, tal juízo de mérito que o apelante tenciona obter de Vossas Excelências, encontra-se em seara estritamente administrativa, na qual, nem ao legislador, nem ao juiz, é ilícito penetrar sob pena de infringir o princípio da separação dos poderes, consagrado no art. 6º e parágrafo único da Constituição Federal.

Não foi outra a razão pela qual a lei das desapropriações deixou de fixar prazo para a concretização da finalidade pública que ensejou o ato expropriatório. Sabiamente reconheceu o legislador que o estabelecimento de um prazo desta natureza implicaria a formulação abstrata e apriorística de um juízo de conveniência e oportunidade que somente a Administração Pública, numa visão de conjunto das múltiplas tarefas que lhe incumbem, tendo em conta os recursos de que dispõe e as prioridades que se lhe impõem, tem condições de emitir.

O poder de desapropriar decorre diretamente das necessidades implícitas no exercício da função administrativa.

5. A determinação do momento mais oportuno para iniciar as obras ou executar os planos que motivaram a desapropriação, bem como do modo mais adequado e conveniente de fazê-lo, comporta uma apreciação semelhante, quando não idêntica, à que procede a Administração para a própria declaração de utilidade pública ou necessidade social.

Se, quanto a esta, nos termos dos arts. 9º e 20 do Decreto-Lei 3365, é vedado ao Poder Judiciário examinar o mérito do ato, indagando se realmente é útil ou necessária a desapropriação, tampouco lhe é permitido que, uma vez consumada a desapropriação, avalie se a obra pública que está sendo executada ou o serviço público que está sendo realizado são bons ou adequados, se atendem ou não, aos fins que motivaram a desapropriação.

6. É pertinente à questão ora versada, o comentário expendido pelo Ministro Seabra Fagundes a propósito do art. 9º do Decreto-Lei 3365, nestes termos:

“Mesmo em se tratando de ação direta a apreciação jurisdicional do cabimento de desapropriação, isto é, de ser ou não ser caso de utilidade pública, pode se afigurar inadmissível por importar, à primeira vista, no conhecimento, pelo Judiciário, do mérito do ato administrativo expropriatório. Mas o assunto deve ser posto nos seus devidos termos. O Judiciário não entra na indagação de ser realmente útil a desapropriação decretada. Só o Poder Executivo, com o trato constante dos problemas administrativos, com os seus planos de realização e orientado pelos técnicos a seu serviço pode medir a conveniência ou o imperativo de sacrificar a propriedade privada aos interesses gerais. O que compete ao Judiciário é verificar se, para a prática do ato expropriatório, foi invocado algum dos casos em que a lei autoriza a desapropriação, isto é, se ele se enquadra em algum dos casos expressamente mencionados e, portanto, se assenta em motivo de utilidade pública. O juiz, indagando se o ato se baseou num dos incisos legais, que o podia autorizar, não invade o campo reservado à função administrativa; apenas confronta o ato executivo com a lei; age no terreno estritamente judiciário.

Aliás, o teor do dispositivo ora comentado se presta a admitir que o legislador pressupôs a indagação pelo Poder Judiciário dos motivos do ato expropriatório para analisá-lo no merecimento. Pensamos, porém, que tal exegese é repelida pelos melhores princípios doutrinários a que se pudesse animar o intérprete. **Levar até esse ponto o controle jurisdicional seria confundir a função judicante com a função administrativa (...)**

Aferir da conveniência ou não de realizar uma obra pública como da utilidade ou não de chamar ao patrimônio do Estado um bem particular, é função puramente administrativa, que só o Poder Executivo pode exercer tendo em consideração as verbas disponíveis e a visão conjunta das obras a empreender. (DA DESAPROPRIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO, 1949, p. 168/9.) (Grifo nosso).

7. Demonstrado como o está através da prova produzida nestes autos que o bem desapropriado não teve destinação de interesse não público e que o Estado não pretendeu aliená-lo, mas que, pelo contrário, o está utilizando exatamente para a finalidade constante do decreto de declaração de utilidade pública, comprovado está que a desapropriação foi legítima e que, por conseguinte, nenhuma pretensão contra o Estado assiste ao ex-proprietário.

Com efeito, se, conforme decidiu o STF no RE 25.115, “não cabe ao antigo proprietário o direito assegurado no art. 1150 do Código Civil, se o imóvel for utilizado no serviço público, ainda que diverso do inicialmente previsto” (RDA 41/200), como admitir-se que lhe caiba aquele direito se o imóvel foi utilizado no serviço público inicialmente previsto, apenas — quiçá — com intensidade e amplitude diversas da inicialmente prevista ou almejada. Mas isto, nem o particular, nem o legislador ou o juiz poderão determinar, porque envolve uma apreciação cujo parâmetro somente a Administração Pública tem condições de conhecer, uma vez que depende do conjunto das

circunstâncias que compõem e caracterizam a própria função administrativa.

Neste particular, não vai demasia em lembrar a lição de Caio Tácito:

A administração encontra, assim, no processo de sua realização, um campo livre de desenvolvimento, no qual lhe é facultada a seleção de critérios e de fórmulas. Subordinado sempre à legalidade de sua atuação, é lícito ao administrador se orientar, livremente, com respeito à oportunidade e conveniência. Esta capacidade de autodeterminação constitui o poder discricionário, que se exaure inteiramente no setor administrativo não podendo ser objeto de consideração jurisdicional. A oportunidade do ato administrativo poderá, em certos casos, ser reexaminada pela própria administração; em nenhuma hipótese poderá ser apreciada pelo Poder Judiciário. O equilíbrio jurídico exige que o juiz e o administrador se coloquem em seu território próprio, a que estão destinados tanto pela competência legal, como pela especialização profissional. O administrador dotado de experiência prática e maior conhecimento pragmático decidirá, com plasticidade, os problemas da administração. Não cabe ao juiz, mesmo perante desacertos e equívocos, substituir a ação executiva pelo arbítrio da toga. A ditadura judiciária é tão nociva quanto o descrédito da administração. Proclamou, recentemente, o nosso mais alto colégio judiciário:

"Não pode o Supremo Tribunal substituir-se à autoridade administrativa, para pronunciar, desde logo, e antecipadamente, a decisão que àquela cabe proferir". Mostrou Roger Pinto que a formação sistematizada do direito administrativo nos Estados Unidos se retardou em virtude da invasão judiciária no terreno da discricionariedade. (DIREITO ADMINISTRATIVO, Saraiva, 1975, p. 5).

8. No exame da adequação da atividade administrativa à lei exaure-se a competência do Poder Judiciário.

Não tendo havido infração ao art. 1150 do Código Civil nem a qualquer outro preceito legal, mas sim, perfeita consonância entre os motivos da desapropriação e a finalidade efetiva do imóvel desapropriado, improcedem as razões deduzidas pelo apelante e descabe seu exame pelo Poder Judiciário.

E, por assim ser, espera o apelado seja mantida, em sua inteireza e por seus jurídicos e bem lançados fundamentos, a r. sentença a quo.

VERENA NYGAARD
PROCURADOR DO ESTADO

CUSTAS JUDICIAIS: MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA A LEI 7.887/83*

Ney Sá

PARECER

MANDADO DE SEGURANÇA

Servidor público vitalício ou estável.

Direito adquirido aos vencimentos.

Irredutibilidade.

A Lei Estadual nº 7.887/83: sua constitucionalidade.

O processo legislativo. Regimento Interno: normas de caráter cogente e normas dispositivas. Escapa à competência do Poder Judiciário o exame dos defeitos da elaboração da lei, que digam respeito à economia interna do órgão legislativo.

S. P. D. M., C. F. W. S., J. C. E. W. M. G., dizendo-se servidores estaduais "...sem exceção, ... vitalícios ou ... estáveis ..." entendem ser titulares de direito adquirido à percepção de custas segundo o estabelecido na Lei nº 6.906, de 21 de outubro de 1975, com as alterações posteriores e que este direito adquirido se traduz em uma irredutibilidade que não se compraz com o mandamento do art. 2º da recente Lei Estadual nº 7.887, de 28 de dezembro de 1983, segundo o qual

"Art. 2º - Ficam limitadas em cinquenta (50) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional ORTNs as custas resultantes da aplicação da última faixa de incidência nas tabelas de custas "ad valorem".

Juntam ao longo arrazoado que se contém em pedido de segurança vários documentos, dentre os quais uma cópia autenticada do Processo da Assembléia Legislativa do Estado de nº 7.425, que teve por objeto o Projeto de Lei nº 167/83, afora outros documentos tendentes a comprovar a sua condição de funcionários públicos estaduais nomeados para as serventias extrajudiciárias que declinam, além de um Parecer da lavra do ilustre Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, CARLOS THOMPSON FLORES.

Valendo-se do magistério de PONTES DE MIRANDA, a inicial, que é firmada por ilustre causídico, esforça-se em tentar demonstrar que "a irredutibilidade de vencimentos, para os funcionários públicos vitalícios e os estáveis, é absoluta".

Mas, prossegue o mesmo arrazoado, "... quando nenhuma procedência tivessem as lições, tão insistentemente enunciadas pelo preclaro jurisconsulto, antes citado, que tão incisivamente acentua as peculiaridades do direito brasileiro no que concerne ao regime jurídico do funcionário público, ... teria de ser respeitada a situação dos impetrantes, mercê de ressalva expressa em cláusula constitucional explícita".

É que, segundo entendem os impetrantes, a Emenda Constitucional nº 7/77, ao

*Originalmente publicado na RPGE nº 39, 1984.

*Parecer adotado como informações pelo Sr. Governador do Estado.

alterar os artigos 206 e 207 da Constituição Federal tê-lo-ia feito com ressalva da situação "dos atuais titulares, os quais, por força da mesma, não teriam a remuneração de seus serviços exclusivamente pelos cofres públicos; a eles se não aplicaria essa regra, porque a situação deles era reservada para manter a situação dos atuais titulares."

Desenvolvendo o seu raciocínio, pretende a inicial acentuar que "... a ressalva da situação dos atuais titulares objetiva protegê-los, o *statu quo* mantido visou garanti-los; eles tiveram garantida a sua situação pela lei constitucional; essa garantia não pode ser quebrada por lei ordinária; a garantia, o que ela significa e importa, foi incorporada ao patrimônio dos atuais titulares; esta incorporação, a aderência da garantia ao patrimônio pessoal deles, inerência dos tributos garantidos à titularidade de cada qual, é o que, em direito se chama *direito adquirido*, o qual, por sua vez, não pode ser lesado, direta ou indiretamente, por força de norma também constitucional, inscrita entre os direitos e garantias individuais, a limitar, antes e acima de tudo o poder do Estado, art. 153, 3.º, da Carta Federal."

Em prol da tese do direito adquirido de que seriam titulares os impetrantes, o arrazoado traz à colação o acórdão proferido pelo Excelso Pretório no Recurso Extraordinário nº 86.100, de que foi Relator o douto Ministro CORDEIRO GUERRA (RTJ, 94/661 e segs.) no qual se discutia a constitucionalidade de texto de lei do Estado do Rio de Janeiro que estabelecia teto para as rendas auferidas mensalmente pelos titulares das serventias, ofícios ou cartórios não-oficializados e no qual figurou como recorrente o Estado do Rio de Janeiro.

Desse acórdão foram pinçadas algumas passagens, onde incluída, até, uma ligeira referência à Emenda Constitucional nº 7, lembrando os impetrantes que ao tempo de tal julgamento ainda não vigia a atual Emenda Constitucional nº 22 que, no seu entender, mais reforça a sua posição.

Assim, após realizar uma análise da Lei Estadual nº 7.887/83, concluem que ela lhes provocou em seu patrimônio "lesão insigne", atual e direta, lhes dando, assim, azo a impetrar o remédio heróico.

Acrescentam, ainda, mais um capítulo às suas razões por considerar que esta lei "não é lei", porque teria sido ferido, no curso de sua tramitação parlamentar, o Regimento Interno da Assembléia Legislativa, por inobservância dos dispositivos que determinariam a inclusão de projetos de lei em Pauta, afora ter sido discutida e votada em sessão extraordinária quando isto só poderia ocorrer em sessão ordinária.

Em ligeiro resumo, estes são os fatos de que se deve cuidar neste pronunciamento.

Para fazê-lo, porém, permitimo-nos, antes, alguns comentários acerca dos motivos que levaram o Poder Executivo Estadual a encaminhar à Egrégia Assembléia Legislativa do Estado o projeto de lei que veio a se transformar na lei tão duramente atacada no mandado de segurança de que ora se trata.

É do domínio público o excessivo valor que, de ordinário atingiu a cobrança de custas judiciais e extrajudiciais, fato que, inclusive, ocupou largos espaços dos jornais, não sendo raro acusar-se de elitista a Justiça, dada a impossibilidade criada para a maioria das pessoas de a ela recorrerem, diante do vulto das despesas em que se envolveriam.

Essa situação está retratada na Justificativa que acompanhou o projeto de lei e que se encontra entre os documentos que instruem a inicial. Está dito nessa peça:

"As custas judiciais e extrajudiciais, fixadas pela Lei nº 6.906, de 20 de outubro de 1975, sofreram diversas alterações posteriores, que provocaram distorções e vêm dando lugar, em determinados casos, a justificadas reclamações. Enquanto, para determinados atos, em especial aqueles remunerados por custas fixas, houve sensível aviltamento, outros não guardam proporção razoável entre o valor do negócio jurídico e a remuneração do servidor que o pratica."

Na mesma Justificativa, após aludir-se à variação insignificante que sofreram as custas fixas, frente ao crescimento do valor das ORTNs, chama-se a atenção para o fato de que "ações ou contratos vultosos, raros, mas ocorrentes, rendem custas excepcionalmente altas, como têm sido noticiadas, e cujos reflexos negativos, não apenas na opinião pública, mas principalmente no conceito do Poder Judiciário, estão a exigir uma providência reparadora."

E prossegue:

"Sensível ao problema, o Poder Executivo constituiu comissão, ampla e representativa dos diversos segmentos interessados, no sentido de elaborar projeto equânime, que reponha, em bases justas e razoáveis, os custos da atividade judiciária e cartorial, facilitando, outrossim, o acesso a ela das classes menos favorecidas."

Dos trabalhos dessa comissão foi que se originou o Projeto de Lei nº 167/83, como há ainda a mesma justificativa que esclarece:

"O projeto a que se refere a presente justificativa constitui a resultante dos debates e estudos procedidos pela Comissão que, à vista do problema suscitado pela contínua elevação das custas judiciais e extrajudiciais, resolveu o Chefe do Poder Executivo designar, em 22 de setembro do ano em curso, com a participação de representantes de todos os segmentos da comunidade, interessados ou atingidos pela momentosa questão.

Elaborado o Projeto pela Comissão em tela, que também responde pela Justificativa, segue acompanhado de outros elementos, dizendo das razões da medida ora proposta, cuja urgência é reclamada em concerto unívoco pelos três Poderes, de que são exemplos lapidares o ofício de 8 do corrente dirigido ao Governador por ilustres Deputados de todas as Bancadas com assento nessa Egrégia Assembléia, a mensagem do Poder Judiciário, de 22 do mês em curso e o expediente assinado pelo Presidente da Comissão de Constituição e Justiça.

Postas estas premissas, passo ao exame do pedido de segurança formulado pelos impetrantes.

A QUESTÃO DA IRREDUTIBILIDADE

Valeram-se os impetrantes da palavra do douto PONTES DE MIRANDA, na tentativa de defenderem a tese nunca acolhida pela doutrina e pela jurisprudência da irredutibilidade dos vencimentos dos funcionários vitalícios ou estáveis.

Nos próprios acórdãos invocados pelos impetrantes em seu longo arrazoado, ficou ressalvada essa posição pelo Excelso Pretório, mesmo com relação aos funcionários vitalícios, diante do entendimento que sempre se tem tido de que a vitaliciedade não implica em irredutibilidade de vencimentos.

A propósito, de se referir as palavras do eminente Ministro DJACI FALCÃO, Relator na Representação de Inconstitucionalidade nº 891 (RTJ, 68/283 e segs.) — um dos julgados citados na inicial.

Diz o voto, ao tratar do tema:

“É fora de dúvida que o constituinte manteve a vitaliciedade (art. 187 da Constituição de 1946), — não só em relação aos professores catedráticos, mas também aos titulares de cargos de Justiça, nomeados até a data em que entrou em vigor a Carta Política de 1967. No mesmo sentido veio a dispor a E.C. nº 1, de 17.10.69 (art. 194). Impõe-se assinalar que as clássicas garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, que, no seu conjunto, têm o alevantado objetivo de assegurar a independência do Poder Judiciário, guardam conteúdos distintos e inconfundíveis. Assim, a irredutibilidade não se inclui na garantia funcional da vitaliciedade. Nesta insere-se o direito do servidor público de não perder o cargo senão mediante sentença judiciária (art. 113, inc. I, da Constituição Federal). Nestes termos é assegurada a permanência no cargo, fora, é obvio, das hipóteses de exoneração a pedido ou aposentadoria voluntária, compulsória aos 70 anos, ou por invalidez comprovada. A vitaliciedade garante o servidor contra demissão sem sentença judicial (art. 105, I). Não basta o processo administrativo, com ampla defesa, para permitir a demissão do servidor vitalício. Enquanto isso, a irredutibilidade constitui limitação à faculdade de se reduzirem os vencimentos do servidor público. Tanto ela não se contém na garantia da vitaliciedade que o constituinte lhe dedicou cláusula expressa, quando cuidou da tríplice garantia conferida aos juizes (art. 113, inc. I, II e III). Aliás, de modo expícito, são ambas estendidas aos Ministros do Tribunal de Contas da União (§ 3.º do art. 72). Se a irredutibilidade de vencimentos estivesse implicitamente compreendida na vitaliciedade, os constituintes de 1934 (art. 64, a e c), 1946 (art. 95, I e III) e 1967 (art. 108, I e III, hoje 113, I e III) não teriam se reportado a cada uma de per si. Pela Constituição de 1946 gozavam de vitaliciedade os magistrados, os Ministros do Tribunal de Contas, os titulares de cargo de Justiça e os professores catedráticos (art. 187), enquanto desfrutavam da irredutibilidade os magistrados (art. 95, inc. III) e os Ministros do Tribunal de Contas (§ 1.º do art. 76). Com o

advento da Carta Política de 1967 deixaram de gozar desta garantia os professores e os titulares de cargo de Justiça, salvo aqueles nomeados até a data em que entrou em vigor a mencionada Constituição (art. 177, hoje 194, após a E.C. nº 1); mantendo-se a irredutibilidade de vencimentos em relação aos juizes e membros do Tribunal de Contas da União, conforme já acentuado.

Não se pode negar a vitaliciedade àqueles amparados pela Constituição Federal de 1967. Mas, não basta esta garantia funcional para que dela se infira a irredutibilidade. *Esta não se contém necessariamente naquela, dela não é corolário jurídico.* A sua existência depende, consoante deixei ressaltado, de cláusula constitucional expressa. Em síntese, são garantias funcionais autônomas.”

A estas palavras nada mais seria preciso acrescentar na demonstração do que se afirmou anteriormente, contrariando o ponto de vista defendido, isoladamente, pelo douto PONTES DE MIRANDA a respeito da irredutibilidade de vencimentos dos vitalícios. Esta não existe, a não ser que texto constitucional a consagre expressamente como tão bem definido no voto do Ministro DJACI FALCÃO.

Quanto ao argumento de que admitir-se a redutibilidade de vencimentos do vitalício ou estável implicaria em reconhecer a possibilidade de desrespeitar a garantia da permanência no cargo por via oblíqua, como decorrência de uma desarrazoada redução de rendimentos, em termos de forçar o funcionário a desinteressar-se do cargo, é ainda no mesmo voto do Ministro DJACI FALCÃO que se vai encontrar resposta.

Diz ao propósito, o brilhante pronunciamento do ilustre Magistrado:

“...Devo esclarecer, no entanto, que se a redução da remuneração, pelo seu corte venha a espelhar de modo indireto, o objetivo de compelir o servidor a deixar o cargo, tem-se então um ato abusivo passível de correção pelo Poder Judiciário. Assim sendo, não há cogitar de ofensa à garantia da vitaliciedade.” (ID. IBID).

Nem é outro, “data venia” o pronunciamento colhido pelo ilustre parecerista no voto do ilustrado SEABRA FAGUNDES, quando Desembargador no Tribunal de Apelação no Rio Grande do Norte e que se estampa na Revista Forense, 88/221.

Dizia o insigne mestre, traduzindo a orientação firmada na doutrina e na jurisprudência:

“A vitaliciedade não implica, necessariamente, irredutibilidade de vencimentos. Basta atentar no que sucede com os magistrados, que, embora vitalícios segundo o disposto na letra “b”, do art. 91, da Constituição Federal, têm a irredutibilidade de vencimentos expressamente assegurada na letra “c” do mesmo artigo. E assim sempre foi nas Constituições anteriores. Seria redundante o legislador se, na vitaliciedade estando implicitamente contida a irredutibilidade, sobre esta dispusesse no mesmo artigo em que aquela fora assegurada. *No que*

respeita aos vencimentos do funcionário público, a regra é a redutibilidade, só se lhe admitindo exceção quando houver dispositivo expresso, como no caso dos magistrados. (Supremo Tribunal, acórdão de 19/9/934; "Arq. Judiciário", vol. 37, fls. 35 a 37)."

E conclui o insigne mestre:

"Quando, excepcionalmente, alguns julgados admitem que a redução de vencimentos afeta a garantia da vitaliciedade, têm em vista casos especiais em que a redução é um meio de tirar ao cargo, com finalidade pessoal, as vantagens naturais da justa remuneração, forçando o titular a dele desinteressar-se."

No caso então decidido, a ação foi julgada improcedente porque, segundo o mesmo acórdão, "o autor sofreu uma redução de proventos, que atingiu e atinge a quaisquer oficiais afastados do serviço ativo pela inclusão no Quadro Suplementar." Diante disso, entendeu o Tribunal que "a redução teve caráter impessoal", não configurando, de conseguinte, o desvio de poder que estaria insito em ato que visasse ao titular de um determinado cargo, por forma a, indiretamente, burlar a garantia de vitaliciedade ou estabilidade.

Esta última circunstância foi aqui aludida com o objetivo de mostrar que aquele pronunciamento do Ministro SEABRA FAGUNDES, aludido pelo ilustrado parecerista não tem, "data venia", o significado que se lhe quer emprestar porque, afinal de contas, não são apenas os atos por via dos quais se reduz vencimentos com abuso de autoridade ou desvio de poder que são nulos: nulo é todo ato praticado pelo Poder Público em desvio de poder. Mas a nulidade reside não, propriamente, no ato, mas sim na sua motivação, que o transforma em violador ideológico da lei face ao seu objetivo de buscar fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a sua prática, aparentemente legal (cf. LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*, 8ª Rev. dos Tribs., São Paulo, 1981, p. 87).

Ora, "in casu", não se argumenta com o desvio de poder, que, em princípio, poderia se aceitar como causa viciadora da lei visada por este "mandamus", ainda que difícil aceitar tal tese, diante das circunstâncias que deram origem ao Projeto de Lei 167/83, segundo explicitado acima.

Mas ainda que se quisesse admitir o contrário, e das veladas acusações da falta de motivação para a edição da Lei n.º 7.887, se viesse a tirar a consequência de que o fundamento da ação seria o desvio de poder, ignorando-se inclusive a impessoalidade da medida, então seria de se considerar inadequado o mandado de segurança, não só por falta de fundamentação da acusação como por absoluta ausência de prova de que isso se tivesse verificado. Somente a ação ordinária é que poderia admitir a dilação probatória capaz, em princípio, de demonstrar a violação ideológica da lei, traduzida no desvio de poder.

Após esta pequena digressão, e apenas com o intuito de complementar a questão da redutibilidade de vencimentos a que se sujeitam todos os servidores públicos, vitalícios ou não, quando a Constituição não assegura o contrário, traz-se a pélo a palavra do ilustre OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, ao tratar da relação jurídica

que une os funcionários ao Estado. Diz o conspícuo publicista, nesta passagem expressiva:

"Como salientado anteriormente, acham-se ligados ao Estado por relação estatutária. Satisfeitas as condições exigidas em leis e ressaltados os direitos adquiridos, ou as situações jurídicas individuais, definitivamente constituídas, e as reduções com abuso de direito, repita-se, os *estipêndios são redutíveis*. Jamais, entretanto, em caráter retroativo.

Por conseguinte, só é irredutível o estipêndio já vencido, em virtude da prestação efetiva do serviço por parte do funcionário público, jamais do ainda por prestar ou em sendo prestado.

Mas, as reduções não devem ser específicas com referência a determinado cargo público, salvo comprovando-se erro ou dolo na fixação anterior do "quantum", que fez se tornasse excessivo em comparação com outros de importância equivalente, sob pena de envolver presunção de abuso de direito. *Cumpra ter caráter genérico, embora possa atingir apenas um agrupamento de cargos públicos*, desde que com isso não se vulnere o princípio da igualdade de todos perante a lei. Lícito, por exemplo através de lei, *reduzir-se o teto do vencimento dos cargos públicos em geral ou o teto da percentagem que perfaz o "quantum" da remuneração dos cargos nesse regime de pagamento.*" (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 1ª, 1974, Companhia Editora Forense, p. 417).

Sobre a matéria, aliás, copiosos são os pronunciamentos jurisprudenciais que, a final, vieram a dar origem à Súmula n.º 27, segundo o qual "os servidores não têm vencimentos irredutíveis, prerrogativa dos membros do Poder Judiciário e dos que lhes são equiparados."

O DIREITO ADQUIRIDO E OS PRECEDENTES DO STF INVOCADOS

Uma vez demonstrada a improcedência da pretendida irredutibilidade de vencimentos dos funcionários vitalícios ou estáveis, resta examinar o caso particular que foi objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal nas Representações n.ºs 891 e 895 e no Recurso Extraordinário n.º 86100, precedentes invocados tanto na petição de segurança quanto no ilustrado Parecer do Ministro CARLOS THOMPSON FLORES.

Para isto é preciso que se faça um breve histórico com respeito à Legislação do Estado da Guanabara, hoje Estado do Rio de Janeiro.

Este histórico pode ser obtido da leitura voto do Ministro DJACI FALCÃO, na Representação n.º 895 (RTJ, 77/327 e segs.) p. 350, onde se lê:

"A primeira Constituição do Estado da Guanabara, promulgada em 27.3.61, pela Assembléia Constituinte, no seu artigo 38, dispôs que a lei organizaria o regime jurídico dos titulares e serventuários da Justi-

ça, estabelecendo as formas de provimento, de acesso, direitos e garantias, tendo em vista o sistema do mérito e a justa remuneração dos respectivos serviços.

No § 2º, do mesmo artigo, acrescentou que:

'A lei poderá oficializar, total ou parcialmente, os cartórios e ofícios de Justiça, respeitados os direitos, garantias e vantagens dos seus atuais titulares e serventuários.'

O disposto no citado § 2º do art. 38 foi repetido literalmente, no artigo 65, § 2º, da Constituição do Estado, promulgada em 13.5.67, quanto à oficialização dos cartórios e ofícios de justiça:

'... respeitados os direitos, garantias e vantagens dos seus atuais titulares e serventuários.'

No artigo 11 do Ato Constitucional das Disposições Transitórias, promulgado na mesma data, ficou expresso:

'Ficam respeitadas as situações definitivamente constituídas quanto aos atuais ocupantes de cargos efetivos.'

No artigo 113, o mesmo texto constitucional do Estado, declarou, com ênfase:

'Ficam assegurados todos os direitos adquiridos até a promulgação desta Constituição.'

Pela mesma forma disciplinou a matéria a Constituição do Estado da Guanabara (Emenda nº 4, de 30.10.69) que está em vigor.

O artigo 69, no seu § 2º, previu a oficialização dos cartórios e ofícios da Justiça:

"... respeitados os direitos, garantias e vantagens dos seus atuais titulares e serventuários."

Inobstante esse caudal de disposições constitucionais adotadas pelo Estado do Rio de Janeiro, editou-se a Lei Estadual nº 2.085-A, de 5.9.72, cujo artigo 42 e seu parágrafo único assim dispõem:

"Art. 42 - Os titulares das serventias, ofícios ou cartórios não oficializados não poderão auferir mensalmente como renda líquida, importância superior ao limite a que se refere o artigo 11 da L. Est. 2.013, de 1.12.71"

"Parágrafo único - o eventual excesso apurado na renda líquida, a que se refere esse artigo, deverá ser recolhido aos cofres estaduais até o dia 31 de março do exercício subsequente ao vencido".

Em razão desse dispositivo, duas Representações por Inconstitucionalidade foram endereçadas ao Pretório Excelso pelo Procurador-Geral da República: a de nº 891 (RTJ, 68/283), a requerimento do Colégio Notarial do Brasil e a de nº 895 (RTJ, 67/327), a requerimento da Associação dos Titulares de Ofício da Justiça.

Ambas chegaram a um mesmo resultado: improcedência da arguição de inconstitucionalidade do dispositivo invocado e ambas tiveram quase idênticas ementas, razão porque limito-me a transcrever a ementa da Representação nº 891:

"I — Arguição de inconstitucionalidade do artigo 42 e seu parágrafo único, da L. 2.085-A, de 5.9.72, do Estado da Guanabara.

Os ofícios de Justiça e de Notas são órgãos da fé pública instituídos pelo Estado. Quer no foro judicial, seja no chamado foro extrajudicial, desempenham função eminentemente pública. Os seus titulares situam-se como servidores públicos.

As custas, conceituadas como espécie de taxa, ou com outra qualificação na órbita jurídica, constituem, sempre, não há negar, especial retribuição devida ao Estado, em razão da prestação de serviço público. Desde que não se qualificam como renda privada infrutífera é a arguição de afronta às regras inscritas nos arts. 21, inc. IV, 18, § 2º, e 21, § 2º, inc. I, da Lei Magna.

Vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos constituem garantias funcionais autônomas. Na primeira não se contém, necessariamente, a segunda. Em consequência, não vinga a alegação de inconstitucionalidade, arrimada no art. 177, da Constituição Federal de 1967, hoje art. 194 (E. C. nº 1, de 17.10.1969).

O fundamento de que há violação de direito adquirido, resguardado, de modo especial, pela Constituição do Estado da Guanabara, escapa ao âmbito da Representação. Inteligência do art. 119, I, letra I, da Constituição Federal. Resta, diante da aplicação do art. 42 e seu parágrafo único, em face do caso concreto, o exame da arguição perante o órgão local competente. Por fim, desde que as regras sob apreciação não importam em aumento de despesa, incorre afronta ao disposto no art. 57 e seu parágrafo único, letra a, da Lei Maior.

II — Arguição de inconstitucionalidade do art. 38 e seu § 1º. Infrutífera, por força do que estabelecem o art. 57 da Carta Política e o art. 4º da L. 5.621/70.

III — Conclusão: improcedência da arguição de inconstitucionalidade dos arts. 42, parágrafo único, e 38 e seu § 1º, da L. 2.085-A."

Como se pode observar, o que ficou decidido nas invocadas Representações foi que o eventual direito adquirido, resguardado pela Constituição do Estado da Guanabara escapava ao âmbito da representação, pertencendo a matéria ao âmbito exclusivo da justiça local, isto é, *entendeu o Supremo Tribunal Federal que o tema não envolvia questão federal*.

AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS N.º S. 7/77 E 22/80

Poder-se-ia pensar, talvez, que essas decisões do Supremo Tribunal Federal se explicavam face à circunstância de que ambas foram proferidas antes da edição das Emendas Constitucionais nºs 7/77 e 22/80, outro devendo ser o entendimento, depois de editadas as Emendas em questão.

Todavia, assim não é, pela simples razão de que nem a Emenda nº 7, nem a Emenda nº 22 foram de molde a delas se poder tirar a consequência que os impetrantes pretendem, isto é, a do direito adquirido à remuneração que vinham percebendo por ocasião da edição delas.

Eis o que diz a Emenda nº 7, ao alterar a redação do art. 206 da Constituição Federal, que através dela passou a ter o seguinte conteúdo:

"Art. 206 — Ficam oficializadas as serventias do foro judicial e

extrajudicial, mediante remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos, ressalvada a situação dos atuais titulares, vitalícios ou nomeados em caráter efetivo.

§ 1º — Lei Complementar, de iniciativa do Presidente da República, disporá sobre normas gerais a serem observadas pelos Estados, Distrito Federal e Territórios na oficialização dessas serventias.

§ 2º — Fica vedada, até a entrada em vigor da lei complementar a que alude o parágrafo anterior, qualquer nomeação em caráter efetivo para as serventias não remuneradas pelos cofres públicos.

§ 3º — Enquanto não fixados pelos Estados e pelo Distrito Federal os vencimentos dos funcionários das mencionadas serventias, continuarão eles a perceber as custas e emolumentos estabelecidos nos respectivos regimentos."

Esta redação do art. 206 foi, depois, alterada por via da Emenda Constitucional nº 22, que desdobrou este artigo em dois, que passaram a ser os artigos 206 e 207, em vigor até a presente data:

"Art. 206 — ficam oficializadas as serventias do foro judicial mediante remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos, ressalvada a situação dos atuais titulares, vitalícios ou nomeados em caráter efetivo ou que tenham sido revertidos a titulares.

Art. 207 — As serventias extrajudiciais, respeitada a ressalva prevista no artigo anterior, serão providas na forma da legislação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, observado o critério da nomeação segundo a ordem de classificação obtida em concurso público de provas e títulos."

Como se vê, o que essas emendas fizeram, na verdade foi, tão-só e simplesmente resguardar as situações constituídas, mas as resguardou no tocante à investidura e ao sistema de retribuição. Quer isto dizer que, para os que já estavam nomeados a chamada oficialização dos cartórios não pode implicar na subtração do direito às custas, como forma de remuneração dos titulares dos ofícios de que se tratam.

Isto, a toda evidência, não implica em conferir a estes funcionários direito adquirido à percepção de custas segundo o estabelecido em tal ou qual Regimento e, muito menos, em uma garantia de irredutibilidade que, como visto, decorre sempre de texto expresso constitucional.

E tanto é assim que o Excelso Pretório ao julgar o Recurso Extraordinário nº 86.100, já na vigência da Emenda Constitucional nº 7, manteve a mesma linha de princípios fixada ao serem julgadas as Representações nºs 891 e 895.

Veja-se: esse Recurso Extraordinário, expressamente invocado no pedido de segurança e do qual se pretendeu fazer cavalo-de-batalha, originou-se de uma ação promovida por um Tabelião do Estado do Rio de Janeiro, visando a não sofrer a incidência do art. 42, parágrafo único, da Lei Estadual nº 2.085-A, de 1972, ou seja, aquele mesmo texto envolvido nas Representações por Inconstitucionalidade antes aludidas — e nas quais a matéria deixou de ser apreciada por não envolver questão fede-

ral.

Pois bem, vitoriosa a ação do Tabelião nas duas instâncias locais, que reconheceram o seu direito de não sofrer a incidência do incriminado artigo 42 da Lei Estadual nº 2.085-A, inconformado, o Estado do Rio de Janeiro interpôs Recurso Extraordinário, sustentando violação dos artigos 196 e 153, § 3º, da Constituição Federal, ao entendimento de serem as custas verdadeiras taxas, tendo por conseqüente o caráter de tributo e, finalmente, sustentando que inexistia qualquer norma conferindo aos titulares de serventias não oficializadas o direito de embolsarem a totalidade das custas arrecadadas, não poderia ter sido reconhecido o direito adquirido do autor.

ESSE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, PORÉM, NÃO FOI CONHECIDO.

O entendimento sufragado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal decorreu, exatamente, do fato de entender inaplicável à espécie a proibição contida no artigo 196 da Constituição Federal e, quanto à pretensa inconstitucionalidade decorrente do artigo 153, § 3º, da Constituição Federal, entendeu também não existir diante da circunstância de que o direito adquirido que a Justiça local reconheceu ao autor da ação foi em razão da legislação estadual.

Isto ficou bem claro e extreme de qualquer dúvida no voto proferido pelo relator, o ilustre Ministro CORDEIRO GUERRA, que assim conclui o seu pronunciamento:

"... O V. Acórdão recorrido se limitou a negar vigência ao artigo 42 da Lei 2.085-A, de 5 de setembro de 1972, em face dos preceitos constitucionais estaduais, e como bem observou o parecer da douta PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA:

"Afastar as ressalvas da Constituição do Estado, em relação ao recorrido, para dar prevalência, à Lei nº 2.085, de 1972, é negar ao Estado a capacidade de auto-organização, que a Constituição Federal, em seu artigo 13, consagra como um de seus princípios basilares."

Realmente, não é possível assegurar-se o direito por norma constitucional, e considerar-se válida a limitação desse mesmo direito por norma ordinária..." (R.T.J., 94/666, 2º coluna).

Foi daí, desse voto e desse local, que a inicial pinçou esta sentença a respeito do direito assegurado por norma constitucional que não pode ser limitado por norma ordinária.

Entretanto, da maneira como foi dito na inicial, deu-se a entender que a afirmação dizia respeito à Emenda Constitucional nº 7 e, portanto, à própria Constituição Federal.

Desfaça-se, de vez, o equívoco que poderia decorrer da leitura da petição inicial, nessa passagem agora apontada: a inconstitucionalidade denunciada no acórdão em referência foi frente aos vários textos constitucionais do Estado do Rio de Janeiro, diante das expressas disposições contidas nesse texto em termos de resguardar "os direitos, garantias e vantagens dos atuais titulares e serventuários", tal como se chamou a atenção acima.

Sublinhe-se: a inconstitucionalidade surpreendida na Lei carioca nada teve a ver com a Constituição Federal, nos seus artigos 206 e 207, quer com a redação da Emenda nº 7/77, quer na Emenda nº 22/80.

Essa última Emenda, aliás, surgiu após o julgamento a que aqui se faz referência mas, no particular, nenhuma novidade encerra.

Todos os votos colhidos no recurso extraordinário nº 86.100 deixam bem claro que o direito adquirido reconhecido ao Tabelião no Estado do Rio de Janeiro teve fundamento nas disposições da Constituição local e nunca da Constituição Federal.

No voto do Ministro DÉCIO MIRANDA, por exemplo, depois de ter sido por ele destacado que em repetidos exemplos a legislação federal instituiu teto de vencimento, lembra que "contra essas limitações não vingaram investidas dos interessados, perante o Poder Judiciário".

E prossegue:

"Fortificavam-se, porém, essas disposições, pela sua ampla aplicabilidade, a constituir verdadeira regra geral sobre estipêndios de funcionários públicos, ao passo que o teto, de que ora cogita, contrapõe-se, precisamente, à categoria de funcionários públicos aos quais a Constituição estadual quis especialmente resguardar de novos detrimientos, assegurando-lhes o respeito a direitos, garantias e vantagens.

É bem de ver que, no caso, a alusão a direitos, garantias e vantagens não tem correspondência literal com o que no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União recebe enunciação sob essas palavras. Ali (art. 118), as vantagens são adições especiais aos vencimentos, ora indenizatórias, ora remuneratórias, ao passo que aqui são os próprios vencimentos, constituídos pela percepção direta das custas e emolumentos do Regimento e respectiva Tabela.

Tais direitos, garantias e vantagens que tão uniforme e reiteradamente se mandaram respeitar, por certo não são aquelas de que os funcionários públicos gozam de modo geral, os quais já são assegurados pela Constituição ou leis pertinentes.

Quis o legislador constituinte estadual deixar claro que, além dos direitos genéricos do funcionalismo, estes funcionários públicos, cujas serventias poderiam ser oficializadas, ou seja, destituídas de sua particular disciplina de autonomia, teriam conservados seus atributos específicos, advindos de tempo anterior à oficialização.

Ora, no aspecto particular da remuneração, o mais característico atributo dessa categoria era a percepção da totalidade de seus estipêndios através do pagamento direto pelo público, dos serviços por eles executados, segundo o Regimento ou Tabela de Custas.

Em confirmação de voto do Ministro Cordeiro Guerra encontra-se mais esta passagem esclarecedora, a respeito do caso concreto então julgado:

"... O problema não está em se saber se o teto é legítimo. Exatamente, o que o Supremo Tribunal Federal disse, nas duas representações de que foi Relator o eminente Ministro DJACI FALCÃO, é que o teto

é legítimo, mas não de incidência plena. Temos de verificar se ele viola, ou não, o direito adquirido, em face da legislação estadual, pois isso foi determinado nos julgados das Representações nºs 895 e 891 - GB."

Outro tanto se verifica no voto do Ministro SOARES MUÑOZ:

"Os acórdãos que julgaram as Representações de Inconstitucionalidades de nºs 891 e 895 não enfrentaram "o fundamento referente à violação de direito adquirido pelo art. 42 da Lei nº 2.085-A, do Estado da Guanabara, por escapar ao âmbito das representações a apreciação dessas particularidades e, por isso, resguardaram aos interessados, em cada caso concreto, o direito de obterem exame dessa questão pelo órgão local competente.

Esse exame foi feito no acórdão reconido, à luz dos atos, leis e constituições estaduais, usando da reserva que o Supremo Tribunal Federal reconhecera à Justiça local e sem afronta à Constituição da República, art. 153, 5º, e 196. É o que demonstra a leitura do dito arresto (240/257).

Ante o exposto, confirmo o voto de adesão, que havia proferido, acompanhando o eminente Ministro Cordeiro Guerra, Relator; não conheço do recurso extraordinário."

Finalmente, o mesmo se encontra no voto do Ministro CARLOS THOMPSON FLORES que chega, até, a ir além do que decidiram os seus pares, como se vê por essas palavras:

"Considero possível a fixação de um teto.

Sucede que este foi repellido pelo acórdão impugnado, como já ficou dito com base em situações que resultaram examinadas à luz do direito local, em reiterados diplomas; com as ressalvas que introduziram.

Assim, incidiria a Súmula 280, no particular. Em conclusão, com a venia do eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, não conheço, também, do recurso."

O Ministro Xavier de Albuquerque, que foi dissidente, votou em termos de não reconhecer o alegado direito adquirido, mesmo diante dos termos peremptórios das constituições do Estado do Rio de Janeiro e, por isso, manifestou-se pelo conhecimento do recurso e seu provimento, para decretar a improcedência da ação.

Mas os votos vencedores, como está visto, não socorrem à pretensão manifestada pelos impetrantes, simplesmente porque NA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL NÃO EXISTE NENHUMA DISPOSIÇÃO QUE SE ASSEMELHE SEQUER, ÀS NORMAS QUE O LEGISLADOR CONSTITUINTE DO ESTADO DA GUANABARA FEZ CONSTAR NOS VÁRIOS TEXTOS CONSTITUCIONAIS DAQUELE ESTADO.

A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul nem sequer contempla, em particular, o caso dos serventuários dos órgãos judiciais e extrajudiciais.

Fica, assim, afastada, também, sobre esse aspecto a possibilidade de se conceder a segurança pretendida pelos impetrantes, visto como a Lei n.º 7.887/83 não contrariou qualquer texto da Constituição local e, muito menos, da Constituição Federal.

De fato, se a Constituição Estadual nenhuma norma particular consagra em favor dos impetrantes (ao contrário do que fizeram as Constituições do Estado do Rio de Janeiro), estão eles submetidos às normas gerais relativas aos Funcionários Públicos, eis que eles mesmos se declaram servidores públicos vitalícios ou estáveis.

Assim sendo, não são portadores de direito adquirido aos vencimentos e, muito menos, irredutíveis, como acima ficou demonstrado.

De outra parte, a Constituição Federal, tanto na redação da Emenda Constitucional n.º 7 como na redação da Emenda Constitucional n.º 22, limitou-se, apenas, a prescrever que os serventuários dos ofícios ditos não-oficializados tinham resguardados os seus direitos no tocante à investidura e ao sistema de retribuição, isto é, na remuneração segundo o regime de custas. E nada mais, como acima foi longamente posto e demonstrado, pelo exame sistemático e exaustivo dos três pronunciamentos da Suprema Corte, invocados pelos próprios impetrantes.

Contra tais garantias, nada se contém na lei incriminada, motivo por que contra ela não se pode arguir a inconstitucionalidade pretendida.

Mais não será preciso dizer!

A LEI N.º 7.887/83 E O SEU PROCESSO LEGISLATIVO

Afirma-se no pedido de segurança que a lei questionada "não é lei", porque não teria sido observado o processo legislativo, segundo o estabelecido no Regime Interno da Assembléia Legislativa do Estado.

Alude-se a que "a Pauta só pode ter curso em sessões ordinárias, cinco sessões ordinárias consecutivas. Como não se realiza mais de uma sessão "ordinária por dia", Constituição do Estado, art. 11, § 2º, art. 19, III, o projeto obrigatoriamente permanece no mínimo 5 dias em Pauta, para ser lido, estudado, e eventualmente emendado."

Admitindo, embora, o arrazoado em questão, que fosse regular a inclusão de Pauta em sessão extraordinária, entende que ainda assim teria sido irregular a condução do processo legislativo porque não teria o projeto de lei permanecido "durante cinco sessões ordinárias consecutivas para recebimento de emendas", nos termos do art. 114 do Regimento Interno, para que depois se cumprisse o disposto no § 2.º desse mesmo dispositivo, ou seja, a sua remessa às Comissões, para só então ser incluído em Ordem do Dia, para discussão e votação.

Diga-se, desde logo, que a inclusão do Projeto de Lei n.º 167/83 na pauta, segundo manifestação da Egrégia Assembléia Legislativa (doc. j.), tem explicação no fato de que "...no dia 23 de dezembro de 1983 houve sessão extraordinária às 9 horas e 30 minutos, convocada em sessão plenária do dia anterior..."

E prossegue:

"Esta convocação foi feita em virtude de informação dada pela Liderança Partidária do Governo, com referência à entrada nesta Casa, ainda no dia 22 de dezembro, após o expediente, mais projetos, in-

clusive o das Custas Judiciais.

Assim sendo, houve um consenso das Lideranças de Bancadas, que a sessão plenária do dia 23 de dezembro do ano p. passado fosse realizada às 9 horas e 30 minutos, pois as matérias, a serem apreciadas em Plenário, estariam prontas naquele horário.

Outrossim, informo que a Comissão de Serviço Público somente conseguiu formalmente enviar o parecer técnico do projeto-de-lei n.º 167/83, após aprovação deste em Plenário. Esta é a razão do mesmo não constar em Ata. O parecer foi favorável e relatado pelo Deputado Camilo Moreira."

Entretanto, mesmo tendo sido rápido o processamento do Projeto de Lei n.º 167/83, nem por isso deixaram de ser colhidos os Pareceres das diversas Comissões, como também ilustrado com os documentos emanados da Egrégia Assembléia Legislativa.

Desta sorte, restaria examinar o fato de não ter o Projeto em questão permanecido em Pauta durante cinco sessões ordinárias consecutivas. Entendem os impetrantes que a inobservância desta e de outras prescrições regimentais levaram à nulidade da votação, diante da circunstância de ser "...tão substancial esta regra que, reza o art. 115 o seguinte:

"Art. 115 — A requerimento de qualquer Deputado o Presidente determinará a retirada da Ordem do Dia de matéria que tenha tramitado ou haja sido publicada sem observância de prescrição regimental."

Mas, é de se perguntar: se o Regimento Interno diz que o Presidente retirará da Ordem do Dia, a requerimento de qualquer Deputado, matéria que tenha tido tramitação irregular, "quid inde", se nenhum Deputado o requerer?

O tema merece um exame mais demorado.

Os Regimentos Internos das Casas Legislativas se constituem na lei interna do corpo legislativo a que se destina, na expressão de PONTES DE MIRANDA.

Segundo PRÉLOT, "materialmente o regimento determina a organização interna de cada Câmara e fixa as regras do processo parlamentar; formalmente é uma resolução, quer dizer, uma moção votada somente por uma das Câmaras e não promulgada". De acordo com BURDEAU, "o regulamento é uma resolução pela qual a Câmara que a votou fixa os princípios dos trabalhos parlamentares".

Em resumo, na palavra de LUIZ PINTO FERREIRA, "o regimento é o conjunto de normas e resoluções fixando a vida interna dos corpos legislativos e determinando as normas do trabalho parlamentar". (Curso de Direito Constitucional, 4ª, ps. 252/253).

Como esclarece esse mesmo constitucionalista "as Assembléias Legislativas dos

diversos Estados-membros elaboraram os seus estatutos e regulamentos dentro do mesmo sentido de valor com que as Casas Federais o fazem, respectivamente à independência frente ao Executivo." (op.et.loc.cit.)

As normas que compõem o conteúdo desses regimentos, porém, assumem dupla feição: ou se trata de normas de caráter substancial, de natureza cogente, ou são regras puramente regimentais, "interna corporis", "jus dispositivum".

Desta sorte, quando se trata de normas de origem constitucional, elas não podem ser desrespeitadas, ao passo que, quando meramente regimentais, a sua inobservância não conduz à nulidade dos atos que assim venham a ser praticados.

É o que ensinam os constitucionalistas, como se pode ler, por exemplo, em JOÃO DE OLIVEIRA FILHO:

"O regimento é a lei de cada Câmara. Tem valor normativo. Sua transgressão na feita das leis, significa transgressão da lei federal. É um dos casos de competência exclusiva de cada Câmara fazer a sua própria lei. Com a votação final tem-se por elaborada essa lei. Cabe à Mesa de cada Câmara promulgá-la. Não serão, porém, todas as disposições regimentais, senão somente as de caráter substancial na elaboração das leis, que devem ser obedecidas, para que não haja nulidade na elaboração da lei. O Regimento contém, outrossim, disposições constitucionais, ao lado de disposições puramente regimentais. As disposições constitucionais são obrigatórias. São imperativas. As disposições regimentais, simples atos diretoriais, são regras "interna corporis". (Legislativo: Poder Autêntico. Forense, Rio, 1ª ed., 1974, p. 104/105).

As normas regimentais de caráter constitucional, de observância obrigatória, indisponíveis, são, apenas, as que se contêm no parágrafo único do art. 30 da Constituição Federal, afora, naturalmente, aquelas outras referentes ao processo legislativo e relativas à iniciativa das leis e outras tais como as que dizem respeito à adoção de certo número de votos, os turnos, a aprovação de veto, ou a sua rejeição.

Os Pareceres das Comissões, as publicações dos órgãos oficiais, os prazos fixados regimentalmente são meros atos "interna corporis", normas propriamente regimentais.

Esta é a razão por que se explica e se justifica a existência do art. 115 do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado: em caso de inobservância das regras contidas no Título V — Do Processo Legislativo, Capítulo I — Da Pauta, o Presidente somente determinará a retirada da Ordem do Dia da matéria que tenha tramitado irregularmente, se algum Deputado o requerer.

Trata-se, no caso, de normas regimentais, de caráter dispositivo, "interna corporis" que pelo consenso de todos, pode deixar de ser observado, sem qualquer cominação legal.

Por isto é que a jurisprudência dos nossos tribunais é torrencial no entendimento de que falece competência ao Judiciário para examinar os defeitos da elaboração da lei. Isto, naturalmente, quando tais defeitos digam respeito à economia interna do órgão legislativo.

É esta a maneira de se respeitar o princípio constitucional da harmonia e inde-

pendência dos Poderes.

Veja-se, nesse sentido, o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo na Ap. Cível n.º 89.948, encimado pela seguinte emenda:

"LEI - ELABORAÇÃO - QUESTÃO "INTERNA CORPORIS".

Escapa à competência do Poder Judiciário pronunciar-se sobre os defeitos da elaboração da lei, que digam respeito à economia interna do órgão legislativo." (RDA, 61/208).

De destacar, nesse acórdão, seguinte excerto, de todo afeiçoado ao caso em exame:

"Não se atacou a regularidade da promulgação e da publicação da lei apontada como nula, apenas a forma por que foi elaborada, ocasião em que se teriam desrespeitado dispositivos do Regimento Interno da Câmara. Nesse caso, porém, fugia à competência do Poder Judiciário a possibilidade de qualquer exame.

A respeito, escreve FRANCESCO FERRARA que 'deve em qualquer caso ser vedado aos juizes o investigarem sobre o período de formação interna da lei, para não se criarem conflitos e fiscalização que diminuam a autonomia do Poder Legislativo'. E acrescenta que, 'todavia o seu controle (da autoridade judiciária) cifra-se em averiguar da existência exterior dos elementos da lei; aprovação dos órgãos legislativos; promulgação, publicação; e não pode penetrar no vestibulo interno da formação da lei, para inquirir da observância das regras de processo das Câmaras, na discussão e votação sobre o número legal, a capacidade dos representantes para votar, e outras análogas. Estas normas dizem respeito ao funcionamento interno das assembleias, são uma 'iura interna corporis' de caráter autônomo, que fogem às indagações do Poder Judiciário. Por conseguinte, o poder de investigação do juiz não vai além do resultado da aprovação, além do voto final que põe termo ao processo legislativo interno, sem indagar da forma e do processo por que se chegou a este resultado' ("Interpretação e aplicação das leis", 2ª ed. da Livraria Acadêmica, págs. 13 a 15).

Semelhante é o entendimento de CARVALHO SANTOS, apoiado, aliás, no ensinamento de PEDRO LESSA, WINDSCHEID e ARTUR RIBEIRO, quando sustenta que "escapa à competência do Poder Judiciário pronunciar-se sobre os defeitos da lei, cujas causas são "interna corporis", isto é, que digam respeito à economia interna das Câmaras Legislativas, como, v. g., o intervalo mínimo entre as discussões, o número delas, a legalidade do exercício do membro da Câmara que votou o projeto de lei" (Código Civil Brasileiro Interpretado", 3ª ed., vol. I, pág. 24).

No mesmo sentido este outro acórdão proferido pelo mesmo Tribunal de Justiça

de São Paulo, na Ap. Cível n.º 101.943, assim ementado:

"LEI - ELABORAÇÃO - CONTROLE JURISDICIONAL.

Não cabe, ao Poder Judiciário, apreciar o processo de elaboração legislativa, salvo violação de texto superior." (RDA, 66/166).

Nesse acórdão, contém-se esta passagem que, também, merece transcrição:

"A matéria foi exaustivamente examinada quando do julgamento do mandado de segurança impetrado pelo apelante. Consignou-se, nessa oportunidade, que, 'desde que a lei, em si mesma considerada, não se choca com postulados constitucionais ou com textos hierarquicamente superiores, e desde que tenham sido atendidas as condições exteriores de sua formação, não cabe ao aplicador 'penetrar no vestibulo interno' de sua elaboração, para, entre outros detalhes, examinar 'a capacidade dos representantes para votar'".

Neste sentido é, também, a lição do insigne PONTES DE MIRANDA, citado pelos impetrantes, porque ele, também, faz a necessária e imprescindível distinção entre as normas cogentes e as dispositivas. "O Regimento Interno" — diz ele — "não é conjunto de recomendações, ou conselhos; é lei, em sentido lato, que há de ser obedecida pelo corpo legislativo, sempre que a regra jurídica, de que se trata, é cogente, ou se a tem como observada, se *"jus dispositivum"*. (Comentários à Constituição de 1967, 2ª ed., t. II, p. 592).

E acentua:

"Nem todas as regras jurídicas regimentais são impositivas ou proibitivas (*jus cogens*). Podem ser dispositivas (*jus dispositivum*), ou interpretativas (*jus interpretativum*)... Se a regra jurídica regimental é cogente, a infração dela importa nulidade da lei." (op. et. loc. cit.).

Por estas razões, ainda que não se entendesse fora da competência do Egrégio Tribunal de Justiça o exame do tema aqui enfocado, ainda assim outro caminho não restaria senão recusar-se a pretendida nulidade atribuída pelos impetrantes à Lei n.º 7.887/83.

Ademais, no caso, a alegada pressa com que o projeto que deu origem a esse diploma legal foi examinado e votado pela Assembléia Legislativa, é apenas aparente, pois, o assunto vinha sendo examinado e debatido pelas diversas correntes de opinião, desde mais tempo, como os próprios autos do Mandado de Segurança noticiam em várias passagens e as reiteradas sugestões feitas ao Governo comprovam.

Por todas estas razões, entende-se que o mandado de segurança impetrado não prosperará: a lei incriminada não é inconstitucional, nem houve afronta a normas que regem o processo legislativo, capaz de decretar-lhe a nulidade.

Este é o parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 16 de fevereiro de 1984.

AGRAVO REGIMENTAL CONTRA A CONCESSÃO DA LIMINAR*

Caio M. Leal

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR
RELATOR DO MANDADO DE SEGURANÇA
Nº 584005037**

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos do Mandado de Segurança n.º 584005037 impetrado por S.P.D.M. e OUTROS contra ato do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, vem perante Vossa Excelência, muito respeitosamente, em face do manifesto interesse que tem na aplicação plena e imediata do diploma legislativo impugnado, requerer sua intervenção no referido feito e desde já interpor agravo regimental contra o respeitável despacho que deferiu a medida liminar, fazendo-o com base no art. 226 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e, ainda, nos fatos e fundamentos abaixo expostos.

1. O respeitável despacho agravado houve por bem deferir nos seguintes termos a medida liminar:

"Relevante é o fundamento do pleiteado; poderá, outrossim, ocorrer irreparabilidade, pelo menos parcial, caso desatendido o pedido liminar, na hipótese de concessão da segurança, caso é de se a deferir, o que faço." (fls. 189)

2. No entanto, com o maior respeito, entende o Agravante assim não poderia ter sido feito.

Em primeiro porque, no caso, a lei veda expressamente a concessão da medida liminar.

Em segundo porque, quando assim não fosse, não estavam configurados os requisitos a tanto exigidos pelo art. 7º, b, da Lei n.º 1.533/51.

3. Lê-se na Lei n.º 4.348, de 26 de junho de 1964, art. 5º, "caput":

"Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparações, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens."

E, também, de modo ainda mais categórico, dispõe a Lei n.º 5.021, de 9 de junho de 1966, art. 1º, § 4º:

*Agravado provido por unanimidade pelo Tribunal Pleno do TJRS

"Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias."

4. Ora, sendo certo que o pretendido pelos Impetrantes é o reconhecimento do direito de auferirem remuneração (portanto, "vantagem pecuniária") maior do que a facultada pela Lei n.º 7.887/83, ato impugnado, parece clara a incidência na espécie dos textos transcritos e, em consequência, a impossibilidade de deferir-se a medida liminar.

Dir-se-á, quiçá, que a remuneração dos Impetrantes se constitui emolumentos pagos pelas partes, e não pelo Estado. Nada importa. A lei não estabelece distinção. Fala apenas, para impor a vedação, em pagamento de "vencimentos e ... vantagens pecuniárias". E, é óbvio, ainda quando como vencimentos não se pudessem qualificar (e, a propósito, note-se: quase todos os argumentos dos Impetrantes fundam-se numa suposta irreducibilidade de ...vencimentos!), os referidos emolumentos, ligados ao cargo e auferidos em razão de seu exercício, não se pode deixar de considerar "vantagens pecuniárias" e, como tais, abrangidos pela vedação legal.

Aliás, diga-se de passagem, e "de lege ferenda", nem teria sentido fizesse a lei o discrimine, que, repita-se, "de lege lata", não fez. Se se considera relevante a não-concessão de liminar tratando-se de pagamento de vantagens pelo Estado, que, tendo condições de com elas arcar, tem-nas também, amplíssimas, de havê-las de volta na hipótese de denegação do mandato, com tanto mais razão deve-se considerá-la — e a lei vigente, não estabelecendo a distinção, considerou — quando o desembolso corra à conta de particulares, que, até mesmo por desconhecer a existência do "mandamus", pois nele não são partes, e, em consequência, o momento (da denegação do mandato) em que se haveria de configurar o direito à devolução, sequer têm aquelas mesmas condições.

5. Mas, não é só. Inexistente que fosse a proibição legal, ainda assim a liminar não merecia deferimento, pois não configurados os requisitos a tanto exigidos pelo art. 7.º, II, da Lei n.º 1.533/71.

6. Dispõe o mencionado dispositivo:

"Art. 7.º — Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

II — que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso deferida."

7. E, sobre a regra, leciona HELY LOPES MEIRELLES:

"Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade de ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante, se vier a ser reconhecido na decisão de mérito. A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final; é procedimento acautelador do possível direito do impetrante

justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral, se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa." ("Mandado de Segurança e Ação Popular", Ed. Revista dos Tribunais, 8ª edição, 1982, p. 43).

8. Necessário, portanto, é, para a concessão da liminar, que, além da relevância dos fundamentos ("fumus boni iuris"), haja risco, risco sério, grave, manifesto, de que, caso não suspenso liminarmente o ato impugnado, o mandato de segurança, se concedido, venha a tornar-se ineficaz ("periculum in mora").

Assim, aliás, decidiu, à unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal:

"A liminar, em mandado de segurança, pressupõe a ocorrência dos dois requisitos previstos no art. 7º, I, da Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Verificado, apenas, o primeiro, não é de se conceder a medida liminar. Agravo regimental a que se nega provimento." (MS nº 20.213, AgRg, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA, "in" RTJ 91 /67).

9. Ora, assim sendo, abstraindo da relevância dos fundamentos do "writ" — e isto apenas em homenagem à reputação do ilustre signatário da inicial, pois todos seus argumentos, absolutamente todos, foram irrefutavelmente respondidos no parecer de fls. 138-75 do hoje eminente Procurador-Geral do Estado, Dr. NEY SÁ —, o que se impunha aos Impetrantes demonstrar para obter a liminar (isso, frise-se sempre, na hipótese de que ela não fosse, como é, legalmente vedada) era que, não suspenso o ato impugnado, isto é, a ... Lei 7.887/73 (!) (atente-se bem para a gravidade da medida: suspensão de uma ... lei!), o mandado de segurança, se concedido, tornar-se-ia ineficaz.

10. Isto, no entanto, "data venia", em absoluto resultou demonstrado.

11. Com efeito, reportando-se ao parecer do Ministro CARLOS THOMPSON FLORES, assim sustentam os Impetrantes, em duas econômicas e pouco convincentes passagens, a configuração do requisito:

"Já o mesmo não ocorre na hipótese inversa (de vir a ser concedido o 'mandamus'), pois os Oficiais não teriam meios práticos e eficientes para buscar, entre centenas de pessoas, as quantias que tivessem deixado de ser pagas, em prejuízo deles" (cf inicial, item 53, fls. 41) (parêntese e grifos nossos).

"O serviço não poderia ser mantido como hoje se prevalecesse o critério da 'lei' 7.887. Tornar-se-ia insustentável. Caminharia para o colapso, e seria de manifesta conveniência pública que começasse a sofrer enquanto não decidisse a questão (...)" (cf. inicial, item 54, fls. 43).

12. Os argumentos, no entanto, como já se pode verificar, são a prova provada

da não configuração do requisito.

Em primeiro porque, sustentando faltar aos Impetrantes “meios práticos e eficientes” para, se concedido o “writ”, cobrar das partes a diferença a maior resultante da não aplicação da Lei 7.887/73, admite-se claramente restar-lhes, se deferida a ordem, e mesmo sem a liminar, o direito a haver das partes a diferença. Ora, se se admite tal direito, que, note-se, é exatamente aquele cuja proteção se busca, é óbvio que a eficácia do mandado de segurança ... não corre risco. Demais, que “meios práticos e eficientes” pretenderiam os Impetrantes? Não lhes bastariam os que a ordem jurídica lhes põe à disposição? De todo modo, de natureza tipicamente cautelar, a liminar se destina tão-só a evitar que feneça, antes do julgamento do mandado, o direito cuja tutela se busca, isto é, no caso, o direito a cobrar emolumentos segundo a legislação anterior à Lei 7.887/73. E este, como se viu, os Impetrantes admitem ... não estar em risco.

Em segundo porque, quanto ao alegado “colapso” dos serviços, que, diga-se de passagem, os Impetrantes não têm legitimidade para invocar em mandado de segurança, pois os serviços não são seus, mas do ora Agravante, Estado, restou ele absolutamente indemonstrado. E, como se sabe, em processo, alegar sem provar é dizer um redondo ... nada! De todo modo, note-se também: o alegado “colapso” era facilmente demonstrável! Bastaria anexar comprovantes de despesa e receita, o que, no entanto, não se sabe por que, ... não foi feito!

13. Por fim, duas palavras acerca do parecer a que se reportam os Impetrantes, que assim trata do tema:

“A cobrança dos emolumentos devidos é feita segundo o disposto no art. 14 da Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973). / Assim, arrecadados ditos emolumentos, com os limites impostos pelo referido Diploma local incriminado, em caso de vir a ser concedido o mandado até então ficaria ele em parte frustrado, eis que a arrecadação não seria a ilimitada como é propugnado, ficando ela, a arrecadação, desfalcada da parcela devida, sem possibilidade de recuperação” (cf. parecer, fls. 52).

14. “Data venia”, e com todo o respeito, não parece exata a afirmação do douto parecer. Ao contrário, concedido o mandado, a diferença a maior porventura deixada de receber não ficaria... “sem possibilidade de recuperação”, pois, reconhecido o estranho direito adquirido à irredutibilidade de emolumentos ou declarada a nulidade da Lei 7.887/73, a consequência seria ter-se por inaplicável, desde seu advento, o referido Diploma, donde resulta que, cobrados a menos os emolumentos por força da lei inaplicável, os Impetrantes teriam título jurídico — a lei anterior — para haver das partes a diferença. Isto, aliás, como se viu, é implicitamente admitido pelos próprios Impetrantes, que se limitam a alegar, numa alegação tão frágil quanto incomprovada, faltar-lhes “meios práticos e eficientes” para buscá-la.

15. Desta forma, como se vê, por todos os títulos a liminar deveria ser denegada.

16. Cabe, no entanto, ainda, uma consideração final — *the last but not least* — acerca da gravíssima repercussão do deferimento da medida. Não se trata, como na maioria das vezes, de suspender um ato administrativo individual, de natureza restrita e singular, mas, sim, de cortar eficácia a uma... LEI! Lei que, diga-se de passagem, numa época de tão poucas unanimidades, conseguiu a proeza de, em nome da imagem dos serviços judiciários, obter o consenso não só da totalidade dos partidos com representação na Assembléia Legislativa (fls. 128-33) como dos mais variados e representativos segmentos da sociedade riograndense, especialmente, muito especialmente, do Poder Judiciário (fls. 137), a quem incumbe zelar pela boa prestação daqueles serviços.

ISTO POSTO, REQUER se digne Vossa Excelência, admitindo o Agravante no feito, RECONSIDERAR o respeitável despacho agravado para denegar a liminar ou, se assim não entender, o que não se admite, submeter o recurso à apreciação do Egrégio Tribunal Pleno, de quem, então, o Agravante espera o PROVIMENTO para os efeitos supra e como medida de

JUSTIÇA!

Nestes termos pede deferimento.

PORTO ALEGRE, 7 de março de 1984.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO DE ESCRIVÃO DISTRITAL CONTESTAÇÃO *

Adnor Goulart

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO
DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA.

AÇÃO: ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO
AUTOR: M.D.C.G.
RÉU: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
Nº:01182162303

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pelo Procurador signatário, nos autos da ação acima identificada, e CONTESTANDO a pretensão da autora, vem respeitosa-mente perante Vossa Excelência, para dizer e requerer o quanto segue, articuladamente:

Inicialmente, apresenta DENÚNCIAÇÃO À LIDE, contra:

- a) J.C.F., escrivão distrital, por ser o agente público que lavrou a procuração, posteriormente anulada;
- b) F.G.G., ex-esposo da requerida, comerciante;
- c) E.J.O., criador, o mandatário;
- d) F.M.D., criador, testemunha do ato;
- e) J.M.O., do comércio, idem;
- f) J.M.F.N., criador, que assinou a procuração, a rogo da autora;

todos brasileiros, o segundo, divorciado, e os demais, casados, residentes e domiciliados em Santo Antônio das Missões, neste Estado, sendo que a denúncia do primeiro se faz, com base no artigo 107, § único, da Constituição Federal, e dos demais, no artigo 70, III, do Código de Processo Civil,

a fim de assegurar-se do direito regressivo, caso venha a ser atendida a pretensão da suplicada, para o que,

REQUER a citação deles, no endereço dado, a fim de apresentarem contestação, se quiserem, pena de revelia e confesso, implicando sua condenação na responsabilidade civil de ressarcir o denunciante dos danos, pelos quais, eventualmente, venha a ser condenado a pagar à autora.

REQUER, ainda, seja expedida CARTA PRECATÓRIA citatória deles, denunciados, ao Juízo de São Luiz Gonzaga - RS.

*Originalmente publicado na RPGE nº 39, 1984.

EM PRELIMINAR

É o ora contestante parte ilegítima na presente ação, pelos motivos que passa a expor.

De fato, se era intenção da requerida, na ocasião em que ajuizou a ação anulatória do mandato, acionar o Estado do Rio Grande do Sul, pelos danos que alega ter sofrido, deveria tê-lo chamado a integrar aquele feito, a fim de, *a posteriori*, se intitular ao direito de pedir-lhe indenização.

Assim, teria dado ao mesmo oportunidade de defender-se.

Mas não! Não só deixou de adotar essa medida, como ainda, estranhamente, SEQUER TOMOU QUALQUER PROVIDÊNCIA CONTRA O ESCRIVÃO DISTRITAL J.C.F., isto é, nem dirigiu a ação contra ele, ou, pelo menos, arrolou-o como testemunha no processo.

Entretanto, todos os demais participantes do ato, cuja anulação estava pleiteando, foram por ela chamados ao processo, seja como réus (F.G.G. — o marido, e E.J.O. — o procurador), seja como testemunhas (F.M.D. e J.M.O. — as testemunhas do ato inquinado de nulidade, e J.M.N. — que o assinou a rogo da requerida (DOC. nº 1)).

Por que deixou fora daquele feito o aludido escrivão distrital? Um mistério! Um grande mistério que, queiram os fados, seja esclarecido no curso do presente feito. Mas, que isso é sintomático, não resta a menor dúvida.

Apesar de tudo isso, quer seja, sem a participação do Estado na ação anulatória, ou do agente público, pelo ato do qual, pretendia buscar ressarcimento junto ao primeiro, vem agora a autora, com toda a tranqüilidade, tentar e, está o contestante convicto, sem sucesso, indenização junto à pessoa errada.

Só que as coisas, daqui em diante, não vão ser tão fáceis para ela, como o foram até agora, onde a ação de anulação tramitou da forma mais tranqüila, sem a presença dos que, por força de lei, ali deveriam estar e, ainda, sem contestação de nenhum dos réus. Tudo muito fácil, mas também, muito estranho!!!

Ressalte-se, ainda, que, ao ora contestante, não restou sequer a possibilidade de desconstituição da sentença de anulação, através de ação rescisória, facultada pelo inciso II do artigo 487 do Código de Processo Civil, eis que, ao tomar conhecimento do aludido *decisum*, através da citação para responder aos termos do presente feito (em 24 de agosto ppdo.), já havia operado a caducidade de sua pretensão, pois, a decisão rescindível transitou em julgado em 23 de maio de 1980.

E, nem se alegue que, tal fato deve ser atribuído à incúria do postulante, o qual não tinha obrigação de conhecer aludido decisório e seus reflexos posteriores, já porque, conforme antes salientado, não foi chamado, pela interessada a integrá-lo, quer diretamente, ou através do agente que praticou o ato malsinado.

Novamente, tudo saiu a contento para a autora. Coincidência, quem sabe! O fato é que, a inicial está datada de 22 de junho transato, isto é, um mês após ter operado aludida preclusão.

De tudo o que até aqui foi narrado, a primeira consequência, lógica, aliás, que se extrai da deliberada omissão da autora é a caracterização do peticionário COMO TERCEIRO, EM RELAÇÃO AO FEITO ANULATÓRIO.

Ora, é ponto pacífico, a impossibilidade de se estenderem os efeitos da coisa julgada àqueles que permaneceram estranhos ao processo.

É o que determina a lei, impondo limites subjetivos à coisa julgada, encontrando, ainda, tais lindes, a adesão de consagrados doutrinadores.

Assim é que soa o artigo 472 do Estatuto Processual Brasileiro:

“A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, NEM PREJUDICANDO TERCEIROS” (grifei).

Versando sobre o tema atinente a tais balizamentos, ensina ENRICO TULIO LIEBMANN:

“Todavia, razões de oportunidade, assim como determinaram a adoção do instituto, também traçam à sua aplicação limites precisos (art. 1351 do Código Civil italiano): limites objetivos que a definição dada há pouco da autoridade da coisa julgada ajuda a entender, visto como é só o *comando* (grifo do autor) pronunciado pelo juiz que se torna imutável, não a atividade lógica exercida pelo juiz para preparar e justificar a decisão; LIMITES SUBJETIVOS, PORQUE A IMUTABILIDADE VALE SOMENTE ENTRE AS PARTES (grifei), isto é, SÓ QUANDO O CASO DECIDIDO PONHA DE NOVO FRENTE A FRENTE AS MESMAS PESSOAS QUE PARTICIPARAM DO PROCESSO; SÓ ELAS, COM EFEITO, PUDERAM FAZER OUVIR E VALER AS SUAS RAZÕES NO PROCESSO QUE SE ULTIMOU COM O JULGADO (grifei), e é essa possibilidade, que tiveram, que justifica praticamente a necessidade em que se puseram de conformar-se com o resultado alcançado e de já não poderem esperar modificá-lo — ...” (in “Eficácia e Autoridade da Sentença”, Forense, Rio de Janeiro, 1981, 2ª edição, p. 55/56).

Diz, mais adiante, o festejado autor:

“Na realidade, a coisa julgada que se formou entre as partes NÃO TEM NUNCA E EM NENHUM SENTIDO VALOR PARA OS TERCEIROS, (grifei), ao menos para aqueles que verdadeiramente são tais segundo a teoria geral das partes em juízo” (op. cit., p. 95).

Arremata, finalmente, o mesmo processualista:

“Pode-se, assim, à guisa de conclusão, e, ao mesmo tempo, de preparação do tema que terá ventilado no parágrafo seguinte, lembrar a já referida explicação prática que deu Carnelutti da sua teoria: “para a consecução dos escopos do processo, a saber, da sentença justa, fiasse a lei do contraditório das partes”, e observar que é verdadeira, mas *até certo ponto* (grifo do autor). A lei, justamente, não teve essa ilimitada fé nas partes, não quis confiar a sorte dos direitos dos terceiros à atividade única desenvolvida sem controle pelas partes, e, conseqüentemente, não sujeitou os terceiros à imutabilidade dos efeitos do processo, no que propriamente consiste a autoridade da coisa” (op. cit., p. 112).

Assim, é de se concluir que, a sentença anulatória não fez coisa julgada contra o postulante, por ser o mesmo terceiro em relação a ela, e, portanto, configurando-se tal decisório, *res inter alios*, em relação ao mesmo postulante.

Restaria acrescentar que não foi sem propósito a restrição estabelecida pelo comando legal excogitado. Sem dúvida alguma, atende ele ao princípio constitucional da ampla defesa, o qual estará sendo fraudado, se atendida a pretensão da autora, o que, por certo, incorrerá.

Caso se admitisse solução diversa, acolhendo-se o pedido da suplicada, além das distorções já apontadas, outra iria se verificar.

É que, consoante determinação expressa do artigo 475, II, também do diploma processual,

“Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, sentença:

I -

II — proferida contra a União, o ESTADO (grifei) e o Município”.

Assim, por via reflexa, e decorrente do ajuizamento do presente feito, estaria sendo desatendida a disposição imperativa em tela.

Tendo-se em conta que a sentença de anulação transitou em julgado, sem interposição de qualquer recurso, quer necessário ou voluntário, ressalta, mais uma vez, a distorção produzida pelo direcionamento do pedido contra o contestante, restando claro que, também por esse motivo, não pode o inismo prosperar.

De tudo o que foi visto, impende observar, em seguimento, que a suplicada trilhou um iter totalmente errado, e, o que é mais grave, de forma deliberada.

A verdade é que, se não desejava as alienações que, segundo a inicial, (mas não em conformidade com seu depoimento na ação de anulação) (DOC. nº 2), teriam ocorrido por intervenção do procurador, tão logo obteve a sentença desconstitutiva do mandato, deveria, como seqüência normal e correta, ter ingressado com ação declaratória de ineficácia das aludidas transações, pois anuladas já estavam as mesmas, face ao conteúdo do artigo 158 do Código Civil, combinado com o 153, este, devidamente interpretado.

Essa era a providência certa, inexistindo, relativamente a ela, o alegado obstáculo referido no item 8 (oito) da inicial, quer seja, o fato de serem os adquirentes, terceiros de boa-fé.

Até onde nos é dado conhecer, em matéria de nulidade, não entra em cogitação tal circunstância, seja a boa ou má-fé do adquirente. Tal só ocorre em estritas hipóteses, expressamente previstas em lei, como é o caso de certas eficácias produzidas pelo casamento putativo.

No campo obrigacional, desconhece a lei tais dados de natureza psíquica.

Em conclusão, pela maneira como a autora procedeu até aqui, deixando de chamar o Estado e seu agente a integrarem o feito anulatório, como litisconsortes passivos necessários, legitimados, em princípio, a intentar a presente ação, *in casu*, seriam os adquirentes dos imóveis, segundo ela, ilegalmente transacionados, mas isso, caso houvesse ajuizado contra eles, a ação desconstitutiva das aludidas transações, e obtivesse êxito.

POR TODO O EXPOSTO, e com base nos artigos 295, II, 267, VI, combinado

com o artigo 3º, e 301, X, todos do Código de Processo Civil,

REQUER a Vossa Excelência dedare a autora carecedora de ação, com a consequente extinção do presente feito, sem o julgamento do mérito, condenando aquela nos ônus da sucumbência,

REQUER, ainda, seja a requerida condenada como litigante de má-fé, nos termos do artigo 17, I, da Lei Processual.

Ainda em PRELIMINAR, é de ser declarada a autora CARENTE DE AÇÃO, visto não ter decorrido, do ato do escrivão distrital, qualquer prejuízo para ela. Tal, se é que se verificou, o foi consequente às alegadas transações levadas a termo pelo procurador.

NO MÉRITO

1. Admitindo-se, *ad argumentandum*, que a requerida tenha sofrido alguma lesão patrimonial, esta, certamente, não foi no montante que a mesma está alegando.

Com efeito, consoante comprova a certidão juntada à presente (DOC. N.º 3), era ela casada com F.G.G., pelo regime da comunhão universal de bens.

Daí decorre que, dos 138.000.000 m² que a autora alega terem sido transacionados por seu então consorte, apenas metade dos mesmos compunha sua meação, pois, a outra metade, sendo da livre disposição dele, poderia ser livremente comprometida.

Conclui-se, em consequência, que, se nada mais houvesse a ser subtraído, já aqui seu prejuízo teria de ser reduzido pelo meio.

2. Mas, ainda não é tudo. Ocorre que, em conformidade com a certidão do Registro de Imóveis (fls. 13 e 14 dos autos), as alienações, alegadamente levadas a termo pelo procurador, não totalizaram os 138.000.000 m², como declarado na inicial (item 10), mas apenas 111.500.000 m².

Tal engano (?) da requerida determina uma diferença, a menor, de 26.500.000 m².

Pelo valor que ela mesma está atribuindo ao hectare, o equívoco (?) apontado implica numa diminuição de aproximadamente Cr\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de cruzeiros), na parte dela, donde já se tem, aqui, não mais os Cr\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões e cruzeiros), mas, sim, Cr\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de cruzeiros).

3. Entretanto, o valor dado aos terrenos pela autora está muito longe da realidade. E isso ela mesma demonstra com o documento juntado às fls. 15 do processo.

Com efeito, está ali consignada uma transação de 25.000.000 m², efetuada em 15 de fevereiro de 1977, pelo montante global de Cr\$ 80.000,00 (oitenta mil cruzeiros), ou seja, Cr\$ 32.000,00 (trinta e dois mil cruzeiros) o hectare.

Ora, admitindo-se a valorização de 100% (cem por cento) ao ano e, tendo-se em conta que, dos 11,5 hectares alegadamente transacionados, a meação da suplicada corresponde a 5,575 hectares, temos que, na verdade, o pretenso prejuízo corresponderia apenas a Cr\$ 9.440.000,00 (nove milhões, quatrocentos e quarenta mil cruzeiros), aproximadamente, e, portanto, nem de longe se aproxima do cálculo que serviu de base para a atribuição de valor do pedido, por ser este completamente desarrazoado.

4. Doutra parte, não comprovou a requerida tenham sido as alienações em causa efetivadas pelo procurador.

Muito pelo contrário; ela mesma lança dúvida a respeito, ao referir, na audiência em que foi colhido seu depoimento:

“Não sabe se a procuração foi usada para a venda de algum bem” (DOC. N.º 2).

5. Dentre a cadeia de fatos estranhos, dos quais alguns já foram postos em relevo na presente contestação, outro ainda deve ser mencionado. É que, em conformidade com a certidão do Registro de Imóveis (fls. 13 e 14 deste processo), confrontando-se a data das transações pretensamente realizadas com a da outorga da procuração a E.J.O. (DOC. N.º 1), verifica-se que a primeira delas ocorreu em 30 de junho de 1967, e, portanto, quase 12 (doze) anos antes do ajuizamento do processo de anulação. E mais. Só veio a tomar essa providência judicial depois do comprometimento de todo o patrimônio.

Por que teria ela aguardado tanto tempo para agir? Por que só o fez quando nada mais havia para alienar? É mais uma interrogação que, por enquanto, fica no ar.

6. São tantos os fatos estranhos ocorridos desde a lavratura da procuração anulada que, somente uma conclusão se impõe em decorrência disso: o comportamento malicioso da autora, com o intuito de se locupletar às custas do Estado, através da propositura da ação, objeto da presente contestação.

7. Nesse passo, não é demais recapitular tais acontecimentos, a fim de que reste indubitosa pré-falada má-fé:

- a) o fato de ter deixado de fora do feito anulatório o Estado, bem como o escrivão distrital que lavrou a procuração, posteriormente anulada;
- b) o fato de não ter sido aquele agente público sequer arrolado como testemunhas da ação em tela, enquanto todos os demais participantes do ato o foram;
- c) o fato de não ter sido contestada aquela ação;
- d) o fato de ter a mesma transitado em julgado, sem qualquer contestação;
- e) o fato de não ter tomado qualquer providência de natureza patrimonial contra o consorte que, afinal de contas, foi o autor intelectual da fraude, e quem dela se locupletou;
- f) o fato de ter aguardado dois anos e um mês, desde o trânsito em julgado do feito anulatório, para só então ajuizar a ação objeto desta contestação, quando já havia operado a caducidade para propor o feito rescisório;
- g) o fato de ter proposto a ação de anulação do mandato somente doze anos após a primeira transação que, segundo ela, foi realizada pelo mandatário;
- h) o fato de ter tomado tal providência somente após terem sido alienados todos os imóveis, segundo ela, com a utilização do mandato viciado;
- i) o fato de ter excluído do pedido de indenização os terrenos que foram alienados por ele, isto é, antes da feitura do malsinado mandato;
- j) o fato de ter “esquecido” de excluir do mesmo pedido a metade correspondente à meação de seu então consorte.

8. Torna-se necessário acrescentar algo mais, para comprovar o dolo da autora?

Não! Sua atuação maliciosa está mais do que caracterizada e, por isso, terá ela de responder como litigante de má-fé.

A Justiça não pode pactuar com tal comportamento, premiando a torpeza da autora.

Frustou ela, ao assim agir, princípio da mais extraordinária importância social e jurídica: o princípio da boa-fé, que deve presidir a todas as relações jurídicas, sobrepondo, inclusive, de forma soberana a outros princípios de direito.

Tal é a relevância social e jurídica da *fides*, que Demolombe a denominava “a alma das relações sociais”, “alma que há de presidir à convivência social e a todos os seus atos”, no dizer do Professor Clemente de Diego, tendo sobre ele escrito, de forma pitoresca, Jean Gruenet, ser “o óleo invisível que amacia o funcionamento da máquina jurídica” (citações extraídas da obra “A Boa-Fé no Código Civil”, Alípio Silveira, 1º Volume, S. Paulo, 1972, p. 01).

9. Mas, supondo apenas para argumentar, não tenha atuado a requerida com malícia, ainda assim não pode prosperar sua pretensão, visto que, na melhor das hipóteses, teria ela incidido em erro material de direito, o qual não encontra excusativa na lei, tendo, aquele que aí incidiu, que suportar os efeitos do mesmo.

Discorrendo a respeito de tal espécie de defeito, ensina, com muita propriedade, ALÍPIO SILVEIRA:

“O descumprimento da lei arrasta a sanção correspondente, que pode ser: nulidade, anulação, responsabilidade, perda de direitos, etc., no campo civil; pena, multa, etc., nos terrenos penal, administrativo, etc.

Esse primeiro tipo de erro de direito faz um só corpo com uma conduta violadora de lei imperativa, proibitiva ou dispositiva. Pela sua própria definição ELE É INEXCUSÁVEL (grifei), salvo se, por hipótese, existir, em determinada legislação, quer uma regra geral, quer uma disposição particular que o admitam.

Dissemos “por hipótese”, pois, no vigente direito privado brasileiro é certo não existir regra geral desta natureza...” (op. cit., p. 20).

Segue, após, o mesmo autor:

“É de se notar que, em direito privado, não foram apenas os legisladores brasileiros que não se atreveram a editar uma disposição geral sobre a admissibilidade do erro de direito do primeiro tipo, e que envolve violação ou descumprimento de leis imperativas, proibitivas e dispositivas. Com raríssimas exceções, que adiante veremos, é essa a orientação uniforme nos vários países. De fato, se o legislador consagrasse o princípio da admissibilidade da boa-fé na violação de tais leis, na esfera jurídica privada, ele subtrairia um vasto setor dessa esfera ao império da lei, e autorizaria a dispensa, em massa, do rigor da lei.

“É fácil de ver a que anarquia as coisas chegariam” (op. cit., p. 20 e 21).

ANTE O EXPOSTO, e, *ad argumentandum*, caso não sejam colhidas as

preliminares argüidas.

REQUER: seja julgada improcedente a presente ação, com a condenação da autora no ônus da sucumbência,

REQUER: ainda, seja colhido o depoimento pessoal da requerida, através da expedição de precatória do MM. Juízo de São Luiz Gonzaga - RS.

REQUER: também a audita de todos os denunciados à lide, como testemunhas, requerendo-se a mesma providência do item anterior,

PROTESTA pela produção de todos os meios de prova em direitos permitidos.

P. Deferimento

Porto Alegre, 25 de outubro de 1982.

FERROVIÁRIOS: ESTADO VENCE NO STF*

Caio Martins Leal

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR
PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
RIO GRANDE DO SUL

Questões constitucionais e federais relevantes.
Divergência com a súmula 38 do STF.

1. Impossibilidade de prever-se, em lei ou tratado, seja o quanto das vantagens pecuniárias dos funcionários estabelecido com base em remuneração não prevista em lei, mas fixada por entidade outra que não a do servidor, maxime quando a outra é... entidade privada (!). Violação do princípio segundo o qual as vantagens pecuniárias dos funcionários devem ser fixadas (= quantificadas em cruzeiros) **em lei da entidade a que pertencem** e do que veda a delegação de poderes (CF, art. 6º, parágrafo único, art. 65, comb. c/art. 13, I e V).
2. Impossibilidade de, à míngua de lei, estender-se a funcionários inativos reclassificação posterior à aposentadoria, maxime quando tal reclassificação... **sequer resultou de lei da entidade a que pertence o inativo**, mas de ato de diretoria de empresa privada **dirigido aos empregados dessa** (!!). Divergência com a Súmula 38 do STF e, ainda aqui, ofensa aos arts. 6º, parágrafo único, e 65, comb. c/art. 13, I e V, da Constituição Federal.
3. Impossibilidade de reconhecer-se, após a Carta de 1967, equiparação de proventos da inatividade à remuneração da atividade (CF/1967, art. 96, e EC n.º 1/69, art. 98, parágrafo único, comb. c/art. 13, IV).
4. A inicial deve expor, com clareza e precisão, os fatos fundantes da demanda "causa petendi" (CPC, art. 282, III). Ora, tratando-se o pedido de diferença de proventos a que só se faz jus se o benefício previdenciário for inferior à remuneração da atividade, os fatos fundantes da demanda são os termos (= valores) de que se pretende extrair a diferença, que, assim, devem vir claramente expostos, maxime quando, como no caso, um deles (remuneração paga pela RFFSA a seus empregados)... **sequer é fixado pelo Estado**.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos da apelação cível nº 40.718, em que figura como Apelante e reciprocamente Apelado juntamente com N.R.F. e

*Originalmente publicado na RPGE nº 40, 1984.

OUTROS, vem perante Vossa Excelência, muito respeitosamente, por seu representante judicial firmatário, interpor RECURSO EXTRAORDINÁRIO contra o venerando acórdão de fls. 1271 a 1289, que negou provimento à apelação, em razão dos fatos e fundamentos abaixo expostos.

a) Dos fatos e da decisão recorrida

1. Trata-se o presente feito — um entre muitíssimos, de repercussão ainda inavaliável de todo — de ação em que os Autores, ora Recorridos, funcionários públicos estaduais ferroviários apanhados pela inativação previdenciária quando se encontravam cedidos à Rede Ferroviária Federal S/A, a revisão dos proventos de suas aposentadorias mediante (a) sua integração no Plano de Classificação de Cargos adotado pela Rede Ferroviária Federal S/A através da Resolução da Diretoria 71/76 daquela Sociedade (inicial, inciso II, “a” fls. 12 a 24), (b) a incorporação aos proventos de alguns autores de funções gratificadas e cargos em comissão que teriam exercido na RFFSA (inicial, inciso II, “b”, fls. 24-5) e, por fim, (c) cálculo e pagamento de suas gratificações adicionais de 15 e 25% com base na remuneração, maior, por eles percebida da Rede quando ali se encontravam em atividade e não nos vencimentos e vantagens, menores, a que faziam jus do Estado segundo a lei estadual às datas de suas aposentações.

Invocam, em suma, o Acordo de Reversão União-Estado-Rede e, principalmente, a Lei estadual n.º 3096/56, que prevê a equiparação dos proventos da inatividade à remuneração da atividade.

2. O Estado, ora Recorrente, contestou a demanda, alegando, em suma (a) que, preliminarmente, a inicial merecia completada, eis que nela não se expunham com clareza os fatos fundantes da demanda (“causa petendi”) impossibilitando uma boa defesa, (b) que os Autores nunca teriam feito jus à vantagem do art. 189 da Lei n.º 2.061/53, visto como os estipêndios (vencimentos e vantagens) a ele deferidos pela lei estadual das épocas das inativações eram inferiores aos valores das aposentadorias previdenciárias, (c) que o Acordo de Reversão não atribuía aos funcionários estaduais cedidos (como eram os Autores) direito contra o Estado a que a vantagem do art. 189 da Lei n.º 2.061/53 fosse calculada tomando por base a remuneração maior, fixada e paga pela Rede e não os estipêndios, menores, previstos na lei estadual, (d) que, ademais, se assim tivesse disposto o Ajuste, seria ele *inconstitucional*, como tal devendo ser declarado, pois, então, o Estado não mais teria feito que, por ele, delegar à Rede sua competência privativa — exercível, de resto, mediante lei — de fixar o quanto das vantagens pecuniárias de seus funcionários, (e) que a equiparação consagrada pela Lei n.º 3.096/56 (de inativos e ativos), invocada pelos Autores, não mais podia subsistir em face do parágrafo único do art. 98 da Constituição Federal vigente, repetição, aliás, do art. 96 da Carta de 1967, e, por fim, (f) que, quando tudo o mais não fosse, sendo os AA. inativos, a reclassificação do Plano de Classificação de Cargos (da Rede!) a eles não se dirigia, pelo que a pretensão encontraria óbice inclusive na Súmula 38 do STF (cf. contestação, fls.).

Restou incontroverso nos autos que as vantagens a que os AA. faziam jus do Estado, segundo a legislação estadual das datas das inativações (note-se não da época do Acordo de Reversão, que previa vantagens menores), eram inferiores aos valores de suas aposentadorias previdenciárias.

3. Julgada procedente a demanda (fls. 1186-1201), o Estado apelou, pleiteando a nulidade do processo (fls. 1215 a 1217) ou a improcedência da ação (fls. 1218 a 1228).

4. O venerando aresto recorrido, rejeitando as preliminares de nulidade, negou provimento à apelação (fls. 1271 a 1289), rejeitando-se, outrossim, embargos de declaração opostos para fins das Súmulas 282 e 356 do STF (cf. emb. decl. fls. 1291 a 1292, e ac. emb. decl., fls. 1297-9).

5. “Data venia”, no entanto, em assim fazendo, o aresto (a) deu ao Acordo de Reversão uma interpretação que o põe em conflito com a Constituição Federal, mais especialmente com as regras que vedam a delegação de poderes e estabelecem deva o “quantum” das vantagens pecuniárias dos funcionários (no caso a diferença a que alude o art. 189 da Lei n.º 2.061/53) ser previsto em lei da entidade a que pertencem (CF, arts. 6.º, parágrafo único, e 65), (b) admitiu equiparação de proventos da inatividade à remuneração da atividade, o que é vedado pelo parágrafo único do art. 98 da Constituição Federal, (c) negou vigência a vários dispositivos da lei processual civil (d) deu por válidos atos do governo local (Acordo de Reversão e Lei 3.096/56) contestados face à Carta Federal, (e), divergiu da Súmula 38 do STF e (f) dissentiu, na interpretação de tais temas, da orientação de outros tribunais do País, especialmente o Supremo Tribunal Federal.

6. Cabível, pois, contra o aresto, recurso extraordinário (CF, artigo 119, III, “a”, “c” e “d”).

b) Do cabimento pela letra “a”

b.a) Da violação ao princípio da fixação em lei do quanto das vantagens pecuniárias dos funcionários e ao que veda a delegação de poderes (CF, artigo 6.º, parágrafo único, e artigo 65)

7. Entendeu o venerando acórdão, em face do Acordo de Reversão, que para os funcionários cedidos à Rede, como são os Autores, a vantagem do artigo 189 da Lei n.º 2.061/53 (diferença entre os vencimentos da atividade e a aposentadoria previdenciária), deve ser calculada tomando por base a remuneração, maior, fixada e paga pela Rede aos seus empregados (e inclusive, enquanto em atividade, aos Autores), e não nas vantagens, menores, previstas na lei estadual.

8. “Data venia”, no entanto, com isso, deu ao Acordo uma interpretação que o põe em conflito com a Constituição Federal, violando, ele mesmo a mencionada Carta.

9. Isto porque, então, mediante o Convênio, o Estado não mais teria feito do que delegar à RFFSA sua competência privativa - exercível, de resto, mediante lei e, mais, agora, mediante lei de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo — de fixar o “quantum” de vantagens de seus funcionários (como eram e são os Autores), no caso a diferença a que alude o artigo 189 da Lei n.º 2.061/53. A diferença de proventos, calculada sobre a remuneração estabelecida pela Rede, seria, então, na verdade, fixada

pela RFFSA (entidade privada), em flagrante afronta aos princípios constitucionais citados, que estão contidos no artigo 6.º, parágrafo único, e artigo 65 da Carta Federal e são aplicáveis aos Estados-membros por força do artigo 13, I e V daquela Carta.

10. Cumpre, porém, precisar a colocação; o Recorrente não sustenta a inconstitucionalidade do Acordo; mas não sustenta exatamente porque entende que ele é fonte de obrigações apenas para e entre as partes convenientes (Rede, União e Estado) e, como tal, não cria para os funcionários estaduais cedidos direito a haver do Estado vantagens cujo "quantum" não tenha sido fixado em lei estadual. Se tal tivesse feito — e assim entendeu o acórdão recorrido, donde o cabimento de recurso também pela letra "c" do permissivo constitucional —, a inconstitucionalidade resumiria, fosse ele simples tratado, lei ou, até, norma constitucional estadual, pois nenhuma regra pode sobrepor-se às normas cogentes da Constituição Federal.

Dai porque, também, não ter qualquer significado o fato, que muitos pretendem lhe tenha dado força de lei estadual (o que é discutibilíssimo!), de ter sido o Acordo aprovado por ato da Assembléia Legislativa, pois, repita-se ainda uma vez, norma constitucional estadual que fosse, não poderia ele dispor como entendeu o aresto, ou seja, outorgar vantagens cujo "quantum" não seja fixado em lei estadual.

De outra parte, e em razão mesmo do exposto, cabe também fixar: o Recorrente não sustenta não possa pagar aos ferroviários diferença do proventos superior à resultante da aplicação dos padrões fixados em lei estadual. Poderá fazê-lo, uma vez que isso decorra da legislação federal, pois a tanto se obrigou, perante a União, mediante o Acordo. Ao fazê-lo, no entanto, o faz — e aqui o ponto fundamental — como obrigado perante a União e não perante os servidores, que, esses, repita-se, sob pena de violarem-se os princípios constitucionais citados, não podem adquirir contra o Estado vantagens cujo "quantum" não tenha sido fixado em lei estadual. Só a União, como credora do Estado pelo Acordo, poderia exigir tal pagamento. Não os servidores, que, note-se, não "tertius" em relação ao Ajuste. Em suma: ao pagar além do padrão estadual, o Estado age em nome e por conta de terceiro. Como mandatário ou a esse equiparado.

11. Na verdade, não parece admissível, no nosso sistema constitucional, onde se exige que o "quantum" das vantagens pecuniárias dos funcionários seja fixado em lei, onde se reconhece competência privativa às entidades jurídico-políticas para legislar sobre o seu direito administrativo, onde se veda expressamente a delegação de competência e, principalmente, onde se garante, imune a emendas, o princípio federativo, que, como tal, é indispensável inclusive para as unidades federadas, não parece admissível, num tal sistema constitucional, possa o Estado responder por vantagens pecuniárias de seus funcionários cujo "quantum" tenha sido fixado não em lei estadual, mas em ato de ... outrem (Rede, União, etc.), absolutamente estranho ao Estado.

Mais do que inconstitucional, isso gera situações de flagrante injustiça. Principalmente para os funcionários não-cedidos ou devolvidos (o Acordo prevê também a devolução), que, prestando serviço no e para o Estado (serviço estadual "stricto sensu"), e com as mesmas qualificações funcionais dos cedidos, vêm-se colocados face ao Estado em posição pecuniária inferior, aquinhoados que foram aqueles, sem lei (!), sem ponderação orçamentária (!), sem aferição das possibilidades do erário estadual (!), por uma remuneração fixada por outrem (Rede, União, etc.) e, como é óbvio, e tanto mais grave,

em função das disponibilidades do orçamento desse outrem (!).

Não se nega que os ferroviários possam fazer jus aos mesmos direitos de que gozam os demais servidores da REDE, principalmente em face da Lei nº 3887/61. Mas tais direitos só poderão ser exigíveis... *contra quem os outorgou* (Rede, União, etc.) e não, nunca, à míngua de lei estadual, contra o Estado. Aliás, a própria Justiça do Trabalho vem reconhecendo esta superposição de vantagens, deferindo aos funcionários cedidos, *contra a Rede*, verbas tipicamente trabalhistas (13º salários, etc.).

12. Que fez, no entanto, o acórdão recorrido?

A rigor não só determinou que as vantagens dos Autores (gratificações adicionais, etc) fossem calculadas com base na remuneração fixada e paga pela RFFSA aos seus empregados (!?) como condenou o Estado a reenquadrá-los no Quadro de Pessoal... *daquela empresa!* (sic).

Mas, então, resta a pergunta: tendo editado a Lei nº 7.412, de 1º de junho de 1981 (fls. 1229-30), específica de reenquadramento dos funcionários ferroviários estaduais, a que norma o Estado deve obedecer? À sua? Pelo acórdão, não, mas, isto sim, à emergente da ... *Diretoria da RFFSA*, que editou o PCC (!?).

"Data venia", parece ao Apelante, a Federação não se deteriorou tanto, a ponto de tornar possível submeter um Estado-membro (será que o acórdão como tal ainda considera o Estado do Rio Grande do Sul?), no pagamento de vantagens de seus funcionários, a deliberações de ... *empresas privadas!*

13. Porém, quando isso não fosse, é evidente a inaplicabilidade do PCC aos Autores, inativos quando de seu advento.

Em primeiro porque, nos termos da Súmula 38 do Supremo Tribunal Federal, "reclassificação posterior à aposentadoria não aproveita ao servidor aposentado".

Em segundo porque, de fato, o Plano de Classificação de Cargos da RFFSA não se dirigia aos inativos, pois o acesso a ele dependia *inclusive de testes seletivos*, que, por razões óbvias, não poderiam ser prestados pelos inativos. O laudo de fls., conforme se pode verificar, reconheceu explicitamente que o acesso ao PCC dava-se por via de testes seletivos. Ora, se assim foi, é óbvio que, ao contrário do afirmado, *não importou ele na extinção automática do Quadro anterior, PSCC*. Onde ficariam e ficaram os reprovados nos testes? Evidente: nos cargos que ocupavam no PSCC!

b.b.) Violação do artigo 98, parágrafo único, da Constituição Federal

14. O venerando acórdão recorrido, para deferir o pedido dos A.A., aplicou o artigo 1º da Lei nº 3.096/56 (Lei Peracchi), que assim dispõe (ou, segundo a colocação do Recorrente, dispunha), "verbis";

"Os servidores civis e militares do Estado, quando em inatividade, por aposentadoria, reserva ou reforma, perceberão, sempre, proventos iguais aos vencimentos que, em qualquer época, venham a perceber os servidores em atividade, da mesma categoria, posto ou graduação, respeitada a proporcionalidade do tempo de serviço".

15. Ora, ao assim fazer, parece claro que o aresto violou o artigo 98, parágrafo único, da Carta Constitucional vigente, pois admitiu equiparação vedada por aquele dispositivo, que, aliás, é repetição do artigo 96 da Constituição de 1967.

16. Na verdade, o que passou a exigir-se a partir de 1967 é que, no tocante à remuneração, para cada categoria de pessoal do serviço público haja provimento legislativo específico, evitando-se repercussões não visadas e forçando-se o legislador a deter-se no exame das remunerações que defere.

Ora, é inegável que, inobstante não se desvincule do serviço público, o servidor que se aposenta sofre uma tal modificação na sua relação com a Administração (v.g. cessação dos deveres decomparecimento ao serviço e desempenho das atribuições, afastamento do cargo, que inclusive deixa de titular, etc.) que é de ser considerado como integrante de *outra* categoria, a dos inativos, que não aquela por ele integrada quando em atividade (cf. s/as modificações operadas pela aposentadoria, ALMIRO DO COUTO E SILVA, "Atos de Direito Administrativo Praticados Por Particulares e Direitos Formativos", "in" Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do RGS, vol.9, págs. 27-8.

17. Nem se alegue, de outra parte, a existência de direito adquirido à equiparação, pois, como se sabe, os direitos adquiridos - e já é muito discutível, tendo em vista a natureza estatutária da relação de função pública, que se adquira direito a equiparações de remuneração - os direitos adquiridos não podem subsistir contra a Constituição, que corta, cerce, tudo o que contra ela se põe.

b.c.) Da divergência com a súmula 38 do STF

18. Mas não só. Como já se disse, decidindo como decidiu, o aresto recorrido entrou em "manifesta divergência" com a Súmula 38 do STF, pois, à míngua de lei estendeu aos Recorridos, inativos, o Plano de Classificação de Cargos da Rede Ferroviária Federal S/A, que, à toda evidência, trata-se de reclassificação - e não simples "redenominação" - de cargos tanto que o acesso a ele *dependia de testes seletivos e nem todos os servidores nele foram reenquadrados*, conforme se pode verificar nos autos.

19. Caracterizada, pois, mais esta hipótese de exclusão da admissibilidade do apelo extremo (RISTF, artigo 325).

b.d.) Da negativa de vigência ao artigo 282, III e IV, do CPC

20. O aresto recorrido rejeitou as preliminares de falta de requisitos da inicial, entendendo-a não-inepta (a preliminar, no entanto, não era de inépcia!), mas clara e bem deduzida.

21. "Data venia", assim fazendo negou vigência ao artigo 282, III, do CPC, visto como na peça de abertura não se indicaram com precisão os fatos fundantes da demanda.

22. Com efeito, inobstante fazendo referência à vantagem do artigo 189 da Lei n.º 2.061/53, que e direito à diferença entre os estímulos da atividade e a aposentadoria previdenciária, a inicial não indicava os valores da remuneração-paradigma e dos benefícios previdenciários, que, como é óbvio, se constituem *atos fundantes da demanda* (porque só se houvesse diferença haveria o direito) e, como tais, não poderiam ter sua alegação e prova relegados para a liquidação.

Note-se: a remuneração — paradigma é fixada por ato da RFFSA, que, é óbvio, o Recorrente não tem obrigação de conhecer!

23. Assim, como se vê, parece claro que a inicial não reunia os requisitos do artigo 282, III, do CPC, impossibilitando ao Estado, ora Recorrente, a boa formulação da defesa, pelo que, se não houvesse de decidir o mérito a favor do Recorrente, impunha-se a decretação da nulidade do processo, determinando-se a complementação e, após, a reabertura do prazo para a contestação (cf. artigo 284, CPC).

b.c.a) Da relevância da questão federal

24. A precisão na exposição dos fatos, imposta pelo artigo 282, do Código de Processo Civil, é questão de suma relevância, pois diz com a própria garantia constitucional do contraditório no processo.

25. Como admitir-se uma inicial que não fornece a outra parte os elementos suficientes para bem deduzir sua defesa? Que não lhe permite pronunciar-se concretamente sobre o pedido porque, pedindo diferença, sequer indica os termos de que a diferença deva extrair-se? E, repita-se sempre tais termos ... *não são fixados pelo Recorrente!*

26. Assim, o Recorrente argui a relevância da matéria nos termos e para os efeitos dos artigos 325 e 328 do RISTF, pois, no ponto, o recurso encontraria o óbice do inciso IV, "d", daquele primeiro dispositivo regimental.

c) Do cabimento pela letra "c"

27. O venerando aresto recorrido, conforme foi demonstrado acima, deu ao Acordo de Reversão União-Estado-Rede uma interpretação que o põe em conflito com a Constituição Federal, pois, segundo a exegese do acórdão, mediante o Ajuste, o Estado teria (a) admitido a existência de vantagens de funcionários seus cujo "quantum" não houvesse de ser fixado em lei e (b) delegado à Rede Ferroviária Federal S/A sua competência privativa para fixar aquele "quantum".

28. Ora, se se entender que o Acordo deve ser interpretado assim (o Recorrente, "data venia", tendo em vista o princípio de que a interpretação não deve conduzir à inconstitucionalidade, entende que não, que o Ajuste deve ser interpretado como criador de direitos e obrigações apenas *entre as partes convenientes*), então é certo que se trata ele de "ato de governo local contestado em face da Constituição" (o Estado não poderia admitir vantagens cujo "quantum" não houvesse de ser fixado em lei estadual, nem delegar poderes para fixar aquele "quantum"), pelo que, tendo julgado-o válido, o

venerando aresto é passível de recurso extraordinário também pela letra "c" do permissivo constitucional.

29. De outra parte o cabimento do recurso por essa alínea tem também suporte no fato de ter se aplicado; julgando-a válida, a Lei estadual n.º 3.096/56, que equipara os proventos da inatividade à remuneração da atividade, contestada em face do parágrafo único do artigo 98 da Constituição Federal, que veda "vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público".

d) Do cabimento pela letra "d"

30. Mas, cabível pelas letras "a" e "c", o apelo extraordinário tem cabimento também pela alínea "d" do inciso III do artigo 119 da Constituição Federal.

31. Com efeito, ao aplicar o artigo 1.º da Lei n.º 3.096/56, entendendo subsistente a equiparação ali consubstanciada, o aresto recorrido divergiu, de modo flagrante, da jurisprudência dos demais tribunais do País, especialmente o Supremo Tribunal Federal, que, em virtude do parágrafo único do artigo 98 da Carta Federal, não a admite.

32. Eis, com efeito, as decisões:

"Toda a questão se resume em saber se continua em vigor o preceito do artigo 1.º da Lei estadual n.º 2.474, de 3 de novembro de 1961, assim concebido: 'A revisão dos proventos aposentados do Estado de Minas Gerais se processa pela presente lei, ficando permanentemente equiparados e igualados aos da atividade do cargo ou função correspondente ao em que se deu a aposentadoria' (grifo do acórdão). / (...) Assim, tenho que nada impede ao Estado de Minas Gerais aumentar, por lei especial ou geral, os proventos dos inativos, na mesma proporção dos vencimentos dos servidores em atividade, porém, não aceito a subsistência de uma equiparação automática e permanente por lei ordinária incompatível com os preceitos constitucionais federais, quando o texto constitucional estadual, por conter o mesmo princípio, foi declarado insubsistente, por inconstitucional." (RE 78.429, MG, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA, "in" R. T.J. 81/783 5).

E, no mesmo sentido, o RE 67.175, ES, (R.T.J. 70/365), RE 79.694, ES (R.T.J. 75/853), A Rp 861, MG (R.T.J. 63/592), a Rp 754, GB (R.T.J. 50/218), a Rp 755, RJ (R.T.J. 52/501) e muitos outros.

33. Assim, como se vê, está manifestamente comprovado o dissídio: enquanto as decisões suprarreferidas repelem equiparação do tipo da consubstanciada na Lei n.º 3.096/56 (de inativos e ativos), o aresto recorrido considera válida a equiparação, aplicando a lei local.

d.a.) Da relevância da questão federal

34. O tema da equiparação de remuneração no serviço público tem, indiscutivelmente, grande relevância, que, como é evidente, transcende os lindes da presente demanda e qualifica-se como suficiente para fundar o recurso extraordinário.

35. A inovação, certa ou errada, introduzida pela Constituição de 1967 (artigo 96) e reiterada na Emenda n.º 1/69 (artigo 98, parágrafo único) tem gravíssima repercussão, e, não se pode afastá-la sem negar um dos princípios básicos do direito administrativo vigente. Pretende-se que, em qualquer remuneração que defira, o legislador não se veja surpreendido com o deferimento de uma outra, a equiparada, que não quis outorgar.

36. Daí, pois, a relevância da questão federal, que, também neste ponto, é argüida pelo Recorrente nos termos e para os efeitos dos artigos 325 e 328 do RISTF, pois, aqui, também, para seu conhecimento pela alínea "d", o recurso encontraria o óbice regimental referido.

37. Desta forma, como se vê, exuberantemente demonstrados estão os pressupostos de admissibilidade do recurso extremo (CF, artigo 119, III, "a", "c", "d", e RISTF artigo 325, "caput", e artigo 328).

ISTO POSTO REQUER se digne Vossa Excelência ADMITIR o presente recurso, abrindo-se vista às partes para as razões, e DETERMINAR O PROCESSAMENTO DA ARGÜIÇÃO DA RELEVÂNCIA, na forma e para os efeitos dos artigos 325, "caput", e 328 do RISTF, havendo por bem o Egrégio Tribunal Federal conhecê-lo e dar-lhe provimento para o efeito de julgar a ação integralmente improcedente com as cominações legais.

REQUER, outrossim, o traslado para o instrumento das seguintes peças:

1. Inicial, fls. 2-28.
2. Contestação, fls. 266-272.
3. Agravo retido, fls. 592-95.
4. Sentença primeiro grau, fls. 1.186-1.201.
5. Apelação, fls. 1.213-1.228.
6. Relatório, fls. 1.264-66.
7. Acórdão recorrido, fls. 1.271-1.289.
8. Certidão da publicação do acórdão recorrido, fls. 1 290.
9. Petição de emb. decl., fls. 1.291-1.293.
10. Ac. emb. decl., fls. 1.297-99.
11. Certidão publ. ac. emb. decl., fls. 1.300.
12. Petição recurso extraordinário.

Nestes termos pede deferimento.

PORTO ALEGRE, 25 de agosto de 1982.
CAIO MARTINS LEAL
PROCURADOR DO ESTADO

RAZÕES DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º
 RECORRENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
 RECORRIDOS: N.R.F. e OUTROS

OBJETO: RAZÕES DO RECURSO

Pelo Recorrente
 ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EGRÉGIA TURMA:

1. Trata-se no presente feito - um entre *multíssimos*, de repercussão ainda inavaliável de todo — de ação em que os Autores, ora Recorridos, funcionários públicos estaduais ferroviários apanhados pela inativação previdenciária quando se encontravam cedidos à Rede Ferroviária Federal S/A, a revisão dos proventos de suas aposentadorias mediante (a) sua integração no Plano de Classificação de Cargos adotado pela Rede Ferroviária Federal S/A através da Resolução da Diretoria 71 /76 daquela Sociedade (inicial, inciso II, "a", fls. 12 a 24), (b) a incorporação aos proventos de alguns autores de funções gratificadas e cargos em comissão que teriam exercido na RFFSA (inicial, inciso II, "b", fls. 24-5) e, por fim, (c) cálculo e pagamento de suas gratificações adicionais de 15 e 25% com base na remuneração, maior, por eles percebida da Rede quando ali se encontravam em atividade e não nos vencimentos e vantagens, menores, a que faziam jus do Estado segundo a lei estadual às datas de suas aposentações.

Invocam, em suma, o Acordo de Reversão União-Estado-Rede e, principalmente, a Lei estadual n.º 3.096/56, que prevê a equiparação dos proventos da inatividade à remuneração da atividade.

2. O Estado, ora Recorrente, contestou a demanda, alegando, em suma (a) que, preliminarmente, a inicial merecia completada, eis que nela não se expunham com clareza os fatos fundantes da demanda ("causa petendi") impossibilitando uma boa defesa, (b) que os Autores nunca teriam feito jus à vantagem do artigo 189 da Lei n.º 2.061/53, visto como os estípendios (vencimentos e vantagens) a ele deferidos pela Lei estadual das épocas das inativações eram inferiores aos valores das aposentadorias previdenciárias, (c) que o Acordo de Reversão não atribuía aos funcionários estaduais cedidos (como eram os Autores) direito contra o Estado a que a vantagem do artigo 189 da Lei n.º 2.061/53 fosse calculada tomando por base a remuneração maior, fixada e paga pela Rede e não os estípendios, menores, previstos na lei estadual, (d) que, ademais, se assim tivesse disposto o Ajuste, seria ele *inconstitucional*, como tal devendo ser declarado, pois, então, o Estado não mais teria feito que, por ele, delegar à Rede sua competência privativa — *exercível*, de resto, *mediante lei* — de fixar o quanto das vantagens pecuniárias de seus funcionários, (e) que a equiparação consagrada pela Lei n.º 3.096/56 (de inativos e ativos), invocada pelos Autores, não mais podia subsistir em face do parágrafo único do artigo 98 da Constituição Federal vigente, repetição, aliás, do artigo 96 da Carta de 1967, e, por fim, (f) que, quando tudo o mais não fosse, sendo os Autores inativos, a reclassificação do Plano de Classificação de Cargos (da Rede!) a

eles não se dirigia, pelo que a pretensão encontraria óbice inclusive na Súmula 38 do STF (cf. contestação, fls.).

Restou incontroverso nos autos que as vantagens a que os Autores faziam jus do Estado, segundo a legislação estadual das datas das inativações (note-se não da época do Acordo de Reversão, que previa vantagens *menores*), eram inferiores aos valores de suas aposentadorias previdenciárias.

3. Julgada procedente a demanda (fls. 1186 1201), o Estado apelou, pleiteando a nulidade do processo (fls. 1215 a 1217) ou a improcedência da ação (fls. 1218 a 1228).

4. O venerando aresto recorrido, rejeitando as preliminares de nulidade, negou provimento à apelação (fls. 1271 a 1289), rejeitando-se, outrossim, embargos de declaração opostos para fins das Súmulas 282 e 356 do STF (Cf. emb. decl., fls. 1291 a 1292, e ac. emb. decl., fls. 1297-9)

5. "Data venia", no entanto, tendo o aresto (a) dado ao Acordo da Reversão uma interpretação que o põe em conflito com a Constituição Federal, mais especialmente com as regras que vedam a delegação de poderes e estabelecem deva o "quantum" das vantagens pecuniárias dos funcionários (no caso a diferença a que alude o artigo 189 da Lei n.º 2.061 /53) ser previsto em lei da entidade a que pertencem (CF, artigo 6º, parágrafo único, e 65), (b) admitido equiparação de proventos da inatividade à remuneração da atividade, o que é vedado pelo parágrafo único do artigo 98 da Constituição Federal, (c) negado vigência a vários dispositivos da lei processual civil (d) dado por válidos atos do governo, local (Acordo de Reversão e Lei n.º 3.096/56) contestados face à Carta Federal, (e) divergido da Súmula 38 do STF e (f) dissentido da interpretação de tais temas, da orientação de outros tribunais do País, especialmente o Supremo Tribunal Federal, o Recorrente interpôs o presente Recurso extraordinário com base nas alíneas "a", "c" e "d" do inciso III do artigo 119 da Constituição Federal.

6. O recurso, interposto contra o aresto com fulcro nas alíneas "a", "c" e "d" do inciso III do artigo 119 da Constituição Federal (fls. 178-93), foi admitido apenas pela letra "c" (cf. despacho, item III, fls. 1368), o que, no entanto, não impede seu conhecimento pelas demais hipóteses em que se fundou (Súmula 292).

7. Para não alongar demasiadamente estas razões, e tendo em vista que a matéria foi exaustivamente examinada na petição de recurso extraordinário (fls. 1.301-23), permite-se o Recorrente aqui apenas desenvolver alguns pontos relevantes do apelo, cuja altíssima significação, no entanto, faz-se questão de deixar bem ressaltada.

É que, tendo a Rede concedido substancial aumento de salários aos seus empregados, a que, como é óbvio, *não anuiu o Estado*, existem atualmente centenas (!) de ações semelhantes em juízo (v. c., algumas, cópias anexas), com gravíssima e desnortante repercussão para o erário estadual.

E, desde que nele se entenda de enfrentar o ponto, o presente recurso pode inclusive constituir-se em "leading case" acerca da posição que aqui se sustenta deva

colocar-se o Estado no Acordo de Reversão.

(a) *Impossibilidade de reconhecer-se o Acordo de Reversão como outorgativo aos funcionários estaduais cedidos, contra o Estado, de vantagens funcionais cujo "quantum" seja fixado não em lei estadual. Indelegabilidade da competência do Estado de fixar, por lei, aquele "quantum" (Cf. artigo 6.º, parágrafo único, comb. c/artigo 65 e 13, I e V).*

8. Pretendem os Autores, como se disse, e isso foi deferido pelo acórdão recorrido, que a vantagem aludida no artigo 189 da Lei n.º 2.061/53 lhe seja paga pelo Recorrente com base na remuneração maior, fixada e paga pela Rede Ferroviária Federal S/A aos seus empregados (e inclusive ao Autor quando em atividade) e não nos estipêndios, menores, que lhe são deferidos pela lei estadual.

9. Arrimam-se, para tanto, no Acordo de Reversão União-Estado-Rede (fls. 25-41).

10. "Data venia", assim não pode ser. O Acordo referido não prevê obrigação do Estado perante os servidores de assim fazê-lo; e, se previsse, seria *inconstitucional*, pois, então, por ele, ter-se-ia delegado à Rede ou à União a competência, *privativa e indelegável* (Cf. artigo 6º; parág. ún., e artigo 65 comb. c/artigo 13, I e V), de fixar o "quantum" das vantagens pecuniárias de funcionários estaduais. A quantia a mais (= superior ao padrão do Estado), não prevista na lei estadual, seria por uma ou outra fixada.

Na verdade, parece evidente que, se "A" (Estado-membro) responde perante "B" (funcionário estadual) por uma vantagem pecuniária cujo "quantum" é calculado com base em remuneração fixada por "C" (outro que não "A"), quem de fato fixa aquele "quantum" é... "C". Isso, no entanto, no nosso sistema constitucional, é simplesmente... *impossível(!)*, porque, vedada a delegação (Cf. artigo 6º, parágrafo ún.), o quanto das vantagens pecuniárias dos funcionários deve ser fixado em lei da entidade a que pertencem (Cf. artigo 65 comb. c/artigo 13, I e V).

11. Não colhem, de outra parte, para afastar a delegação, os argumentos (a) de que o Acordo de Reversão teria força de lei em virtude de ter sido aprovado pela Assembleia Legislativa, (b) de que o Estado poderia ressarcir-se da União do que houvesse de pagar além do padrão estadual (cf. Acordo, cl. 11ª, § 3.º) e (c) de que à Rede incumbiria apenas a "realização dos cálculos das diferenças de proventos" (cf. despacho, fls. 155).

Quanto a (a) porque, ainda se reconhecendo força de lei ao Acordo, o que é discutibilíssimo, nem a lei e, diga-se melhor, sequer norma constitucional estadual, que deve também adequar-se ao regramento federal, poderia dispor, como se entendeu, tenha feito o Acordo, ou seja, consagrar a fixação do quanto de vantagens de funcionários estaduais por outra forma que não a... lei estadual.

Quanto a (b) porque o que importa na caracterização da delegação é que o Estado responda (= esteja obrigado) perante o funcionário pelo pagamento, pois, então, independente de qualquer ressarcimento (= haja ou não ressarcimento), o servidor poderá exigir-lo, o que, aliás, foi expressamente deferido pelo acórdão recorrido. Pode-

ria o Estado, desde que nele se previsse o ressarcimento, celebrar convênio mediante o qual os vencimentos de seus médicos deveriam ser iguais aos salários dos médicos do Hospital Nossa Senhora da Conceição, empresa privada? Poderiam os médicos-funcionários exigir do Estado vencimentos naquela base, invocando o convênio e o direito de reembolso? Evidentemente, não! A hipótese, no entanto, é a mesma (note-se: a RFFSA é inclusive... empresa privada!).

Quanto a (c) porque a fixação (*inconstitucional*) do quanto da vantagem ocorre com a atribuição pela Rede ou de remuneração a seus servidores, pois é a esta remuneração que se entende (*inconstitucionalmente!*) deva o Estado sujeitar-se no pagamento da vantagem aos seus funcionários. Fixada a remuneração dos empregados da Rede (ato da Rede!), fixado estará o quanto da vantagem dos funcionários estaduais contra o Estado! Ninguém sustentou, "data venia" — e isso seria até primário — que a fixação vedada ocorresse com a... "realização dos cálculos pela Rede".

12. Certo, é possível extrair do Acordo tenham os servidores cedidos vantagens maiores que as previstas na legislação estadual, desde que deferidas pela Rede ou União (cf. Acordo de Reversão, cláusula 11ª, § 2.º, comb. c/cl. 6ª e 8ª). Mas — e aqui o ponto fundamental — tais vantagens só podem ser exigidas... *de quem as outorgou!*

13. Poder-se-ia invocar, no entanto, a cláusula 11ª do Acordo, segundo a qual ao Estado incumbirá o pagamento dos encargos da inatividade (cl. 11.ª) "caput"), reembolsando-se da União das importâncias de responsabilidade dessa (cl. 11.ª, § 3.º).

Como interpretar a cláusula? Seria ela *inconstitucional*? Não, mas não porque a única interpretação a se lhe dar, para salvá-la da *inconstitucionalidade*, é a de que a obrigação aí criada é perante a União e não perante os servidores, que, esses, repita-se sempre, por disposição constitucional, só podem adquirir contra o Estado vantagens cujo quanto esteja fixado em lei estadual. Onde, pois, a consequência: só a União, com base no Acordo, pode exigir do Estado tal pagamento (= pagamento de importâncias que, por não previstas na lei estadual, a ela, União, competem), da mesma forma que, para efetuar-lo, dela o Estado pode — e deve — pretender a consignação no orçamento da dotação orçamentária necessária (Acordo, cl. 11ª, §3º, "in fine").

14. Assim, não se sustenta a *inconstitucionalidade do Acordo de Reversão*! Mas não se sustenta exatamente porque se entende que ele é fonte de direitos e obrigações apenas para e entre as partes convenientes (União, Estado e Rede) e, como tal, ... não cria direito para os servidores a haver do Estado vantagens cujo quanto não esteja fixado em lei estadual. Se tal tivesse feito, a *inconstitucionalidade* resumiria, fosse ele simples tratado, lei ou, como se disse, inclusive norma constitucional estadual.

O Recorrente não nega possa pagar — e como tem pago! — aos ferroviários diferença de proventos superiores à resultante da aplicação dos padrões estaduais. Poderá fazê-lo, uma vez que isso decorra de legislação federal ou de ato de Rede aumentando os salários, pois a tanto se obrigou mediante o Acordo (cf. cl. 11ª, "caput"). Ao fazê-lo, no entanto, o faz — e aqui o ponto fundamental — como obrigado perante a União e não perante os servidores. Em duas palavras: esses não têm direito de exigir-lhe tal pagamento.

15. Na verdade, sobre *inconstitucional* e violador dos mais elementares princípi-

os de contabilidade pública, que se informam na estimação da receita e previsão da despesa em lei orçamentária anual, o entendimento adotado pelo aresto recorrido tem, como se disse, no caso, gravíssima e desnorteante consequência para o erário estadual, que vê seu orçamento "inflado" de inopino por uma despesa altíssima e de repercussão ainda inavaliável de todo (a cada dia ajuízam-se ações semelhantes), despesa, no entanto, isto é o grave, não prevista em lei e, como tal, não ponderada pelos órgãos estaduais competentes para, em função da receita estimada, distribuir equitativamente os gastos do Estado.

Mas, não só. O entendimento gera situações de flagrante injustiça. Principalmente para os funcionários não-cedidos ou devolvidos (o Acordo prevê também a devolução, cf. cl. 5.^a e 9.^a, § 3.^o), que prestando serviço no e para o Estado (serviço estadual "stricto sensu"), e com as mesmas qualificações funcionais dos cedidos, vêm-se colocadas face ao Estado em posição pecuniária inferior (= sem os direitos, contra o Estado, que os cedidos têm), aquinhoados que foram aqueles, sem lei (!), sem — ponderação orçamentária (!), sem aferição das possibilidades do erário estadual (!), por uma remuneração fixada por outrem e, como é óbvio, em função das disponibilidades do orçamento... desse outrem(!).

Mas, também não apenas isso. Adotando-se o entendimento do venerando aresto recorrido, e submetida que está a RFFSA à correção semestral de salários, o Estado a ela também ficaria submetido no que tange a seus funcionários — repita-se: funcionários, sequer servidores celetistas! — ferroviários, o que é expressamente excluído pela Lei nº 6.708/79 (artigo 20) e, de resto, tratando-se de funcionário "stricto sensu" (estatutário), nem poderia deixar de ser, pois refoge competência à União para legislar sobre vantagens de funcionários outros que não os seus.

16. Que fez, no entanto, o acórdão recorrido?

A rigor não só determinou que as vantagens dos Autores (gratificações adicionais, etc.) fossem calculadas com base na remuneração fixada e paga pela RFFSA aos seus empregados (!?) como condenou o Estado a reenquadrá-los no Quadro de Pessoal... daquela empresa!! (sic).

Mas, então, resta a pergunta: tendo editado a Lei n.º 7.412, de 1º de junho de 1981 (fls. 1229-30), específica de reenquadramento dos funcionários ferroviários estaduais, a que norma o Estado deve obedecer? À sua? Pelo acórdão, não, mas, isto sim, à emergente da... Diretoria da RFFSA, que editou o PCC(!?).

"Data venia", parece ao Apelante, a Federação não se deteriorou tanto, a ponto de tornar possível submeter um Estado-membro (será que o acórdão como tal ainda considera o Estado do Rio Grande do Sul?), no pagamento de vantagens de seus funcionários, a deliberações de ... empresas privadas!

17. Porém, quando isso não fosse, é evidente a inaplicabilidade do PCC aos Autores, inativos quando de seu advento.

Em primeiro porque, nos termos da Súmula 38 do Supremo Tribunal Federal, "reclassificação posterior à aposentadoria não aproveita ao servidor aposentado".

Em segundo porque, de fato, o Plano de Classificação de Cargos da RFFSA não se dirigia aos inativos, pois o acesso a ele dependia inclusive de testes seletivos, que, por razões óbvias, não poderiam ser prestados pelos inativos. O laudo de fls., conforme se

pode verificar, reconheceu explicitamente que o acesso ao PCC dava-se por via de testes seletivos. Ora, se assim foi, é óbvio que, ao contrário do afirmado, não importou ele em extinção automática do Quadro anterior, PSCC. Onde ficariam e ficaram os reprovados nos testes? Evidente: nos cargos que ocupavam no PSCC!

18. Por fim, quanto ao Parecer nº 4.421, tão esgrimido pelos Recorridos na impugnação (fls. 1.945-6), em nada ele se opõe às teses sustentadas no presente apelo. O Estado nunca afirmou que os ferroviários não tenham direito a que se calcule a diferença de proventos com base na remuneração da RFFSA. O que se afirmou, e se sustenta, é que, se e na medida em que essa remuneração excede os padrões estaduais, ela deve ser exigida da Rede ou da União, conforme o caso, em ... ação direta, pois não há como possa surgir contra ele, Estado, direito a uma vantagem pecuniária não fixada em lei estadual. O Estado pode, sim, se entender conveniente e possível, pagar além do padrão estadual (dai a afirmação do Parecer). Mas — repita-se sempre — ao fazê-lo o faz como obrigado perante a União e não perante os servidores, que, esses, remarque-se também, só podem adquirir vantagens contra o Estado cujo quanto esteja fixado (= quantificado em cruzeiros) em lei estadual. Em suma: não há ação dos funcionários contra o Estado para haver tais vantagens, embora possa haver, é óbvio, contra a RFFSA ou a União.

19. Assim, como se vê, não pode subsistir o entendimento do venerando acórdão, cumprindo seja julgada improcedente a demanda.

b) Violação do artigo 98, parágrafo único, da Constituição Federal

20. O venerando acórdão recorrido, para deferir o pedido dos AA., aplicou o artigo 1º da Lei nº 3.096/56 (Lei Peracchi), que assim dispõe (ou, segundo a colocação do Recorrente, dispunha), "verbis":

"Os servidores civis e militares do Estado, quando em inatividade, por aposentadoria, reserva ou reforma, perceberão, sempre, proventos iguais aos vencimentos que, em qualquer época, venham a perceber os servidores em atividade, da mesma categoria, posto ou graduação, respaldada a proporcionalidade do tempo de serviço."

21. Ora, ao assim fazer, parece claro que o aresto violou o artigo 98, parágrafo único, da Carta Constitucional vigente, pois admitiu equiparação vedada por aquele dispositivo, que, aliás, é repetição do artigo 96 da Constituição de 1967.

22. Na verdade, o que passou a exigir-se a partir de 1967 é que, no tocante à remuneração, para cada categoria de pessoal do serviço público haja provimento legislativo específico, evitando-se repercussões não visadas e forçando-se o legislador a deter-se no exame das remunerações que defere.

Ora, é inegável que, inobstante não se desvincule do serviço público, o servidor que se aposenta sofre uma tal modificação na sua relação com a Administração (v. g.: cessação dos deveres de comparecimento ao serviço e desempenho das atribuições, afastamento do cargo, que inclusive deixa de titular, etc.) que é de ser considerado

como integrante de outra categoria, a dos inativos, que não aquela por ele integrada quando em atividade (cf. s/as modificações operadas pela aposentadoria, ALMIRO DO COUTO E SILVA, "Atos de Direito Administrativo Praticados Por Particulares e Direitos Formativos", "in" Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do RGS, Vol.9, págs. 27-8).

23. Nem se alegue, de outra parte, a existência de direito adquirido a equiparação, pois, como sabe, os direitos adquiridos — e já é muito discutível, tendo em vista a natureza estatutária da relação de função pública, que se adquira direito a equiparações de remuneração — os direitos adquiridos não podem subsistir contra a Constituição, que corta, cerce, tudo o que contra ela se põe.

c) Da divergência com a súmula 38 do STF

24. Mas não só. Como já se disse, decidindo como decidiu, o aresto recorrido entrou em "manifesta divergência" com a Súmula 38 do STF, pois, à míngua de lei, estendeu aos Recorridos, inativos, o Plano de Classificação de Cargos da Rede Ferroviária Federal S/A, que, a toda evidência, trata-se de reclassificação — e não simples "redenominação" — de cargos tanto que o acesso a ele *dependia de testes seletivos e nem todos os servidores nele foram reequadrados*, conforme se pode verificar nos autos.

d) Da negativa de vigência ao artigo 282, III e IV, do CPC

25. O aresto recorrido rejeitou as preliminares de falta de requisitos da inicial, entendendo-a não-inepta (a preliminar, no entanto, não era de ineptia!, mas clara e bem deduzida).

26. "Data venia", assim fazendo negou vigência ao artigo 282, III, do CPC, visto como na peça de abertura não se indicaram com precisão os fatos fundantes da demanda.

27. Com efeito, inobstante fazendo referência à vantagem do artigo 189 da Lei n.º 2.061/53, que é direito à diferença entre os estipêndios da atividade e a aposentadoria previdenciária, a inicial não indicava os valores da remuneração-paradigma e dos benefícios previdenciários, que, como é óbvio, se constituem *fatos fundantes da demanda* (porque só se houvesse diferença haveria o direito) e, como tais, não poderiam ter sua alegação e prova relegados para a liquidação.

Note-se: a remuneração-paradigma é fixada por ato da RFFSA, que, é óbvio, o Recorrente não tem obrigação de conhecer!

28. Assim, como se vê, parece claro que a inicial não reunia os requisitos do artigo 282, III, do CPC, impossibilitando ao Estado, ora Recorrente, a boa formulação da defesa, pelo que, se não houvesse de decidir o mérito a favor do Recorrente, impunha-se a decretação da nulidade do processo, determinando se a complementação e, após, a reabertura do prazo para a contestação (cf. artigo 284, CPC).

ISTO POSTO, ESPERA o Recorrente haja por bem essa Egrégia Turma CO-

NHECER e PROVER o recurso extraordinário para julgar integralmente improcedente a demanda com as cominações legais, ou, se assim não entender, acolhendo as preliminares, decretar a nulidade do processo, fazendo-se então a aguardada JUSTIÇA!

PORTO ALEGRE, 6 de dezembro de 1982. (segunda feira)

CAIO MARTINS LEAL
PROCURADOR DO ESTADO

12.12.83 PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 99.976-1 -
RIO GRANDE DO SUL

RECORRENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDOS: N. R. F E OUTROS

EMENTA: — Funcionários públicos estaduais cedidos à RFFSA. Pretensão à aposentadoria com as vantagens dos servidores da Rede Ferroviária, inclusive com idênticos reajustes, incidindo sobre o total as gratificações adicionais. Ação julgada procedente nas instâncias ordinárias. Ofensa aos artigos 6º, parágrafo único, e 98, parágrafo único, da CF. Recurso extraordinário conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Brasília, 12 de dezembro de 1983.

SOARES MUÑOZ - PRESIDENTE E RELATOR

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 99.976-1 -
RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: O SENHOR MINISTRO SOARES MUÑOZ
RECORRENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDOS: N.R.F. E OUTROS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SOARES MUÑOZ: - O recurso extraordinário foi admitido pelo ilustre Desembargador Paulo Boeckel Veloso, em despacho que expõe a espécie:

"I. N.R.F. e OUTROS, ajuizaram ação contra o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pretendendo revisão de proventos de sua inatividade, como funcionários inativos que trabalhavam na RFFSA, cedidos que foram pela VITER à União.

O juiz de 1º grau julgou procedente a ação em parte. Apelaram ambas as partes. A 4ª Câmara Cível negou provimento a ambas as apelações confirmando a sentença em regime de reexame necessário. O acórdão de fls. 1271/1289 vem precedido da seguinte ementa:

"Ferroviários. Vantagens na inatividade. Têm direito à gratificação adicional calculada sobre os vencimentos efetivamente recebidos. Também a reajustes de seus proventos na forma da Lei estadual nº 3.096/56. Ainda a que seus proventos sejam pagos segundo os padrões e níveis nos termos do Plano de Classificação de Cargos da REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A. Precedentes jurisprudenciais. Demanda julgada procedente. Sentença confirmada".

Opostos embargos declaratórios pelo Estado do Rio Grande do Sul (1291/1293) foram estes, à unanimidade, rejeitados. Consta do acórdão a seguinte ementa:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

Questões expressa ou implicitamente analisadas no acórdão. Caráter infringente do julgado. Embargos rejeitados" (fls. 1297).

Ainda inconformado recorre extraordinariamente o Estado do Rio Grande do Sul com fundamento no art. 119, III, letras "a", "c", e "d" da CF. Sustenta que o acórdão, quando determina deva ser calculada a vantagem do art. 189, da Lei n.º 2061/53, com base na remuneração paga pela Rede Ferroviária Federal S/A aos seus empregados, violou os princípios dos arts. 6º, § único (indelegabilidade de funções) e 65 (exclusiva competência do Executivo da iniciativa de leis que fixem vencimentos dos servidores públicos), da CF, aplicáveis aos Estados por força do art. 13, I e V da mesma Constituição, infringiu o art. 98, § único da Carta Magna quando aplicou, em favor dos recorridos, a Lei n.º 3096/56 (Lei Peracchi), negou vigência ao art. 282, III e IV do Código de Processo Civil, quando teve por não inepta a inicial, julgou válidos atos do Governo local contestados em face da Constituição da República, quais sejam o Acordo de Revisão e a Lei n.º 3096/56 em confronto com o art. 98, § único da Carta Federativa, divergiu da Súmula n.º 38, do STF e de acórdãos da Suprema Corte, que cita. Argui a relevância da questão federal (fls. 1301/1323). O recurso foi impugnado (fls. 1345/1357). Emitiu parecer o Procurador-Geral da Justiça opinando pela admissão do RE (fls. 1361/1364).

II. a) pela letra "a":

No que refere aos arts. 6º, § único, 65 e 98, § único da CF o acórdão recorrido, ao decidir o fez com base em precedentes jurisprudenciais. Desta forma aplicável, à espécie, a Súmula 400 do STF, eis que a decisão encontra-se, no mínimo, dentro da faixa da razoabilidade.

Quanto à infringência no art. 282, III e IV do CPC é bem de ver que inexistente. O

aresto fez exata aplicação da lei processual, calcado no que dispõe o art. 286 do referido Código.

b) pela letra "d":

Diz a Súmula n.º 38 do STF:

"Reclassificação posterior à aposentadoria não aproveita ao servidor aposentado".

O caso dos autos é distinto do que refere a Súmula, vez que o acórdão, com base na prova pericial, entendeu que o que houve foi "redenominação" de cargos e não "reclassificação". Diversas, pois, as situações. Inaplicável, desta forma, a Súmula referida.

c) No que respeita ao cabimento do recurso pela letra "c" do permissivo constitucional o Estado, em momento algum, contesta a validade do ato do Governo local de firmar ou aprovar o termo de Revisão face a norma da Constituição da República. No entanto arguiu a invalidade da Lei n.º 3096/56 face à norma contida no art. 98, § único da CF. Por este fundamento torna-se necessário o seguimento do RE.

III. Isto posto, ADMITO o RE com fundamento no art. 119, III, letra "c" da CF", (fls. 1.365 a 1.368)

O parecer da ilustre Procuradora Dra. Anadyr de Mendonça Rodrigues, aprovado pelo nobre Subprocurador-Geral Dr. Mauro Leite Soares, é no sentido de que o recurso extraordinário merece conhecimento do provimento, "in verbis":

"O Recurso Extraordinário é interposto com fundamento nas alíneas a, c e d do permissivo constitucional, fazendo alegação de ofensa aos artigos 6º, parágrafo único, 65 e 98, parágrafo único, da Constituição e 282, III e IV, do Código de Processo Civil, bem como de divergência com a Súmula 38 e os arestos apontados a fls. 1319/1320, além de afirmar que o V. Acórdão recorrido julgou válidos ato e lei do governo local contestados em face da Constituição e de fazer arguição de relevância da questão federal suscitada, esta acolhida (autos apensos).

Esclareça-se que o litígio versa sobre o pleito de funcionários estaduais aposentados que almejam obter, do Estado do Rio Grande do Sul, o pagamento de proventos iguais à remuneração estipulada pela Rede Ferroviária Federal – a favor de quem estavam cedidos, por ocasião da passagem à inatividade – para seus empregados de igual categoria, sob o fundamento de que tal direito lhes foi conferido pelo Acordo de Reversão celebrado entre a União, o Estado e a Rede e aprovado pela chamada "Lei Peracchi" (Lei estadual n.º 3.096, de 1956).

Lembre-se que essa Excelsa Corte já teve ensejo de examinar a constitucionalidade da referida "Lei Peracchi", mas à luz do art. 102, § 2º, da Carta Magna, e das Súmulas 38 e 359, em caso no qual impunha-se a pretensão de funcionários inativos, os quais almejavam a equiparação de seus proventos à remuneração auferida pelos funcionários em atividade, em cumprimento ao disposto na aludida Lei estadual (RTJ 78/250).

Naquela oportunidade, a Suprema Corte negou-se a reconhecer a mácula constitucional e a discrepância com as Súmulas 38 e 359, fazendo expressa referência, en-

tretanto, à circunstância de que não se estava pronunciando sobre o tema da vulneração ao art. 98, parágrafo único, da Lei Maior:

"Nos termos em que foi interposto o recurso, dele não conheço. O recorrente não ataca a aplicação do art. 1º da denominada 'Lei Peracchi' (Lei estadual 3.096, de 31.12.56) sob o prisma da contrariedade, no caso, à vedação de equiparação ou vinculação (parágrafo único do art. 98 da EC 1/69)".

Ficou, portanto, em aberto a questão da constitucionalidade da Lei estadual em apreço, em face do art. 98, parágrafo único, da Lei Fundamental.

O Supremo Tribunal Federal tem um pensamento assentado de que a Constituição não garante nem veda a igualdade entre proventos e vencimentos, desde que prevista em lei (RTJ 79/661, verbi gratia).

Do mesmo modo, a partir do aresto publicado na RTJ 68/534, em que a questão mereceu mais longas considerações por parte do Ministro Xavier de Albuquerque, ficou explicitado que

"... lei geral de paridade entre revisão de proventos de inativos e aumento de vencimentos de ativos nenhuma pertinência têm, e por isso não a contraria, com a proibição constitucional de vinculações e equiparações, hoje contida no art. 98, parágrafo único, da Constituição". (ibidem, fls. 538)

Tem-se notícia, ainda, da adoção do mesmo entendimento, por ocasião do julgamento estampado na RTJ 81/774 (fls. 786).

In casu, no entanto, não se trata de paridade de proventos de inativos e vencimentos de funcionários ativos: a interpretação conferida pelo V. Acórdão reconduz ao art. 1º da Lei estadual nº 3.096, de 1956, veio a atribuir, a funcionários aposentados, permanente igualdade de seus proventos para com os SALÁRIOS DE EMPREGADOS DA REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A, entidade estranha à órbita estadual. É o que se diz a ementa do aludido aresto, que bem espelha o julgado:

"Ferroviários. Vantagens na inatividade. Têm direito à gratificação adicional calculada sobre os vencimentos efetivamente recebidos. Também a reajustes de seus proventos na forma da Lei estadual nº 3.096/56. Ainda a que seus proventos sejam pagos segundo os padrões e níveis nos termos do Plano de Classificação de Cargos da REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A". (fls. 1271, grifamos)

Ora, conquanto se possa ter como legítimo o estabelecimento, por lei, de permanente equiparação entre proventos de aposentados e vencimentos de funcionários, em respeito à jurisprudência atrás mencionada, o mesmo não se pode dizer, quando tal equiparação é vinculada a parâmetros estranhos à esfera de ação da entidade de direito público à qual pertencem os inativos contemplados com a regra de paridade.

Vale lembrar que um dos fundamentos pelos quais esse Excelso Sodalício che-

gou à conclusão de que não há impedimento constitucional a que o legislador ordinário outorgue, aos aposentados, proventos equivalentes aos vencimentos fixados para os funcionários ativos, quer através da lei que reajusta vencimentos, quer por meio de lei geral que assim preveja, foi a consideração de que o mesmo legislador é livre para, a qualquer momento, revogar tal regra geral, caso assim o exijam as condições do Erário.

Para preservar essa liberdade legislativa é que o Supremo Tribunal Federal entendeu que a regra da paridade entre vencimentos e proventos, embora possa constar de lei ordinária, ofenderá a Carta Magna, caso esteja inserida no texto da Constituição Estadual, porque, então, estará proibindo o legislador estadual ordinário de revogar a paridade, sempre que ela for desaconselhável, dadas as condições do Tesouro local.

Consulte-se, a propósito, a seguinte passagem do voto do Ministro Xavier de Albuquerque, no aresto publicado na RTJ 68/534:

"Em segundo lugar, entendo que a Constituição não manda fazer a revisão dos proventos dos aposentados nas mesmas bases ou proporções em que houverem sido modificados os vencimentos dos ativos, mas, nem por isso impede ou proíbe que o legislador ordinário o faça, seja em cada lei de aumento de vencimentos, seja em lei geral de disciplinação da revisão. O legislador fica livre, atendidas razões políticas de conveniência e oportunidade nas quais se reflete, inclusive, a própria capacidade do Erário para suportar, ou não, a revisão partidária, de dar aos inativos elevação igual a que der, em cada oportunidade de aumento dos ativos, a estes, ou de dá-la em menor proporção. Também fica livre de editar lei geral estabelecendo paridade entre a revisão dos inativos e o aumento dos ativos, porque tal regra ela a poderá revogar a qualquer tempo, se sobre vieram razões políticas que aconselhem a revogação. Exemplo típico dessa segunda hipótese é a L. fed. nº 2.622/65, ainda vigente e sempre observada, até mesmo com a remissão expressa que lhe fazem as leis de aumento do funcionalismo da União, no âmbito federal. Quem não pode editar regra geral dessa índole é o constituinte estadual, por que isso obrigaria o legislador estadual ordinário a conceder, sempre, revisão de proventos e aumento de vencimentos em níveis iguais, quando nem sempre as razões políticas vigorantes o permitiriam". (ibidem, fls. 537, grifamos)

No caso dos autos, é bem verdade que, advindo de lei ordinária a paridade entre proventos de funcionários estaduais aposentados e funcionários ativos e não havendo texto da Constituição Estadual a impedir sua revogação por outra lei ordinária, pode-se, em princípio, tê-la como constitucional, face à orientação pretoriana trazida a colação.

Veja-se, todavia, que inexiste, na particular espécie, o pressuposto em que se fundou essa Excelsa Corte para considerar legítimo o advento da regra geral de paridade: a liberdade de revogação, uma vez necessária segundo os critérios de conveniência e oportunidade e as forças do Erário, avaliados pelo legislador ordinário.

A partir do momento em que os parâmetros utilizados na fixação dos proventos

se situam em esfera estranha à ação da entidade de direito público responsável pelo pagamento dos mesmos proventos, obviamente estará o Tesouro respectivo vulnerável às modificações sofridas no estabelecimento de seu importe, à revelia do legislador ordinário e do Poder Executivo estadual.

Perscrutando-se a mente do constituinte, ao inserir na Lei Fundamental os parágrafos únicos de seus artigos 6º e 98, certamente se divisarão situações como a relatada nestes autos, que diligenciou evitar.

Merece conhecimento o apelo extremo, portanto, visto como foi conferida, a ato e lei do governo local, interpretação contrária aos artigos 6º, parágrafo único, 65 e 98, parágrafo único, da Constituição.

Já a discrepância jurisprudencial argüida não se verifica, porquanto o aresto confrontado (fls. 1319/1320) cogita de hipótese em que houve prévia declaração de inconstitucionalidade do dispositivo atinente da Carta Política estadual, o que não se deu no caso vertente.

Quanto à *quaestio juris* referente a violação do art. 282, III e IV, do C.P.C., não se acha prequestionada, na forma das Súmulas 282 e 356.

O parecer é, por conseguinte, de que o Recurso Extraordinário comporta conhecimento e provimento, para que seja declarada a insubsistência da equiparação dos proventos dos funcionários aposentados com a remuneração auferida por empregados da Rede Ferroviária Federal S.A.". (fls. 1.441 a 1.447)

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SOARES MUÑOZ (RELATOR): A sentença de primeiro grau, mantida pelo acórdão recorrido condenou o Estado do Rio Grande Sul 1.º a pagar aos autores as gratificações adicionais de 15% e 25% a que façam jus, calculado o percentual sobre o valor efetivo de seus vencimentos ao tempo de suas aposentadorias; 2.º a reajustar os proventos de inatividade dos autores à razão de cem por cento dos aumentos que forem concedidos aos ferroviários em atividade; 3.º a pagar aos autores proventos de aposentadoria segundo os padrões e níveis a que têm direito, nos termos do Plano de Classificação de Cargos da RFFSA nos quais deverá enquadrá-los; 4.º a pagar aos autores as verbas já vencidas, não alcançadas pela prescrição quinquenal; e 5.º a pagar as custas processuais e os honorários advocatícios do patrono dos demandantes à razão de cinco por cento do valor da condenação.

Na mencionada condenação se estabeleceu a equiparação dos proventos da inatividade aos vencimentos dos servidores em atividade da RFFSA, segundo os padrões e níveis a que façam jus. A ofensa de tais vinculações ao art. 98, parágrafo único, da Constituição Federal é manifesta. Esse dispositivo, depois de no "caput" do artigo preceituar que os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas, proíbe, no parágrafo único, vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal de serviço público. Tal vedação alcança tanto os vencimentos quanto os proventos, pois a ambos compreende a expressão remuneração do pessoal do serviço público.

Outro não é o sentido da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal

Federal, como se vê do acórdão indicado como paradigma nas razões recursais, proferido no RE 78.429, do qual foi Relator o eminente Ministro Cordeiro Guerra, "in verbis":

"Toda a questão se resume em saber se continua em vigor o preceito do art. 1.º da Lei estadual n.º 3.096/56, de 3 de novembro de 1961, assim concebido: 'A revisão dos proventos aposentados do Estado de Minas Gerais se processa pela presente lei ficando permanentemente equiparados e igualados aos da atividade do cargo ou função correspondente ao em que se deu a aposentadoria' (grifo do acórdão). / (...) Assim, tenho que nada impede ao Estado de Minas Gerais, aumentar, por lei especial ou geral, os proventos dos inativos, na mesma proporção dos vencimentos dos servidores em atividade, porém, não aceito a subsistência de uma equiparação automática e permanente por lei ordinária incompatível com os preceitos constitucionais federais, quando o texto constitucional estadual, por conter o mesmo princípio, foi declarado insubsistente, por inconstitucional" (RE 78.429, MG, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA, "in" RTJ 81/783 5). E no mesmo sentido, o RE 67.175, ES, (RTJ 70/365), RE 79.694 ES (RTJ 75/853), a Rp. 861, MG (RTJ 63/592), a Rp. 754, GB (RTJ 50/218), a Rp. 755 RJ (RTJ 52/501) e muitos outros".

A vinculação em referência também afrontou o art. 6º, parágrafo único, da Constituição Federal, porquanto, por ela, o Estado delegou à RFFSA as atribuições de fixar proventos de servidores públicos estaduais. Noutro precedente semelhante à espécie "sub judice" afastei a vulneração do art. 6º, parágrafo único, diante do fato de que a diferença entre os vencimentos dos funcionários estaduais e os salários dos empregados da Rede Ferroviária será paga pelo Estado, mediante posterior reembolso da União, nos termos do convênio que precedeu o retorno da viação férrea à União. Entretanto, agora, reexaminando a espécie, reformulei o mencionado entendimento, diante do fato de que a delegação não desaparece com a obrigação de reembolso assumida pela União, já que a delegação envolve igualmente a União.

De igual vício padece a obrigação imposta ao Estado de pagar gratificações adicionais sobre proventos superiores aos que são devidos aos servidores estaduais.

Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário e dou-lhe provimento para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência, mantida a percentagem de 5% dos honorários advocatícios que incidirá, no entanto, sobre o valor dado à causa (art. 20, § 4.º, do CPC).

EXTRATO DE ATA 12 - RE 99.976-1 - RS

Rel., Min. Soares Muñoz. Recte.: Estado do Rio Grande do Sul. (Adv. Caio Martins Leal). Recdts.: N.R.F. e outros. (Advs. Pedro Araújo Baptista da Silva, Luiz Carlos Bettiol e outros).

Decisão: Depois do voto do Ministro Relator que conhecia do recurso extraordinário e lhe dava provimento o julgamento foi adiado a pedido do Ministro Néri da

Silveira. Falou pelo Recte.: Dr Caio Martins Leal 1.º Turma, 02,12.83

Presidência do Senhor Ministro Soares Muñoz. Presentes à sessão os Senhores Ministros, Rafael Mayer, Néri da Silveira e Oscar Corrêa.

Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Alfredo Buzaid. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Toledo.

ANTÔNIO CARLOS DE AZEVEDO BRAGA
SECRETÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 99.976 RIO GRANDE DO SUL

VOTO (VISTA)

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA: - Conheço do recurso e lhe dou provimento, para julgar a ação improcedente, condenados os autores nas custas e honorários de advogado, à base de 5% do valor dado à causa.

Faço o, nos termos do voto, que proferi, nesta assentada, no julgamento do RE 95.796-RS, que se anexará, a este, por cópia, passando a constituir parte, dele, integrante, por toda a sua fundamentação.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 95.796 RIO GRANDE DO SUL

VOTO (VISTA)

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA:- O Termo de Acordo, de 22.05.1959, sobre as condições de reversão da Viação Férrea do Rio Grande do Sul à União Federal e liquidação dos direitos e obrigações resultantes do contrato de arrendamento, celebrado entre a União e o Estado, a 17 de agosto de 1950 e seu aditivo ajustado a 27.09.1954, veio a ser aprovado pela Assembléia Legislativa do Estado, ex vi do Decreto Legislativo n.º 1.400, de 30.06.1960, e pela Lei federal n.º 3.887, de 08.02.1961.

Em virtude das disposições desse Termo de Acordo e da rescisão do contrato de arrendamento ao Estado, a Viação Férrea do Rio Grande do Sul (VIFER) passou a ser administrada pela Rede Ferroviária Federal S/A. assumindo a União, a contar de 16.09.1957, os direitos e obrigações decorrentes da exploração da VIFER, transferindo-os à Rede, a partir da data da assinatura do mencionado Termo de Acordo, na forma definida nesse documento, explicitando-se, na Cláusula Terceira: "Os bens e os direitos que integram a VIFER, pertencentes à União e ao Estado, após relacionados, serão incorporados à REDE, na forma da Lei federal n.º 3.115, de 16 de março de 1957, ressalvado o Horto Florestal de São Leopoldo, que será utilizado pelo Estado para a criação de parque público". Assumiu a União, em substituição ao Estado, "todo o ativo e passivo da Autarquia Estadual Viação Férrea do Rio Grande do Sul, a serem apurados em balanço na data de 16 de setembro de 1957, inclusive a responsabilidade por avarias e demais obrigações oriundas de contratos de qualquer natureza, neles compreen-

didos os referentes a obras, melhoramentos e equipamentos destinados aos serviços ferroviários, desde que autorizados pelo Ministro da Viação e Obras Públicas" (Cláusula Décima Quarta).

No que concerne ao PESSOAL, o Termo de Acordo disciplinou desde a Cláusula Quarta até a Décima Terceira.

Dispõem as Cláusulas Quarta, Sexta, Oitava e Décima Primeira, *verbis*:

"Cláusula Quarta. A todos os servidores do Quadro da VIFER, estáveis ou não, qualquer que seja a natureza de sua investidura, fica assegurada a qualidade de servidor público ferroviário do Estado do Rio Grande do Sul, reconhecendo-se-lhes, em qualquer hipótese, todos os direitos, vantagens e prerrogativas que lhes estão ou forem legalmente assegurados.

Parágrafo Primeiro — Os servidores de que trata esta cláusula serão cedidos, nesta data, à União, para terem exercício na REDE, ou em sua subsidiária, em serviços compatíveis com seus cargos ou funções, dentro do território do Estado.

Parágrafo Segundo — Continuará em vigor o atual quadro dos servidores públicos ferroviários do Rio Grande do Sul, sendo, todavia, vedada qualquer nova nomeação, admissão ou ingresso de elementos a ele estranhos, ressalvando-se, contudo, o direito de reversão, transferência e movimentação nesse quadro dos atuais servidores, nos termos da Lei n.º 2.061, de 13 de abril de 1953, e os casos pendentes de recurso na esfera administrativa. Esse quadro será extinto pelo Estado quando se operar a vacância de todos os cargos e funções.

"Cláusula Sexta — Será considerado encargo do Estado a melhoria de vantagens concedida por ato deste aos servidores da VIFER.

Parágrafo Primeiro — Sempre que, em consequência de melhoria de vencimento concedidos pela União, aos ferroviários dos quadros de funcionários, proceder o Estado ao reajustamento dos vencimentos dos servidores da VIFER, a fim de restabelecer a diferença atualmente existente entre os vencimentos dos mesmos e dos funcionários de igual categoria ou função devidos pela União à REDE, correrá à conta da União ou da REDE, a partir da vigência da melhoria federal, a despesa referente a dito reajustamento, inclusive as vantagens calculadas como incidência sobre os novos vencimentos.

Parágrafo Segundo — Se a melhoria de vantagens outorgadas pela União a seus ferroviários houver sido precedida de aumento de vencimentos, concedido pelo Estado aos servidores da VIFER, a União ou a REDE passará a responder pelos encargos da melhoria por aquela concedida até o limite correspondente ao restabelecimento da diferença a que se refere o parágrafo anterior, desde a data da vigência dos novos padrões de vencimentos federais.

Parágrafo Terceiro — Em qualquer caso, a despesa relativa ao excesso porventura verificado sobre o nível de vencimentos, que

corresponda ao restabelecimento da diferença referida no parágrafo primeiro, será considerada encargo do Estado.

Parágrafo Quarto — Para o cálculo da diferença de que trata o parágrafo primeiro levar-se-ão em conta os níveis atuais de vencimentos ou salários fixados pela União para os servidores da VIFER, tomando-se em consideração os padrões básicos ou iniciais dos respectivos cargos, funções ou carreira. Para os padrões correspondentes aos avanços, tomar-se-á a diferença verificada no padrão inicial.

Parágrafo Quinto — Verificado aumento de vencimentos ou salários dos servidores da VIFER, como decorrência da majoração de salário mínimo regional, responderá a União pelo aumento da despesa daí decorrente até o valor da majoração acrescido aos padrões de cada cargo ou função, a fim de resguardar a hierarquia salarial.

Cláusula Oitava — A REDE atenderá o pagamento das despesas relativas a direitos e vantagens de que gozam os servidores da VIFER, cabendo a responsabilidade por essas despesas:

a) à própria REDE, quanto aos vencimentos assim como as demais vantagens e direitos idênticos aos concedidos aos servidores da União, até os limites fixados para estes;

b) ao Estado, quanto à diferença entre direitos e vantagens concedidos pela legislação estadual e os previstos na legislação federal, respeitados os já autorizados pela União e considerados os que venham a ser por ela reconhecidos, aplicável esta medida aos servidores que tenham adquirido estabilidade até a data do referendado deste termo pelo Poder Legislativo Federal.

c) ainda ao Estado, quanto à diferença entre os direitos e vantagens concedidos pela legislação estadual e os previstos na legislação trabalhista, mesmo quando tais benefícios não constem da legislação trabalhista, respeitados os já reconhecidos pela União, considerando-se somente abrangidos por esta medida os servidores que não tenham adquirido estabilidade até a data mencionada na alínea anterior;

d) à União, quanto a todos os demais direitos e vantagens, não compreendidos nas alíneas anteriores.

"Parágrafo Primeiro — A obrigação referida na alínea c desta cláusula cessará após a aquisição de estabilidade por parte dos servidores ali aludidos, passando a vigorar então, em relação a ditos servidores, o estabelecido na alínea "b" da mesma cláusula.

"Parágrafo Segundo — A União e o Estado consignarão, anualmente, em seus orçamentos as dotações necessárias ao reembolso dos pagamentos efetuados pela Rede por força desta cláusula.

"Cláusula Décima Primeira — Os encargos com a inatividade dos servidores da VIFER, previstos nos arts. 189 e seus parágrafos, e 196 da Lei estadual nº 2.061, de 13 de abril de 1953, serão de responsabilidade do Estado, a quem incumbirá o respectivo pagamento.

Parágrafo Primeiro — O encargo referido no parágrafo primeiro do art. 189 da citada lei, será de responsabilidade da REDE, a quem

incumbirá o respectivo pagamento para todos os casos ocorridos após a assinatura do presente termo.

Parágrafo Segundo — Os encargos referidos nesta cláusula e relativos aos servidores estáveis e não estáveis que venham a ser aposentados a partir da data da assinatura deste termo, serão divididos entre o Estado e a União, proporcionalmente ao tempo de serviço prestado a cada um, computando-se, para este efeito, como serviço federal o prestado a VIFER a partir de 16 de setembro de 1957, e o que tiver sido prestado anteriormente a outros órgãos federais, cabendo, todavia, integralmente, ao Estado ou à União o ônus de diferença de proventos decorrentes dos futuros reajustamentos de vencimentos e salários por quem respondem, respectivamente, o Estado e a União ou a Rede, de conformidade com a cláusula sexta e seus parágrafos do presente instrumento.

Parágrafo Terceiro — A União reembolsará o Estado das importâncias correspondentes aos pagamentos dos encargos que a ela competem em face do parágrafo anterior, consignando, em seus orçamentos anuais no Anexo do Ministério de Viação e Obras Públicas, a dotação necessária para tal fim".

A Lei estadual gaúcha nº 2.061, de 13.04.1953, Estatuto dos Servidores Públicos Ferroviários do Estado do Rio Grande do Sul, estabelece, em seus arts. 189 e parágrafos, e 196, referidos na Cláusula Décima Primeira, verbis:

"Art. 189. O servidor público ferroviário terá direito quando aposentado pela instituição de previdência social a que estiver vinculado, à diferença entre os proventos pagos por essa instituição e o estipêndio total percebido na data da aposentação, considerando este à razão de tantos trinta avos quantos forem os anos de serviço, até o máximo de trinta. § 1.º — A aposentadoria, em consequência de invalidez prevista nos incisos III e IV do art. 191, dará direito à diferença entre o provento pago pela instituição de previdência social e o estipêndio da atividade, independentemente do tempo de serviço.

§ 2.º — A diferença entre os proventos pagos pela instituição e aquele a que o servidor tiver direito, nos termos deste artigo, correrá à conta da Viação Férrea.

"Art. 196. É assegurado, aos servidores públicos ferroviários aposentados, aumento da diferença de proventos, à razão de 70%, toda vez que aos servidores ativos forem concedidos aumento de vencimento ou salário, em caráter geral ou parcial".

A Lei federal nº 3.887, de 08.02.1961, que aprovou o Termo de Acordo, firmado entre o Governo Federal e o Estado do Rio Grande do Sul, sobre as condições de reversão da Viação Férrea do Rio Grande do Sul à União, em face da rescisão do contrato de arrendamento, por parte do Estado, mediante ato de 16.09.1957, usando

da opção que lhe assegurava o art. 12, da Lei n.º 2.217, de 05.06.1954, dispôs, à sua vez, no art. 1.º, parágrafo único:

"Art. 1.º — omissis.

"Parágrafo único. São extensivos aos servidores públicos ferroviários do Rio Grande do Sul todos os direitos e vantagens assegurados aos demais ferroviários brasileiros incorporados à Rede Ferroviária Federal S.A., inclusive os novos níveis salariais, abono, fixados na Lei n.º 3.826, de 23 de novembro de 1960, desde que superiores aos vigentes na Viação Férrea do Rio Grande do Sul".

No que concerne ao tratamento dispensado pela União, em virtude dessa norma federal, vieram os ferroviários estaduais gaúchos, cedidos, efetivamente, a ser enquadrados no Plano de Classificação de Cargos, como previsto na Lei n.º 3.780, de 12.07.1960, para os efeitos da retribuição a eles devida, pelos serviços "compatíveis com seus cargos ou funções", o que se efetuou mediante a Carta Circular n.º 18, de 09.05.1962, sendo o Plano respectivo aprovado pelo Presidente da RFFSA, em Ofício n.º 718/PRF/62, de 17.04.1962. Posteriormente, com o advento da Lei federal n.º 4.345, de 26.06.1964, que fixou novos valores de vencimentos para os funcionários federais, promulgou-se a Lei n.º 4.564, de 11.12.1964, que dispôs especificamente sobre vencimentos e salários do pessoal da RFFSA, estendendo-se, também, esse reajustamento de salários aos servidores ferroviários do Estado gaúcho, cedidos à RFFSA, por intermédio da Circular n.º 2, de 11.02.1965. Por igual, a partir do 1.º.01.1965, passaram a perceber gratificação adicional em forma de quinquênios, até o máximo de sete, calculados sobre os vencimentos da tabela federal, na conformidade do art. 4º, da Lei n.º 4.564/1964. O Decreto-lei n.º 12, de 07.07.1966, que retificou dispositivos do Decreto-lei n.º 5, de 04.04.1966, estabeleceu, todavia, em seu art. 3º, verbis:

"Art. 3º. O art. 34 do Decreto-lei n.º 5, de 4 de abril de 1966, passa a ter a seguinte redação:

"Art. 34. O quadro do pessoal da RFFSA, aprovado por sua Diretoria e homologado pelo Ministro da Viação e Obras Públicas, constituir-se-á de empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho e de servidores cedidos.

§ 1º. Ao pessoal cedido fica assegurado o direito de opção pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, garantida para os efeitos legais, a contagem do tempo de serviço prestado até a data da opção.

§ 2º. Os que não optarem pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho passarão, sem modificação da situação jurídica de cada um, a integrar, na jurisdição do Ministério da Viação e Obras Públicas, quadros e tabelas, suplementares, extintos, cujos cargos e funções, isolados, assim como as classes e padrões iniciais, quando de carreira, serão suprimidos à medida que vagarem.

§ 3º. Fica revogado o parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 3.887, de 08 de fevereiro de 1961, mantidas, todavia, as vantagens até aqui concedidas, com base no mesmo e que serão absorvidas, de futuro.

como decorrência de reajustamentos, readaptações promoções e acessos.

§ 4º. A União e a RFFSA se exoneram de quaisquer encargos provenientes de vantagens não previstos no Termo de Reversão a que se refere a mencionada Lei n.º 3.887 de 1961. salvo as aqui referidas".

No que respeita ao Plano de Classificação de Cargos, de que trata a Lei federal n.º 5.645, de 10.12.1970, também se estendeu aos ferroviários da VIFER, na Rede Ferroviária Federal S.A., consoante está no Manual de Instrução da Rede, para aplicação da aludida reclassificação, anexo à IRP 364/1976, da RFFSA, em seu item 08 verbis

"O Plano de Classificação de Cargos também se aplica aos servidores públicos ferroviários do Estado do Rio Grande do Sul, cedidos à União para terem exercício na RFFSA, na forma do parágrafo primeiro da cláusula quarta do Termo de Acordo aprovado pela Lei n.º 3.887, de 8.02.61. A RFFSA não reconhecerá, entretanto, para fins de classificação e enquadramento no PCC, quaisquer modificações feitas pelo Estado do Rio Grande do Sul, mesmo com efeitos retroativos, relativos a mutações funcionais, avances, novas vantagens ou alterações de posição do servidor no Quadro da Portaria Ministerial n.º 512/MVOP"

No que se refere ao tratamento dispensado aos ferroviários da VIFER, pelo Estado do Rio Grande do Sul, atingidos pelo Termo de Acordo em exame, continuaram compondo o Quadro dos Servidores Públicos Ferroviários do Rio Grande do Sul, em extinção, com a qualidade de servidores públicos ferroviários estaduais, com o regime estatutário da Lei estadual n.º 2.061, de 13.04.1953 - Estatuto dos Servidores Públicos Ferroviários do Rio Grande do Sul. Cedidos, na data do Termo de Acordo, à União, para terem exercício na Rede, "em serviços compatíveis com seus cargos ou funções, dentro do território do Estado" (Cláusula Quarta e parágrafo primeiro), reservou-se à Rede o direito de devolução de servidor ferroviário ao Estado, nas circunstâncias dos parágrafos primeiro e terceiro, da Cláusula Nona, ou excedentes (Cláusula Quinta e seus parágrafos), bem assim ao Estado, mediante entendimento com a Rede, cabe solicitar a devolução do servidor ferroviário da VIFER, a pedido deste ou por necessidade dos serviços do Estado" (Cláusula Décima Terceira).

De outra parte, releva notar que, aos servidores estaduais ferroviários, da VIFER, sujeitos a Estatuto próprio, editado pela Lei n.º 2.061, de 13.04.1953, - que se manteve, por força do Termo de Acordo em foco, - as Constituições do Estado do Rio Grande do Sul, ao longo do tempo, têm concedido garantias expressas. Assim, a Carta Política gaúcha, de 08.07.1947, em seu art. 219, dispunha: "A lei não poderá excluir os servidores ferroviários de qualquer direito, garantia ou vantagem, que for assegurado aos funcionários públicos". A Constituição Estadual, de 27 de janeiro de 1970, manteve regra expressa, em seu art. 108, verbis: "A lei não poderá excluir os servidores ferroviários de qualquer direito, garantia ou vantagem que forem assegurados aos funcionários públicos".

Ora, nessa conformidade, desde o Termo de Acordo, as leis de aumento do funcionalismo estadual incluem os servidores ferroviários em sua abrangência, ou lhes são específicas. Em tal sentido, as Leis sul-rio-grandenses n.ºs 4.833, de 02.12.1964, art. (Lex-RS-64, p. 216); 4.937, de 22.02.1965, arts. 69 e 70 (Lex-RS-65, p. 92); Dec. 17.237, de 20.03.65, art. 1.º (Lex-RS-65, p. 109); 5.125, de 07.12.65, art. 1.º (Lex-RS-65, p.16); 5.603 de 17.05.68, art. 6.º (Lex-RS-68, p.90); 5.892, 25.23.12.69, art. 5.º (Lex-RS-69, p. 308); 6.193, de 11.01.1971, art. 5.º (Lex-RS-71, p.22); art. 32 (Lex-RS-72, p. 234); 6.835 de 16.12.74, art. 20 (Lex-RS-74, p. 247); 6.946, de 22.12.75, art. 15 (Lex-RS-75, p. 313); 7.064 de 31.03.77, art. 15 (Lex-RS-77, p. 37); 7.139 de 14.03.1978, art. 15 (Lex-RS-78, p. 72) 7.358 de 07.03.80, art. 21 (Lex-RS-80, p.127); 7.440 de 09.12.80, art. 3.º (Lex-RS-80, p.351).

Por último, no particular, cabe referir a Lei Estadual n.º 7.412, de 19.11.1980, do D.O.E. RS de 19.11.1980, que dispõe sobre a aplicação da Lei n.º 7.357 de 08 de fevereiro, complementada pela Lei n.º 7.397, de 18 de agosto de 1980, aos Servidores Ferroviários e aos do Quadro Especial, determinando o art. 2.º desse diploma estadual que os cargos integrantes dos Quadros referidos, permanecendo com a mesma nomenclatura, "serão classificados em padrões correspondentes aos estabelecidos pela Lei 7.357, de 8 de fevereiro de 1980, de conformidade com os Anexos I e II da presente Lei, segundo o seguinte critério: no primeiro da sequência de quatro padrões, os cargos cujos ocupantes estiverem classificados no avanço 0, 1 ou 2, ou a um deles fizerem jus; no segundo, os que estiverem classificados no avanço 3, 4 ou 5, ou a um deles fizerem jus; no terceiro, os que estiverem classificados no avanço 6, 7 ou 8, ou a um deles fizerem jus; no quarto, os que estiverem classificados no avanço 9 ou 10, ou a um deles fizerem jus". No art. 3.º da aludida Lei n.º 7.412/1980, o legislador previu, expressamente, a situação dos ferroviários inativos, preceituando: "Art. 3.º. Os servidores inativos pertencentes aos Quadros de que trata esta Lei terão seus proventos revistos de acordo com o critério estabelecido no artigo anterior, respeitada a legislação que lhes é própria".

Verifica-se, dessa sorte, que o Estado do Rio Grande do Sul mantém, para os servidores do Quadro da VIFER, em extinção, que, em face da Cláusula Quarta, do Termo de Acordo, são servidores públicos ferroviários do Rio Grande do Sul, protegidos, assim, pelos dispositivos transcritos de sua Constituição, sempre atualizados os padrões de seus vencimentos, concedendo-lhes, ainda, por força de comando constitucional do Estado, "qualquer direito, garantia ou vantagem que forem assegurados aos funcionários públicos".

Dessa maneira, não corresponde à realidade da legislação estadual a assertiva segundo a qual as bases de cálculo da gratificação adicional de 15% e 25%, prevista no art. 125, da Lei estadual n.º 2.061, de 1953, são ainda os vencimentos percebidos à data do Termo de Acordo, em 1959. Cada ano, como decorre das leis estaduais acima enumeradas, os vencimentos correspondentes aos cargos componentes do Quadro dos Servidores Públicos Ferroviários do Rio Grande do Sul (Cláusula Quarta, parágrafo segundo, do Termo de Acordo) são aumentados, conforme o acréscimo dos estipêndios dos servidores estaduais, estando tal fato, de resto, garantido, constitucionalmente, no Estado sulino. Ora, em consonância com o art. 126, do mesmo Estatuto, que cumprir ter como incorporado ao Termo de Acordo, em face de suas Cláusulas Quarta e Décima Primeira, "as gratificações adicionais por tempo de serviço manterão sempre

proporcionalidade com o vencimento ou salário percebido pelo servidor, acompanhando as oscilações destes".

É bem de ver, assim, que as gratificações adicionais, como vantagem de natureza estatutária, garantida pelo Estado, também, aos servidores estaduais ferroviários, não de ser calculadas, com base nos vencimentos correspondentes aos cargos, do Quadro a que pertencem, de que são titulares. As gratificações adicionais por tempo de serviço são acrescidas ao vencimento do servidor, sendo que a concessão de gratificação de vinte e cinco por cento faz cessar o gozo da de quinze por cento anteriormente deferida, qual deflui do art. 125, § 1.º, do Estatuto em apreço.

Vantagem estadual, que se adiciona ao vencimento relativo ao cargo de que titular o servidor, no plano do Estado, certo se faz que o valor, a ela correspondente, se há de calcular, tendo em consideração o *quantum* do vencimento fixado pelo Estado, para o cargo respectivo, do Quadro da VIFER.

Cogitando-se, dessarte, de vantagem, de natureza estatutária, nada tem a ver com a contraprestação pecuniária salarial, que a Rede Ferroviária Federal S.A. paga a seus empregados e, também, como encargo próprio, aos ferroviários estaduais, do Quadro da VIFER, que lhe estejam cedidos; nos termos da Cláusula Oitava, letra "a", do Termo de Acordo. É que, conquanto servidores do Estado, na medida em que permanecerem cedidos à RFFSA, prestando-lhe os serviços "compatíveis com seus cargos ou funções" (Cláusula Quarta, parágrafo 1.º), dela recebem a contraprestação devida, na conformidade dos níveis salariais estabelecidos para os empregados de seu Quadro próprio de pessoal, a teor do art. 34, do Decreto-lei n.º 5/1966, na redação do art. 3.º, do Decreto-lei n.º 12/1966, Quadro esse, hoje, já integrado na sistemática do Plano de Classificação de Cargos, de que cogita a Lei 5.645, de 10.12.1970, consoante acima, a isso, se fez menção.

Não cabe, dessarte, pretender o cálculo das gratificações adicionais de 15% a 25%, devidos aos ferroviários estaduais, sobre o valor dos salários pagos pela RFFSA, em virtude dos serviços a ela prestados e decorrentes da política salarial federal.

A vantagem estatutária em apreço deve ser apurada, em seu quantitativo, tendo em conta assim, os vencimentos fixados pelo Estado do Rio Grande do Sul, em suas leis de aumento, para o cargo respectivo, de que titular o servidor ferroviário, enquanto *encargo do Estado*, e não com base nos salários pagos pela RFFSA, em geral, aos que nela servem. Não cabe, portanto, incidirem os adicionais de 15% e 25%, enquanto assegurados pelo Estado a seus servidores e, pois, aos ferroviários estaduais, sobre a parte dos ganhos, a maior, fixados e pagos pela RFFSA às funções correspondentes em seu Quadro de Pessoal, porque essas vantagens não só não se contemplam no regime da CLT como constituem parcela a que o Estado se compromete nos limites de sua legislação e dos estipêndios, que garante aos servidores ferroviários, do Quadro, em extinção, da VIFER. De sinalar, nesse sentido, que os servidores ferroviários estaduais devolvidos pela RFFSA, na forma prevista nas Cláusulas Nona, parágrafos primeiro e terceiro, e Décima Terceira, terão, no Estado, o tratamento pecuniário correspondente às leis estaduais gaúchas, que dispõem sobre o Quadro, em extinção, dos Servidores Ferroviários do Estado. Inexistindo, outrossim, disposição expressa, mandando serem pagas as gratificações adicionais, *estatutárias estaduais*, sobre os valores salariais fixados pela União ou pela Rede Ferroviária Federal S/A, não há como entender deva o Estado possuir a obrigação de conceder a vantagem, — por sua natureza, adicional aos

vencimentos, que fixa, — tendo em conta base de cálculo diversa e maior, proveniente de deliberação da RFFSA ou, mesmo, da União Federal. Interpretação dessa índole estaria em conflito com o art. 13, *caput*, e inciso V, combinado com os arts. 65 e 57 II, todos da Constituição Federal.

Em se cuidando de ferroviários estaduais aposentados, da VIFER, que se enquadram nas disposições do Termo de Acordo em referência, certo está que, na inatividade, em face do sistema estatutário estadual, que lhes é aplicável, farão jus a ver calculadas essas gratificações adicionais, percebidas ainda na atividade, como vantagens incorporáveis, devendo, entretanto, incidir, tão-somente, sobre a parte que constitui encargo do Estado, não, assim, no que concerne a eventuais diferenças, à conta da União ou RFFSA. Em face da Cláusula Décima Primeira, do Termo de Acordo, aprovado pela Lei federal n.º 3.887/1961, a responsabilidade do Estado com os encargos de inatividade dos servidores da VIFER, — incumbindo-lhe pagá-los, — limitam-se aos termos dos arts. 189 e parágrafos, e 196, ambos da Lei estadual gaúcha n.º 2.061, de 1953, incorporados à referida Cláusula Décima Primeira. Ora, no art. 189 em foco, prevê-se o direito ao servidor público estadual ferroviário a receber a diferença entre os proventos pagos pela instituição de previdência social “e o estipêndio total percebido na data da aposentação, considerando este à razão de tantos trinta avos quantos forem os anos de serviço até o máximo de trinta”. De notar, desde logo, é que se cogita, na espécie, do estipêndio pago pelo Estado, na conformidade dos padrões de vencimentos estabelecidos para o Quadro dos Servidores Estaduais Ferroviários, e não da parcela, a maior, que corresponde a encargo da União ou da RFFSA, concernente aos níveis salariais, nessa empresa, estabelecidos.

Para bem compreender tal disposição, cumpre referir que, na redação do art. 189, da Lei n.º 2.061/1953, se define regra concernente a estipêndios pagos pelo Estado, a seus servidores, à data da aposentadoria. Portanto, nesses limites, é que se dá a responsabilidade do Estado para com os ferroviários, que se inativam. Se, entretanto, os salários pagos pela RFFSA, à data da aposentadoria, eram superiores às tabelas do Estado, para o cargo, de que titular, o servidor inativando, à conta da União há de correr a diferença, a maior, relativamente ao estipêndio pago pelo Estado, inclusive gratificações adicionais de 15% e 25%, que incidem sobre o vencimento do Estado.

Com efeito, relativamente aos ferroviários estaduais inativos, a Cláusula Décima Primeira e seus parágrafos, suso transcritos, regulam-lhes o regime.

Impende, no particular, distinguir: a) quanto aos ferroviários inativados, anteriormente ao Termo de Acordo, os encargos previstos nos arts. 189 e seus parágrafos e 196, da Lei estadual n.º 2.061/1953, serão de responsabilidade exclusiva do Estado a quem incumbirá o respectivo pagamento, incorporada aos proventos a gratificação adicional de 15% ou 25%, conforme já estivessem da vantagem usufruindo, à data da respectiva aposentadoria (Cláusula Décima Primeira); b) quanto aos ferroviários aposentados, depois do Termo de Acordo, incide o parágrafo segundo, da Cláusula Décima Primeira, devendo os encargos, de que cuida a mesma Cláusula ser divididos entre o Estado e a União, proporcionalmente ao tempo de serviço prestado a cada um, “cabendo, todavia, integralmente, ao Estado ou à União, o ônus de diferença de proventos decorrentes dos futuros reajustamentos de vencimentos e salários por quem, respondem, respectivamente, o Estado e a União ou a Rede, de conformidade com a cláusula sexta e seus parágrafos do presente instrumento.” Ressalva-se, entretanto, no parágrafo

primeiro da Cláusula Décima Primeira, ser o encargo *diferença de proventos* da responsabilidade da Rede, a quem incumbirá o respectivo pagamento, nos casos de aposentadoria, em consequência de invalidez prevista no art. 191, incisos III e IV, da Lei estadual n.º 2.061/53, qualquer seja o tempo de serviço.

Assegurado está, assim, aos servidores ferroviários inativos a diferença entre os proventos pagos pela instituição previdenciária e o estipêndio total percebido na data da aposentadoria, “considerando este à razão de tantos trinta avos quantos forem os anos de serviço, até o máximo de trinta”.

Em se cogitando, portanto, de servidores aposentados, depois do Termo de Acordo, os encargos do pagamento da diferença, entre os proventos oriundos da previdência social e o estipêndio percebido na data da inatividade, serão divididos entre o Estado e a União, proporcionalmente ao tempo de serviço prestado a cada um, se não ocorrer a hipótese da parte final do mesmo parágrafo, adiante referida. Não é procedente, dessa maneira, a aplicação, pura e simples, da Cláusula Décima Primeira, do Termo de Acordo, a todos os casos de inatividade, quer anteriores quer posteriores ao referido Termo de Reversão, para concluir que, tão só ao Estado, incumbe a responsabilidade pela diferença de proventos. Tanto é assim que, no parágrafo terceiro, da referida Cláusula Décima Primeira, está assentado que a União reembolsará o Estado das importâncias correspondentes aos pagamentos dos encargos que a ela competem, em face do parágrafo segundo, que dispõe sobre a divisão dos encargos com a diferença de proventos na inatividade, dos que se aposentaram, depois da assinatura do Termo de Acordo, cumprindo, ainda, no particular, observar o que se contém na parte final do referido parágrafo segundo da Cláusula Décima Primeira.

Estipulou-se, em realidade, na parte final do parágrafo segundo, da Cláusula Décima Primeira, o encargo integral, do Estado ou da União, pelo “ônus de diferença de proventos decorrentes de futuros reajustamentos de vencimentos e salários”, atendido o disposto na Cláusula Sexta e seus parágrafos, do Termo de Acordo, que regulam a responsabilidade pelos aumentos de vencimentos e salários resultantes de ato do Estado ou da União.

Assim sendo, os que se inativaram, após a assinatura do Termo de Acordo (Cláusula Décima Primeira, parágrafo segundo), fazem jus à diferença prevista no art. 189, da Lei estadual n.º 2.061, de 1953, “entre proventos pagos pela instituição de previdência e o estipêndio total percebido na data da aposentação, considerando este à razão de tantos trinta avos quantos forem os anos de serviço, até o máximo de trinta”, dividindo-se a responsabilidade por essa diferença, entre Estado e União, “proporcionalmente ao tempo de serviço prestado a cada um”, salvo se couber, pelas revisões de proventos, “integralmente, ao Estado ou à União o ônus de diferença de proventos decorrentes dos futuros reajustamentos de vencimentos e salários por que responde, respectivamente, o Estado e a União ou a Rede”, nos termos da Cláusula Sexta e seus parágrafos. Em face dessas disposições, não há considerar o Estado obrigado, para com os inativos, relativamente ao valor da diferença de proventos, se os estipêndios que assegura, de acordo com a sua legislação, aos ferroviários estaduais, inclusive a gratificação adicional por tempo de serviço de 15% e 25%, são inferiores aos proventos que lhes são garantidos pela instituição previdenciária, em razão das contribuições decorrentes dos salários, que a RFFSA lhes vinha pagando, à data da aposentadoria, superiores aos do Estado, com apoio na política salarial federal, referente às empresas públi-

cas e sociedades de economia mista, sob controle acionário da União. Em decorrência do Termo de Acordo em exame, não pode o Estado obrigar-se por diferença de proventos, em virtude de maiores salários que a União ou a Rede Ferroviária Federal S.A. entendam de pagar aos servidores estaduais ferroviários, a elas, cedidos. Se os proventos fixados de acordo com a Lei estadual, inclusive gratificações adicionais de tempo de serviço, são inferiores aos pagos pela previdência social, bem de ver é que não há o encargo previsto no art. 189, da Lei estadual n.º 2.061/1953, a ser atendido por parte do Estado, que não pode ser responsável pelos salários maiores, por ele, não fixados e, sim, pela União Federal ou a RFFSA. A diferença, portanto, que se apurar, entre os proventos pagos pela previdência social e os salários, superiores aos fixados pelo Estado, pagos pela RFFSA ao cargo correspondente à data da aposentadoria, constituirá ônus por que responde a União, integralmente, na conformidade do parágrafo segundo, da Cláusula Décima Primeira, eis que decorrente dos reajustamentos, posteriores ao Termo de Acordo, de vencimentos e salários para os ferroviários, inclusive, pagos aos cedidos. Está na Cláusula Sexta, parágrafo primeiro *verbis*: "Sempre que, em consequência de melhoria de vencimentos concedidos pela União, aos ferroviários dos quadros de funcionários, proceder o Estado ao reajustamento dos vencimentos dos servidores da VIFER, a fim de restabelecer a diferença atualmente existente, entre os vencimentos dos mesmos e dos funcionários de igual categoria ou função devidos pela União à Rede, correrá à conta da União ou da Rede, a partir da vigência da melhoria federal, a despesa referente a dito reajustamento, inclusive as vantagens calculadas sobre os novos vencimentos".

Quanto aos reajustamentos dos proventos dos aposentados, estabeleceu-se na Cláusula Décima Primeira do Termo de Acordo, a aplicação do art. 196, da Lei estadual n.º 2.061/1953, que reza:

"Art. 196. É assegurado, aos servidores públicos ferroviários aposentados, aumento da diferença de proventos, à razão de 70%, toda vez que aos servidores ativos forem concedidos aumentos de vencimento ou salário, em caráter geral ou parcial".

Discute-se, no particular, a aplicação, ou não, da Lei estadual n.º 3.096, de 1956, — Lei Peracchi — às revisões de aposentadoria dos ferroviários da VIFER.

Rezam os arts. 1.º e seu parágrafo 1.º, e 4.º do diploma estadual em referência:

"Art. 1.º Os servidores civis e militares do Estado, quando em inatividade por aposentadoria, reserva ou reforma, perceberão, sempre, proventos iguais aos vencimentos que, em qualquer época, venham a perceber os servidores em atividade, da mesma categoria, padrão, posto ou graduação, respeitada a proporcionalidade do tempo de serviço. Parágrafo 1.º. Para efetivação do disposto neste artigo, sempre que forem aumentados os vencimentos dos servidores em atividade, serão revistos, independentemente de requerimento dos interessados, os proventos dos inativos.

"Art. 4.º. Os servidores da Viação Férrea do Rio Grande do Sul, e de outras autarquias do Estado, desde que sujeitos a regime previdenciário

próprio, quando inativados por aposentadoria, terão seus proventos calculados em bases idênticas às previstas nesta Lei".

No plano do direito estadual, aplicável aos ferroviários, — e inclusive por força do art. 219, da Constituição gaúcha de 1947, e do art. 108, da Carta estadual vigente, antes referidos, — não pode haver dúvida, quanto à revisão dos proventos dos ferroviários inativos, à base do que prevê a Lei n.º 3.096/1956, enquanto vigorante, no que concerne aos reajustes procedidos pelo Estado.

Sucede, porém, que o Termo de Acordo, celebrado a 22.05.1959, entre União e Estado do Rio Grande do Sul, expressamente, dispôs que se aplicasse o art. 196, da Lei n.º 2.061/1953, não se referindo à Lei estadual n.º 3.096/1956, no que concerne aos encargos com a inatividade dos servidores da VIFER. Posteriormente, o citado Decreto-lei federal n.º 12, de 07.07.1966, em seu art. 3º, ao alterar o art. 34, do Decreto-lei n.º 5, de 04.04.1966, de explicito, revogou o parágrafo único, do art. 1.º, da Lei n.º 3.887, de 08.02.61, que aprovou o Termo de Acordo, por parte da União, dispondo nos parágrafos 3.º e 4.º, introduzidos no art. 34, do Decreto-lei n.º 5/1966, *verbis*:

"§ 3º Fica revogado o parágrafo único do art. 1.º, da Lei n.º 3.887, de 08 de fevereiro de 1961, mantidas, todavia, as vantagens até aqui concedidas, com base no mesmo, e que serão absorvidas, de futuro, como decorrência de reajustamentos, readaptações, promoções e acessos.

§ 4.º A União e a RFFSA se exoneram de quaisquer encargos provenientes de vantagens não previstas no Termo de Reversão a que se refere a mencionada Lei n.º 3.887, de 1961, salvo as aqui referidas".

Desse modo, no que respeita a encargos da União, não é possível pretender, nas revisões de aposentadorias do pessoal da VIFER, aplicar o disposto na Lei 3.096/1956, não mencionada no Termo de Acordo, que só prevê a norma, acima transcrita, do art. 196, da Lei n.º 2.061/1953 (Cláusula Quarta). A disposição federal (§ 4º, do art. 34, do Decreto-lei n.º 5/1966, introduzido pelo art. 3º, do Decreto lei n.º 12/1966), disso é vedativa.

Analizando a situação dos reajustes de proventos, em face da aplicação da Cláusula Décima Primeira, do Termo de Acordo, o ilustre Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, professor Almiro do Couto e Silva, no Parecer n.º 3.163, a 10.11.1975, observou:

"No instante da aposentadoria, a diferença entre a aposentadoria paga pelo INPS é o valor da remuneração que o servidor percebia em atividade é satisfeita integralmente pela União e Estado, atendendo-se ao critério da proporcionalidade do tempo de serviço, a que alude o termo de reversão, no texto transcrito.

Quanto a isso não há qualquer dúvida. As dúvidas só começam a surgir com relação à revisão de proventos. De acordo com o art. 196 do Estatuto do Ferroviário (Lei n.º 2.061, de 1953), a revisão dos proventos dos inativos deveria ser feita na base de 70% dos vencimentos dos servidores em atividade. O Termo de Reversão, que é de

1959, na sua cláusula décima primeira, faz alusão expressa do art. 196 do Estatuto dos Ferrovias, não se referindo, entretanto, à Lei Peracchi, já então em vigência, pois é de 1966.

Em razão disso formou-se a seguinte situação: sempre que o Estado reajusta o vencimento de seus funcionários em atividade, são revisados, do mesmo modo, os proventos dos inativos ferroviários, como, no Estado, a revisão de proventos é feita, desde a Lei Peracchi, de forma a estender aos inativos as mesmas vantagens outorgadas aos ativos, não há, em princípio, qualquer reclamação quanto a este ponto. Mas, de outro lado, sucede que, na grande maioria dos casos, as vantagens pagas pela Rede a seus servidores são superiores às pagas pelo Estado. Como essas vantagens são outorgadas pela Rede, o ônus da revisão de proventos que elas determinam, a teor do disposto no § 2º, da Cláusula Décima Primeira do Termo de Reversão, incumbe à União. Esta, porém, efetua a revisão observando estritamente o disposto no art. 196 do Estatuto dos Ferrovias, sem considerar, portanto, a Lei Peracchi, ou seja, apenas na base de 70% da remuneração paga aos servidores em atividade.

Pretendem os ferroviários, que se aposentaram após o Termo de Reversão, continuar percebendo, pela revisão de seus proventos, as mesmas vantagens que percebiam se estivessem em atividade. Pretendem eles, em outras palavras, que as revisões, mesmo efetuadas em decorrência de vantagens concedidas pela Rede, se realize na base de 100% e não só de 70% dos benefícios outorgados aos ativos, invocando, para isso, a Lei Peracchi.

A esse entendimento opõe-se a objeção de que a Lei Peracchi visou assegurar, na inatividade, a percepção das mesmas vantagens patrimoniais que o Estado outorgava aos servidores em atividade de igual categoria e padrão (Lei n.º 3.096, de 1956, art. 1.º), não sendo possível escondê-la até buscar vantagens concedidas pela Rede. O argumento impressiona, porquanto, o servidor cedido pelo Estado à Rede percebe remuneração de dupla natureza. Enquanto funcionário do Estado e a este ligado, pois, por vínculo jurídico de índole estatutária, percebe ele do Estado vencimentos e outras vantagens que só a funcionário caberia. Em razão, todavia, de trabalhos na Rede, é remunerado com vantagens e benefícios de cunho nitidamente salarial.

As vantagens, digamos assim estatutárias, são pagas pelo Estado e as salariais pela Rede. Ao inativar-se o servidor seria lógico e coerente que essa mesma situação se mantivesse. A parte dos proventos referente às vantagens estatutárias seria paga pelo Estado e a parte dos proventos relacionada com as vantagens salariais seria paga pela União, na forma, aliás, do disposto no § 2.º da Cláusula Décima Primeira do Termo de Reversão. Não pode haver dúvida, diante da clareza com que, neste particular, está redigida a Cláusula, de que a única responsável pelas diferenças de proventos, derivadas de revisão decorrente de reajuste de vantagens salariais é a União e não o Estado. Se as

partes de que se compõem os proventos dos inativos (parte estatutária e parte salarial) fossem pagas separadamente, conforme a sua origem, uma pelo Estado e outra pela União, o problema que ora examinamos nada teria a ver com o Estado. A reclamação de que os ferroviários estariam obtendo revisões de proventos, decorrentes de reajuste de vantagens salariais concedidas pela Rede, só na base de 70% e não na de 100%, de veria ser encaminhada à União, que é a exclusiva responsável, nessas hipóteses, pelos ônus decorrentes da revisão de proventos.

O Termo de Reversão, todavia, instituiu um sistema pelo qual todas as vantagens são pagas pelo Estado e este depois se reembolsa daquelas parcelas que são da responsabilidade da União, o que explica a circunstância de ter sido a reclamação endereçada ao Estado.

Ora, tendo em vista que a União só admite responsabilidade derivada da revisão de proventos na base de 70% (art. 196 do Estatuto dos Ferrovias) e não na de 100% (Lei Peracchi), não parece razoável que o Estado pague aos servidores ferroviários a parcela relativa à revisão de proventos derivada de reajuste salarial, na proporção de 100%, quando não poderia ser reembolsado, pela União, da diferença de 30%.

Não se pode, por outro lado, desconhecer que, ao tempo da assinatura do Termo de Reversão, já estava em vigor a Lei Peracchi, e o Estado, pelo Termo de Reversão, não assumiu qualquer responsabilidade por ônus decorrentes, total ou parcialmente, de reajustamentos salariais realizados pela Rede.

2. Em face da análise do Termo de Acordo, aprovado pela Lei federal n.º 3.887, de 08.02.1961, com as conclusões supra alinhadas, passo a examinar a pretensão dos autores. Queixam-se de os proventos de sua inatividade estarem sendo pagos, em valores inferiores aos que sustentam devidos, em razão de dois pontos (fls. 3):

"a) A RFFSA não calcula a gratificação adicional sobre o vencimento efetivamente pago ao servidor. Vale dizer não procede esse cálculo sobre o vencimento do cargo que o servidor vem exercendo, mas, sim, sobre o vencimento do cargo que o mesmo desfrutava no quadro da VIFER, em 59;

b) A RFFSA, ao proceder à revisão da "diferença de proventos", não leva em conta senão o percentual de 70% do aumento conferido aos servidores em atividade, quando deveria fazê-lo nas mesmas bases, na mesma proporção, 100%".

Contrariamente ao que estabeleceram a sentença (fls. 128) e o acórdão (fls. 171/173), não é possível reconhecer aos ferroviários inativos direito à gratificação adicional de 25%, prevista na legislação estadual, de natureza estatutária, também, "sobre os proventos efetivamente recebidos na Rede". Examinou-se, acima, que essa vantagem corresponde, tão só, a acréscimo incidente sobre o estipêndio devido pelo Estado. Não

só não se contempla na CLT, aplicável ao Quadro de Pessoal da RFFSA (Art. 34, do Decreto-lei n.º 05/1966, na redação introduzida pelo art. 3º, do Decreto-lei n.º 12/1966), como não está prevista no Termo de Acordo em foco. A teor do parágrafo 4.º, do art. 34, do Decreto-lei n.º 05/1966, na redação do citado art. 3º, do Decreto-lei n.º 12/1966: "A União e a RFFSA se exoneram de quaisquer encargos provenientes de vantagens não previstas no Termo de Reversão a que se refere a mencionada Lei n.º 3.887, de 1961, salvo as aqui referidas".

Portanto, não há assento, nem no dispositivo legal em apreço, nem no Termo de Acordo, para reconhecer o cálculo de gratificação adicional de 15% e 25% sobre estipêndio pago pela RFFSA aos ferroviários estaduais cedidos. Tão-somente essa vantagem lhes é devida, em parcela resultante da incidência do percentual respectivo sobre o vencimento correspondente ao cargo, fixado pelo Estado. Releva, no particular, observar que o valor do vencimento, base de cálculo da gratificação adicional por tempo de serviço, não é o mesmo da época do Termo de Acordo, pois, em realidade, o Estado, cada ano, vem atualizando os vencimentos correspondentes aos cargos integrantes do Quadro de Servidores Ferroviários Estaduais, consoante acima examinei.

De outra parte, não é cabível, também determinar que o reajuste da diferença de proventos dos inativos, na parte referente ao encargo da União, se faça, à base de 100%, sem lei expressamente autorizando, eis que tal não decorre do Termo de Acordo, que mandou aplicar o artigo 196, do Estatuto dos Ferroviários o qual estabelece revisão, à base de 70% do aumento de vencimento ou salário aos servidores ativos. Nem será possível aplicar a Lei n.º 3.096/1956, não prevista no Termo de Acordo, o que está, por lei, vedado, diante do já referido art. 3º, do Decreto-lei n.º 12/1966, ao introduzir o § 4º, ao art. 34, do Decreto-lei n.º 05/1966, segundo o qual a União e a RFFSA se exoneram de quaisquer encargos provenientes de vantagens não previstas no Termo de Reversão, a que se refere a Lei n.º 3.887/1961. Certo está que a Lei estadual n.º 3.096/1956, não prevista no Termo de Acordo, não poderá ser aplicada para onerar a União, na parte de seu encargo, quanto aos reajustamentos dos proventos. Nem é possível dita conclusão, a partir da consideração de que o Estado se haveria de reembolsar das importâncias correspondentes aos pagamentos dos encargos, que à União competem, a teor do parágrafo terceiro, da Cláusula Décima Primeira. Correta a posição do Estado no sentido de não concordar com o pagamento daquilo que, a seguir, não logrará título para o reembolso, eis que despesa não admitida pela União, em texto de lei. No particular, somente restaria aos recorridos discutir essa parte, em ação contra a União Federal.

Vê-se, dessa sorte, que a sentença e o acórdão, ao determinarem o cálculo da gratificação adicional sobre a totalidade do que recebiam os recorridos na RFFSA e o reajuste dos proventos à base de 100% do aumento dos vencimentos, equipararam, sem apoio no Termo de Acordo, ou em lei, os proventos dos inativos aos vencimentos percebidos pelos servidores ocupantes dos cargos correspondentes na atividade, segundo os padrões e níveis a que façam jus. Compreendo que não é possível deixar de reconhecer, *data venia*, a ofensa, pelo acórdão, ao art. 98, parágrafo único, da Constituição Federal, que veda vinculação ou equiparação de qualquer natureza para efeito de remuneração do pessoal do serviço público, não sendo de, aí, distinguir entre pessoal, ativo e inativo.

Na espécie, como se verificou, a revisão dos proventos dos inativos, à base de 100% do aumento do pessoal ativo, não possui autorização legal, concernentemente à parte da diferença de proventos, que constitui encargo da União, e é, na espécie, a parcela mais significativa, como reconheceu o acórdão. Nem legitimaria essa concessão, à evidência, o fato de o Estado poder reembolsar-se do que pagou pela União, pois lhe incumbe pagar, tão-só, o que é, efetivamente, devido.

Nesse sentido, o acórdão vulnerou, por igual, o art. 65, da Constituição, na medida em que determinou, sem lei, de iniciativa do Poder Executivo, o pagamento de vantagens a servidores públicos inativos, no que respeita ao reconhecimento do direito dos autores a 100%, não apenas 70%, do aumento da diferença de proventos, na parte que constitui encargo da União (Cláusula Décima Primeira, parágrafo segundo) e, ainda, os arts. 65 e 13, *caput* e seu inciso V, da Lei Maior, ao decidir que a gratificação adicional de 25%, a que fazem jus os recorridos, se aplique não só sobre a parte correspondente ao vencimento atribuído pelo Estado aos ferroviários, tendo em conta os cargos correspondentes que proveram na atividade, e de acordo com sua legislação própria (Lei n.º 2.061/1953, arts. 125, 126 e 128), mas, ainda, sobre a parte relativa aos salários pagos pela RFFSA, (enquanto a ela estavam cedidos e onde se aposentaram), visto, *de referência a essa parcela*, não haver lei assegurando incida a gratificação adicional, por tempo de serviço, estatutária, nem isso decorre do Termo de Acordo.

Do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento, para julgar a ação improcedente, invertidos os ônus da sucumbência, fixando, desde logo, em 10% os honorários advocatícios.

EXTRATO DE ATA

15 - RE 99.976-1 - RS

Rel., Min. Soares Muñoz. Recte.: Estado do Rio Grande do Sul. (Adv. Caio Martins Leal). Recdos.: N.R.F. e outros). (Advs. Pedro Araújo Baptista da Silva, Luiz Carlos Bettiol e outros).

Decisão: Depois do voto do Ministro Relator que conhecia do recurso extraordinário e lhe dava provimento, o julgamento foi adiado a pedido do Ministro Néri da Silveira. Falou pelo Recte.: Dr. Caio Martins Leal. 1.º Turma, 02.12.83.

Decisão: Conheceu-se do recurso extraordinário e se lhe deu provimento, para julgar improcedente a ação. Decisão unânime. 1.º Turma, 12.12.83.

Presidência do Senhor Ministro Soares Muñoz. Presentes à sessão os Senhores Ministros Rafael Mayer, Néri da Silveira, Alindo Buzaid e Oscar Corrêa. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mauro Leite Soares.

ANTONIO CARLOS DE AZEVEDO BRAGA
SECRETÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 94.111-8 - RIO GRANDE DO SUL

RECORRENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO: L.P.M.

EMENTA: - Administrativo.

Ferroviário da antiga Viação Férrea Rio Grande do Sul, incorporada à Rede Ferroviária Federal S.A. Complementação de proventos.

Incabível pretender o ferroviário — funcionário público do Estado cedido à Rede Ferroviária Federal, em decorrência da incorporação a esta da antiga Viação Férrea Rio Grande do Sul — que o Estado lhe pague, na aposentadoria, a permanente diferença de proventos entre os vencimentos do seu cargo público e os salários que forem sendo pagos pela Rede aos seus próprios servidores, em atividade, embora aposentado dentro do prazo previsto no art. 177, § 1.º, da Constituição de 1967. E que atender-se a tal pretensão importaria em serem os proventos do funcionário, de fato, fixados pela R.F.F.S.A., o que contrariaria o disposto no art. 6.º, parágrafo único, e no art. 65, ambos da Constituição Federal, pois, então, função legislativa (aumento dos proventos dos funcionários públicos) estaria sendo exercida pela Rede, quando aquele primeiro preceito constitucional veda delegação de poderes de tal natureza; e o segundo torna privativo do Poder Executivo iniciativa de leis que fixem vencimentos e vantagens de servidores públicos, autorizem, criem ou aumentem despesa pública.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer em parte do recurso e nesta parte dar-lhe provimento.

Brasília, 13 de dezembro de 1983.

DJACI FALCÃO PRESIDENTE

ALDIR PASSARINHO RELATOR

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 94.111.8 -
RIO GRANDE DO SUL**

RELATOR: O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO

RECORRENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO: L.P.M.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO (RELATOR) - Trata-se de ação ordinária proposta por L.P.M., ferroviário, aposentado, contra o Estado do Rio Grande do Sul e a Rede Ferroviária Federal, com vistas ao reconhecimento de seu direito à percepção integral dos aumentos concedidos ao funcionalismo em atividade, com a gratificação adicional de 25%, sem que fossem consideradas as eventuais majorações

dos proventos pagos pelo INPS.

O magistrado de primeiro grau julgou procedente o pedido, reconhecendo ao autor o direito pleiteado, considerada a prescrição quinquenal de cada parcela, tudo a ser apurado em liquidação de sentença. A revisão dos proventos de inatividade deve ser feita na proporção de 100%, assim garantidas todas as vantagens previstas no estatuto dos ferroviários. Quanto à gratificação de 25% deve incidir sobre os salários realmente percebidos pelo servidor. A aposentadoria do autor ocorreu antes da vedação constitucional de 1967. Assim não se pode computar as majorações do INPS sob pretexto de que os proventos de inatividade superem aos ganhos dos funcionários ativos. Por outro lado, entendeu ser ilegítima a integração da Rede Ferroviária Federal na relação processual. De consequência, condenou o Estado ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, e o autor a pagar as despesas correspondentes à participação da Rede, incluídos os honorários respectivos.

Apelaram as partes. A 3ª Câmara Cível, examinando os recursos, negou provimento a ambos, confirmando a sentença em acórdão assim ementado (fls. 71):

"FERROVIÁRIO

Não pode o Estado deixar de pagar ao servidor ferroviário regularmente aposentado menos do que faz jus, nem unilateralmente pretender invalidar o que acordou e foi chancelado através de decreto legislativo.

A Rede Ferroviária Federal nada devendo ao demandante não podia ser convocada ao debate e deve ser dada como parte ilegítima no pólo passivo da relação processual. Apelo do demandante para dá-la como acionável rejeitado.

Recurso voluntário do Estado desprovido, confirmado o "decisum" sob reexame segundo a jurisprudência dominante no Tribunal. Sentença confirmada em reexame necessário".

Irresignado com essa decisão, recorreu extraordinariamente o Estado do Rio Grande do Sul, com amparo nas letras a, c e d da previsão constitucional, alegando violação ao artigo 6.º, parágrafo único, e artigo 65 da Constituição Federal, ou seja, ao princípio da fixação em lei do quanto das vantagens pecuniárias dos funcionários e ao que veda a delegação de poderes. Outrossim, teria afrontado o artigo 98, parágrafo único, da Carta Magna, em deferindo o pedido do autor, aplicando o artigo 1.º da Lei 3.096/56, admitindo, por consequente, equiparação vedada pelo referido dispositivo constitucional.

Justificando o cabimento do recurso pela letra c, sustenta o Estado que o aresto reconhecido deu ao Acordo de Reversão União-Estado-Rede uma interpretação que coloca em conflito com a Constituição Federal (ato de Governo local contestado em face da Constituição). De outra parte, afirma que o cabimento do recurso por essa alínea tem, também, suporte no fato de ter-se aplicado, julgando-se válida, a Lei estadual n.º 3096/56, que equipara os proventos da inatividade à remuneração da atividade, contestada em face do parágrafo único do artigo 98 da Lei Maior.

Também pela letra d, entende o Estado que tem amparo seu recurso, pois o aresto recorrido, ao aplicar o art. 1.º da Lei 3.096/56, divergiu, de modo flagrante, da

jurisprudência dos demais Tribunais do País, especialmente desta Corte. Menciona vários arestos sobre a impossibilidade de equiparação, em virtude do parágrafo único do art. 98 da Lei Fundamental.

Foi o recurso admitido pela letra c.

Ouvida, propugnou a Procuradoria-Geral da República pelo não conhecimento do recurso. É este o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO (RELATOR): - O autor, funcionário público estadual cedido à Rede Ferroviária Federal S/A, com a passagem a esta da antiga Viação Férrea Rio Grande do Sul, aposentado dentro do prazo de um ano da Constituição de 1967 e, portanto, sob o amparo do seu art. 177, § 1.º, pleiteou perante a Justiça do Rio Grande do Sul, e conforme expresso na inicial, o reconhecimento de seu direito à percepção integral dos aumentos concedidos ao funcionalismo em atividade, a título de revisão de proventos; a incidência da gratificação adicional de 25% sobre os vencimentos efetivamente percebidos e, ainda, que, para efeito da revisão da diferença de proventos, não sejam levadas em conta as eventuais majorações do INPS, bem como o pagamento dos atrasados não atingidos pela prescrição quinquenal, acrescidos de juros de mora, honorários de advogado e demais cominações legais.

A sentença de 1.º grau julgou a Rede Ferroviária Federal S/A parte ilegítima "ad causam" mas, considerando o Estado como o único réu, na ação, concedeu ao demandante o que ele pleiteava, sendo a sentença mantida no C. Tribunal "a quo".

O Estado não nega a revisão dos proventos, mas se insurge em que seja ele obrigado a pagar diferença entre os vencimentos do cargo estadual e os proventos da aposentadoria previdenciária, de molde a perfazer o "quantum" que o servidor perceberia como se em atividade estivesse, na aludida ferrovia, entendendo que não poderia o entendimento dado ao Acordo da Reversão — pelo qual os antigos ferroviários da Viação Férrea Rio Grande do Sul, integrantes dos quadros do Estado e que ficaram cedidos à Rede — ser aquele de o Estado pagar aquela diferença, sob pena de passar a Rede a, na verdade, vir a fixar os proventos de funcionários públicos estaduais, o que contrariava o disposto no art. 6º, parágrafo único, e art. 65, tudo da Constituição Federal.

Este é um dos pontos da inconformação do recorrente. De logo, esclarecendo que considero pre-questionado o tema constitucional aludido, porquanto foi ele objeto da apelação e expressamente mencionado no relatório como argumento do Estado, então apelante, apreciou o voto condutor do acórdão ao repelir o argumento, declarando:

"O Estado, porém, tendo em vista a situação especial, assegurou no termo de reversão a garantia de futuras vantagens decorrentes de promoções, aumentos e vantagens. Não pode agora, em forma autoritária e unilateral, pretender invalidar o que avançou em forma legal".

E, mais adiante, ainda acentua o acórdão:

"Não pode o Estado deixar de pagar ao servidor ferroviário

regularmente aposentado menos do que faz jus, nem unilateralmente pretender invalidar o que acordou e foi cancelado através do decreto legislativo".

A meu ver, porém, a razão está com o recorrente e, no particular, de fato — e tal como entendeu o ilustre Vice Presidente do Tribunal gaúcho — a interpretação dada pelo v. acórdão impugnado às discutidas cláusulas do chamado Termo de Reversão e ao art. 189 da Lei 2.061/53, entra às testilhas com as disposições constitucionais que dão suporte ao apelo derradeiro.

Senão, vejamos.

Diz o art. 189 da Lei 2.061/53, "in verbis", e segundo se lê da inicial:

"O servidor público ferroviário terá direito, quando aposentado pela instituição de previdência social a que estiver vinculado, a diferença entre os proventos pagos por essa instituição e o estipêndio total percebido na data da aposentação, considerado este à razão de tantos avos quantos foram os anos de serviço até o máximo de trinta".

E dispõem, de sua parte, as cláusulas 4ª e 11ª do mencionado Termo de Reversão:

"A todos os servidores do quadro da VIFER, estáveis ou não, qualquer que seja a natureza de sua investidura, fica assegurada a qualidade de servidor público ferroviário do Estado do Rio Grande do Sul, reconhecendo-se-lhes, em qualquer hipótese, todos os direitos, vantagens e prerrogativas que lhe estão ou forem legalmente assegurados". (Cláusula 4ª).

"Os encargos com a inatividade dos servidores da VIFER, previstos nos artigos 189 e seus parágrafos e 196 da Lei estadual n.º 2.061, de 13 de abril de 1953, serão da responsabilidade do Estado, a quem incumbirá o respectivo pagamento". (Cláusula 11ª)

Como parece óbvio, a Lei 2.061/53 tinha em vista as situações normais, comuns, que advinham das aposentadorias dos ferroviários, posto que delas resultava passarem os aposentados a perceber menos do que os servidores em atividade, e assim os cofres públicos completavam as diferenças de proventos. Assim, em se tratando de funcionários cedidos à Rede, o entendimento só poderia ser o de que o Estado complementaria a diferença entre os vencimentos do cargo público e os proventos previdenciários. E a mais do que isso não poderiam ir as cláusulas do Termo de Ajuste, pois interpretá-las diferentemente, ou seja, que estas importassem no pagamento, pelo Estado, entre os proventos previdenciários e os salários percebidos na Rede, seria vulnerar os preceitos constitucionais trazidos à balha pelo recorrente.

Na verdade, dizem tais normas constitucionais:

"Art. 6º, parágrafo único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é veda do a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro".

"Art. 65. É da competência do Poder Executivo a iniciativa das leis

orçamentárias e das que abram créditos, fixem vencimentos e vantagens dos servidores públicos, concedam subvenção ou auxílio ou, de qualquer modo, autorizem, criem ou aumentem a despesa pública."

Ora, fora de dúvida que obrigar o Estado a pagar suplementação de proventos dos seus funcionários à base do que fosse fixado pela Rede, seria atribuir a este poder indelegável do Estado, em interpretação que não se compadeceria com os próprios princípios fundamentais que asseguram a autonomia dos Estados e por isso mesmo indelegáveis.

Deste modo, o que de fato há de ter-se é que a complementação devida pelo Estado do Rio Grande do Sul aos ferroviários dos seus quadros cedidos à Rede é aquela referente à diferença entre os proventos da aposentadoria do previdenciário e os vencimentos do cargo público.

Quanto à gratificação de 25% incidir sobre o total dos proventos e não apenas sobre os vencimentos do cargo público, é possível que fique este ponto ultrapassado com a decisão do item anterior, mas, no caso, é de dizer-se que sobre ele não incidiu o extraordinário.

No tocante à equiparação dos proventos do autor do percebido pelos que se encontram na ativa e para contrariedade do que foi invocado o art. 98, parágrafo único da CF, perde sentido o exame porquanto, pelo que se tem dos autos, o valor da aposentadoria previdenciária era superior à remuneração do autor como funcionário público e, no caso, não se trata de ação declaratória. Na verdade, a discussão se tratava com vistas à permanente equiparação entre os proventos, com a complementação que seria paga pelo Estado, e os salários dos ferroviários da Rede, em atividade, e de igual situação.

Pelo exposto, conheço parcialmente do recurso pelo fundamento da letra "c" e lhe dou provimento parcial, com as explicitações acima, a fim de exonerar o Estado recorrente da obrigação de pagar complementação entre o valor dos proventos da aposentadoria previdenciária do postulante e os salários dos servidores de igual função, pagos pela Rede.

É o meu voto.

EXTRATO DE ATA RE 94.111-8- RS

Rel., Min. Aldir Passarinho. Recte.: Estado do Rio Grande do Sul (Adv. Caio Martins Leal). Rec-do.: L.P.M. (Advs. Roberval Rodrigues e outra).

Decisão: Conhecido em parte, e nesta parte, provido nos termos do voto do Relator. Unânime. Falou pelo Recte.: o Dr. Caio Martins Leal. 2ª Turma, 13.12.83.

Presidência do Senhor Ministro Djaci Falcão. Presentes à sessão os Senhores Ministros Décio Miranda, Aldir Passarinho e Francisco Rezek.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Moreira Alves. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mauro Leite Soares.

HÉLIO FRANCISCO MARQUES
SECRETÁRIO

ELEIÇÃO DE DIRETORES DE ESCOLA*

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL

Objeto: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (COM PEDIDO DE
LIMINAR)

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 da ordem de nomeação, representarem-no em todos os termos da demanda, vem perante esse Egrégio Supremo Tribunal Federal, propor AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE do § 1º do art. 213 da Constituição Estadual (doc. nº 1), da Lei 9.233 de 13 de fevereiro de 1991 (doc. nº 2), arts. 1º a 29, e da Lei 9.263 de 5 de junho de 1991 (doc. nº 3), que regulamentaram o primeiro, fazendo-o com base no art. 102, I, "a", combinado com o art. 103, V, da Constituição Federal e, ainda, em razão dos fatos e fundamentos abaixo expostos:

1. O dispositivo constitucional estadual ora impugnado - art. 213, § 1º - está assim redigido:

"Art. 213. § 1º — Os direitos das escolas públicas estaduais serão escolhidos, mediante eleição direta e uninominal, pela comunidade escolar, na forma da lei."

E, por sua vez, conforme se comprova pela cópia anexa dos respectivos textos (docs. nº 2 e 3), os dispositivos impugnados da Lei 9.233, de 13 de fevereiro de 1991 (arts. 1º a 29) e a Lei 9.263 de 5 de junho de 1991 versam, todos, sobre a **regulamentação** da regra constitucional transcrita.

O indigitado conjunto normativo (CE/89, art. 213, § 1º; Lei 9.233/91, arts. 1º a 29, e Lei 9.263/91) estabelece, portanto, devam ser os diretores das escolas públicas estaduais escolhidos mediante **eleição** pela "**comunidade escolar**" (E/89, art. 213, § 1º), compreendida esta como "o conjunto de alunos, pais ou responsáveis por alunos, membros do magistério e demais servidores em efetivo exercício na unidade escolar" (Lei 9.233/91, art. 1º, § 1º), por um "período de administração (...) de (três) anos" (Lei 9.233/91, art. 20, c/red. da Lei 9.263/91).

2. As normas, no entanto, são, **todas**, manifestamente **inconstitucionais**, pois **subtraem** ao Chefe do Poder Executivo a competência, que lhe é **privativa**, de prover **discrecionariamente** as mencionadas funções e, assim, a um tempo, ofendem o princípio da independência e harmonia entre os poderes tal como modelado e **imposto** aos Estados-membros pela Constituição Federal e, na medida em que as referidas

*Originalmente publicado na RPGE nº 48, 1993.

funções constituem a rigor autênticos “cargos em comissão”, lesam o princípio da livre nomeação e exoneração inscrito na segunda parte do inciso II do art. 37 daquela Carta Política ou, quando por “em comissão” não se as tenha, o que não se admite, ofendem a exigência do concurso público ao provimento dos cargos, empregos e funções públicas posta na primeira parte do mencionado inciso II do art. 37.

3. Com efeito, o poder de auto-organizar-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”, isto é, do poder de “constituir e reconstituir 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.

4. Outorgando aos Estados-membros o poder de auto-organização, estabeleceu a Carta Federal que “os Estados organizam-se e regem-se pelas 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, dispôs que “cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecendo 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** o poder de auto-organização em um ou outro caso, não de ser também os **mesmos** “princípios” a serem observados no seu exercício. E são esses, ao fim e ao cabo, que fixam os **limites** da autonomia estadual.

5. 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 encontrarem-se entre eles, de um lado, por disposição expressa, as normas **dos diversos incisos do art. 37 da Constituição Federal** e, de outro, o princípio da **independência e harmonia entre os Poderes**. Quanto a esse, sobre ser de nossa

tradição constitucional no período republicano, liga-se ele diretamente à estrutura do “Estado Democrático de Direito”, em que se constituiu a sociedade brasileira (CF/88, art. 1º), estando consagrado, por isso mesmo, no art. 2º da Carta da República, que se insere no Título I, “Dos Princípios Fundamentais”, e, exatamente por constituir princípio básico do sistema, **não admite emenda tendente a aboli-lo** (CF/88, art. 60, § 4º. III) e, para assegurá-lo, justifica inclusive a intervenção da União nos Estados-membros (CF/88, art. 34, IV).

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, seja em suas leis ordinárias, ofender não só as normas dos diversos incisos no art. 37 da Constituição Federal como, principalmente, o princípio da independência entre os poderes.

6. De outra parte, se os Estados-membros **já nascem**, pelas Carta Política federal, submetidos à observância da independência e harmonia entre os poderes, que, desta forma, lógica e historicamente, lhes é anterior, e se também é certo que não se pode falar em independência e harmonia entre Poderes sem Poderes que **existam** (e sejam independentes) e sem regras de convivência 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 Constituição 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, há uma gama mínima de regras modeladoras dos Poderes e de sua forma de convivência à qual se encontra ele absolutamente adstrito.

Esse modelo, evidentemente, há de ser buscado na Constituição Federal. Poder-se-ia, é certo, pretender extrai-lo da doutrina, exigindo 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 lícito 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 asfixiantes normas ou do art. 188 da Constituição de 1967, que impunha aos Estados a “adaptação” de suas Cartas às normas constitucionais federais sob pena de àquelas considerarem-se “incorporadas automaticamente”, ou do art. 200 da Emenda Constitucional 1/69, que, perdendo o constrangimento, as incorporava desde logo, dispensando até a manifestação “adaptativa”. Trata-se, sim, de, no desvelar os contornos da separação dos Poderes — básico para o sistema e, pois, de observância obrigatória para os Estados-membros — exigir como parâmetro aquilo que, em Assembléia Nacional Constituinte livre e legítima, recebeu a chancela do povo brasileiro.

Não pode, pois, o “poder constituinte” estadual, na moldagem dos Poderes Es-

taduais, como não pode o legislador ordinário, atingir aquele trato mínimo de cada poder que, extraído da Carta Federal, o caracteriza e viabiliza como tal.

7. Posta assim a questão, e sendo certo que, pelo "modelo" federal, ao Chefe do Poder Executivo incumbe precipuamente **"administrar"** (CF/88, art. 84, II, "verbis": **"a direção superior da administração federal"**), em que se inclui, como instrumento básico, a competência para prover os cargos e funções públicas (CF/84, XXV), que, tratando-se de "cargo em comissão" ("de confiança"), é **livre** (CF/88, art. 37, II, segunda parte, "verbis": **"de livre nomeação e exoneração"**), afigura-se indiscutível a **inconstitucionalidade** do conjunto normativo impugnado (CE/89, art. 213, § 1º, Lei 6.233/91, arts. 1º a 29, e Lei 6.263/91). **Subtraindo a escolha** dos diretores das escolas públicas estaduais à competência do Chefe do Poder Executivo, que, no caso, por tratarem-se as funções de autênticos "cargos em comissão", é **discricionária**, ofende ele, como se disse, a um tempo, a independência e harmonia entre os Poderes tal como modelada e **imposta** aos Estados-membros pela Constituição Federal e a regra da **"livre nomeação"** inscrita na segunda parte do art. 37 daquela Carta Política.

De todo modo, quando por "em comissão" não tivessem as funções (e, como se verá, são!), ainda assim seriam inconstitucionais as normas. Aí, então, por ofensa à regra que exige **concurso público** ao provimento de cargos, empregos e funções públicas que não "em comissão" (CF/88, art. 37, II, primeira parte). O dilema é indesejável: ou (a) as funções são "comissionadas" (= "cargos em comissão" = "funções de confiança"), como efetivamente são, e não se lhes podia subtrair o provimento à **"livre nomeação"** do Chefe do Poder Executivo ou (b) não são, e seria inadmissível substituir, em seu provimento, o exigido (**constitucionalmente**) concurso público por... "eleição pela comunidade escolar".

8. Na verdade, como se pode inferir da própria denominação, as funções de **direção** das escolas públicas do Estado do Rio Grande do Sul, sendo funções de **chefia**, constituem autênticos "cargos em comissão" na acepção que lhes dá o Texto Constitucional federal, ou seja, funções **"de confiança"** e; por isso mesmo, de **livre nomeação** do administrador. Tanto que, devendo ser exercidas por membros do Magistério, são remuneradas por gratificação (Lei 6.672 de 22 de abril de 1974, art. 70, I, "a", doc. nº 4º) **"equiparada"**, nos termos expressos da Lei 8.158 de 21 de outubro de 1986, para fins de incorporação, à "função gratificada" (Lei 8.158/86, art. 1º, doc. nº 5), que, no Direito Administrativo estadual, é a função **"de confiança"** demissível "ad nutum" exercida por funcionário cuja investidura decorre de **"livre"** designação do Chefe do Poder Executivo; portanto, nos termos constitucionais, ... **"cargo em comissão"**.

9. Não havia como pudesse, pois, o conjunto normativo impugnado, **subtrair** ao Chefe do Poder Executivo a escolha dos titulares das direções das escolas públicas estaduais. É, este, ato **privativo** seu, de que ele não pode e não deve abrir mão na medida em que é essencial à boa implementação de qualquer política educacional, pela qual, note-se, haverá de responder perante quem o elegeu. Na verdade, como concretizar qualquer plano de educação sem uma certa uniformidade de pensamento das direções das unidades escolares acerca de seus fundamentos e finalidades? Absolutamente impossível! Admitida a "eleição", cada direção haverá de traduzir não o pensa-

mento do plano educacional do Governo — e para implementá-lo, repita-se, é que este, em pleito popular, foi eleito! — mas, sim, das diversas (e não **centenas!**)... **"comunidades escolares"**!

10. Aliás, em caso idêntico, afirmando a impossibilidade de adotar-se a "eleição" para escolha de diretores de escolas públicas, já se manifestou inclusive o Supremo Tribunal na Representação nº 1.473-SC, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, julgada em 14 de setembro de 1988 e assim ementada:

"Nomeação para cargo em comissão de diretor de escola pública, mediante eleição pública, mediante eleição pelos professores, alunos e pais de alunos. Sendo o cargo em comissão conformado à confiança do poder nomeante, não se conciliam a livre nomeação com a escolha por eleição. A Constituição limita o provimento dos cargos públicos às formas previstas no artigo 97, parágrafos 1º e 2º, não deixando margem a que seja criado processo eletivo para os cargos em comissão. Não tendo as escolas públicas de primeiro grau a autonomia administrativa e financeira conferida à universidade, não há que cogitar de investidura em seus cargos de direção por eleição. Representação julgada procedente para e declarada a inconstitucional o artigo 1º da Lei 6.709 de 12 de setembro de 1985, do Estado de Santa Catarina" (cf. acórdão anexo, doc. nº 6).

Embora exarado sob o pálio da Constituição anterior, o acórdão transcrito tem perfeita aplicabilidade também na atual. As regras dos § 1º e 2º do art. 97 da Constituição de 1967 (red. da EC 1/69), invocadas no aresto, foram **repetidas**, talvez até **com mais rigor**, no inciso II do art. 37 da Constituição de 1988, de modo que esse, como os anteriores § 1º e 2º do art. 97, **"limita"** o provimento dos cargos públicos às formas ali previstas (concurso público ou "livre nomeação" para os cargos "de confiança"), **não deixando margem a que seja criado processo eletivo para os cargos em comissão"**.

Aliás, e ainda **recentissimamente**, há **menos de 15 (quinze) dias**, em Ação Direta de Inconstitucionalidade versando **norma idêntica** editada **sob a vigente Constituição**, o Supremo Tribunal Federal entendeu relevantes os fundamentos jurídicos da inconstitucionalidade argüida e suspendeu cautelarmente a norma (cf. ADIn nº 573-1/600SC Rel. Min. NERI DA SILVEIRA, petição inicial, doc. nº 7, e tira de julgamento, doc. nº 8).

11. Desta forma, inconstitucionais que são as normas impugnadas, cumpre ao Autor, no indeclinável dever que lhe advém da condição de Chefe e do Poder Executivo, e sem qualquer desmerecimento à Egrégia Assembléia Legislativa, propor a presente ação para que se declare a inconstitucionalidade.

D A M E D I D A C A U T E L A R

12. De outra parte, presentes estão os pressupostos ("fumus boni iuris" e "periculum in mora") ao deferimento da **sustação cautelar** das normas impugnadas.

13. Com efeito, conforme se pode verificar, nos termos do impugnado art. 10 da Lei 9.233 de 13 de fevereiro de 1991, "a comunidade escolar (...) será convocada pela Comissão Eleitoral (...) **na segunda quinzena de setembro para na segunda quinzena de outubro proceder-se à eleição**". Está-se, portanto, às vésperas do desencadeamento do processo "eleitoral" com todos os seus desdobramentos, que se consumará, com a "eleição", na **segunda quinzena de outubro**".

Ora, sendo certo, intuitivo, o clima de **disputa** desencadeado por qualquer processo eletivo, e sendo relevantes, relevantíssimos (inclusive porque baseados, como se demonstrou em precedentes desse próprio Egrégio Supremo Tribunal), os fundamentos jurídicos da inconstitucionalidade argüida, já por isso impor-se-ia a sustação cautelar das normas impugnadas. Não é possível lançar as escolas, desviando as de suas finalidades maiores de prestação do ensino, na intranquilidade de um processo "eleitoral" cuja constitucionalidade está sendo contestada perante a Corte Suprema com base em precedentes da ... **própria Corte!**

Mas não é só. Como o julgamento do mérito da presente ação, seja pelas formalidades do processo (colhida de informações, ouvida da Procuradoria-Geral da República, etc.), seja pelo asoberbamento desse Egrégio Tribunal, dificilmente ocorrerá antes do prazo legalmente assinado à realização das "eleições" ("segunda quinzena de outubro"), não deferida liminarmente a sustação da eficácia das normas impugnadas, as "eleições" ... **realizar-se-ão**. E, em consequência, ver-se-á o Autor na contingência de conviver com direções de escolas talvez absolutamente desafinadas com o plano administrativo do Governo (para cuja implementação, repita-se, foi ele eleito), com graves, gravíssimas, consequências para a tranqüilidade e bom desenvolvimento da ordem administrativa. Quem, durante a tramitação do processo, as fará dar cumprimento exato às determinações superiores?

E, note-se, no caso, tornando ainda mais delicada a situação, há uma particularidade relevantíssima. Na recente greve do Magistério, em que diretores fecharam compulsoriamente escolas e atestaram falsamente efetividades, o Autor teve que agir energeticamente, inclusive propondo ação direta de inconstitucionalidade, e **obtendo medida cautelar**, de textos locais que determinavam o pagamento dos dias não trabalhados e proibiam punições (cf. ADIn 546-4-RS, petição anexa, doc. nº 9, e despacho deferitório da liminar, doc. nº 10). Tal fato, como é natural, gerou séria inconformidade no Magistério, que ainda persiste e evidentemente, põe ainda mais à mostra a absoluta necessidade, para o bom exercício da administração, de serem os titulares das unidades escolares da mais absoluta confiança do Autor. Aliás, conforme se pode verificar pelos documentos anexos, a imprensa gaúcha bem retrata o nível delicado do relacionamento (cf. recortes, docs. nºs 11 a 16) e a Secretária da Educação chegou a receber de diretores manifestações formais expressas de descumprimento não só de ordens superiores como da ... **lei** (cf. doc. nº 17)!

14. Desta forma, como se vê, é indiscutível o cabimento da sustação liminar, que, de resto, como se disse, **recentíssimamente**, em caso idêntico, já foi deferida, à unanimidade, por esse Egrégio Supremo Tribunal (ADIn nº 573-1, SC, petição inicial, doc. nº 7, e tira de julgamento, doc. nº 8).

ISTO POSTO, REQUER se digne esse Egrégio Tribunal DEFERIR LIMINARMENTE a sustação cautelar da eficácia das normas impugnadas (Constituição Estadual, art. 213, § 1º, Lei 9.233 de 13 de fevereiro de 1991, arts. 1º a 29, e Lei 9.263 de 5 de junho de 1991) e, após, colhidas informações da Colenda Assembléia Legislativa do Estado e ouvido o eminente Procurador-Geral da República, julgar ação procedente para o efeito de declarar a inconstitucionalidade das normas impugnadas.

Nestes termos, pede deferimento.
BRASÍLIA, 11 de agosto de 1991.

ALCEU COLLARES
Governador do Estado
GABRIEL PAULI FADEL
Procurador-Geral do Estado

CAIO MARTINS LEAL
Procurador do Estado

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
(MEDIDA CAUTELAR)
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
(Liminar nº 578)

Origem: DISTRITO FEDERAL

Relator: MINISTRO PAULO BROSSARD

Requerente: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Requerido: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARD: Na ação direta de inconstitucionalidade 578 o Governador do Estado do Rio Grande do Sul impugna o § 1º do art. 213 da sua Constituição:

"Art.

213.....

§ 1º - Os diretores das escolas públicas estaduais serão escolhidos, mediante eleição direta e uninominal, pela comunidade escolar, na forma da lei.

.....
assim como a Lei nº 9.233, de 13 de fevereiro de 1991, e a Lei nº 9.263, de 5 de junho de 1991, que regulamentaram o mencionado dispositivo constitucional.

2. Alega que o conjunto de normas é inconstitucional porque subtrai do Poder Executivo a competência privativa de preencher

discrecionariamente as funções de diretor de escola pública estadual a teor do inc. II do art. 37 da Constituição:

"Art.

37.....

II — a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

.....
princípio aplicável ao direito constitucional estadual por força do "caput" do art. 25 da Constituição, e do "caput" do art. 11 do ato das suas Disposições Constitucionais Transitórias.

3. Invoca os precedentes da Representação nº 1.473-8-SC, relatada pelo Min. CARLOS MADEIRA, D. J. de 14.10.88, e da medida liminar na ADIn nº 573-1/600-DF, relatada na Sessão Plenária de 05.09.91 pelo Min. NÉRI DA SILVEIRA.

4. Pede a concessão de medida liminar tendo em vista que a eleição será convocada pela Comissão Eleitoral nesta segunda quinzena de setembro e realizada na segunda quinzena de outubro, a teor do art. 10 da Lei nº 9.233, de 13 de fevereiro de 1991, e que, como vem sendo retratado pela imprensa, há delicado relacionamento entre os professores e a Administração Pública.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARD (Relator): Os fatos são simples e certos. O § 1º do art. 213 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul prescreve que "os diretores das escolas públicas estaduais serão escolhidos mediante eleição direta e universal, pela comunidade escolar, na forma da lei". A Lei nº 9.232, de 13.11.91, cuida dos conselhos escolares, e a Lei nº 9.233, de 31.11.91, alterada pela Lei nº 9.263, de 5.IV.91, regula o provimento dos cargos de diretor e vice-diretor ou vice-diretores mediante eleição. Não foi questionada a Lei nº 9.232, mas foi impugnada a constitucionalidade do § 1º do art. 213 da Constituição estadual e das Leis nºs 9.233 e 9.263, que o complementar e com ele formar uma unidade. Segundo essas normas os diretores e vice-diretores das escolas públicas estaduais serão escolhidos pela comunidade escolar de cada unidade, acrescentando que "eleito o diretor e o(s) vice-diretor(es) da escola, a Comissão Eleitoral entregará a documentação relativa ao processo eleitoral ao presidente do Conselho Escolar ou na falta desse ao Diretor da escola que, em três dias, contados do recebimento, comunicará oficialmente o resultado ao Delegado de Educação e este, em dez dias, oficiará ao Secretário de Educação para fins de designação". Será de três anos "o período de administração do diretor e do(s) vice-diretor(es)", segundo o art. 20 da Lei nº 9.233, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.263. Dispõe ainda sobre a vacância da função de diretor e de vice-diretor e no art. 27 prevê a

destituição deles, verbis, "a destituição do diretor ou vice-diretor somente poderá ocorrer motivadamente, após sindicância em que lhe seja assegurado o direito de defesa e face à ocorrência de fatos que constituam falta de idoneidade moral, de disciplina, assiduidade ao serviço, eficiência, ou infração funcional prevista no Estatuto do Magistério do Estado do Rio Grande do Sul, como passível da pena de demissão".

2. Como se vê, os cargos de direção das escolas públicas estaduais, ou "as funções de diretor e de vice-diretor", como diz a lei, são providos mediante eleição e à margem de qualquer interferência do chefe da administração e esta a mácula das normas apontada pelo autor da ação.

A questão não é nova a este Tribunal. Quatro vezes, pelo menos, ele a enfrentou. Na Representação nº 1.473, de Santa Catarina, relator o Ministro CARLOS MADEIRA, na ADIn nº 244, do Rio de Janeiro, relator o Ministro CELSO DE MELLO, na ADIn nº 387, de Rondônia, relator o Ministro CELSO DE MELLO, e na ADIn nº 573, de Santa Catarina, relator o Ministro NÉRI DA SILVEIRA.

Por unanimidade de votos, decidiu o STF na Representação nº 1.473, "nomeação para cargo em comissão de diretor de escola pública, mediante eleição pelos professores, alunos e pais de alunos. Sendo o cargo em comissão conformado à confiança do poder nomeante, não se conciliam a livre nomeação com a escolha por eleição. A Constituição limita o provimento dos cargos públicos as formas previstas no art. 97, parágrafos 1º e 2º, não deixando margem a que seja criado processo eletivo para os cargos em comissão".

Na ADIn nº 244, notou o Ministro CELSO DE MELLO, "a subordinação constitucional da Polícia Civil ao Governador do Estado (CF, art. 144, § 6º) acentua a integração do organismo policial na estrutura institucional do Poder Executivo e destaca, na esfera da Administração Pública local, a primazia político-jurídica do Chefe do Poder Executivo dessa unidade da Federação. Os preceitos ora impugnados, inscritos na Constituição do Rio de Janeiro, parecem restringir — com ofensa ao princípio da separação de poderes — a competência jurídico-administrativa do Governador do Estado, afetada, em seu exercício, por um sistema de co-participação popular não autorizado, *prima facie*, pelo texto da Lei Fundamental. Ao relevo jurídico do tema, associa-se situação configuradora do periculum in mora, a justificar o deferimento do provimento cautelar requerido." A cautelar foi concedida por unanimidade.

Na ADIn 387, acentuou seu relator, o Ministro CELSO DE MELLO, "reveste-se de plausibilidade jurídica a objeção deduzida pelo Autor contra preceito legal que, excluindo por completo o Governador do Estado do sistema de investidura de cargos e funções de direção escolar, ordenou-lhes o preenchimento "mediante processo de eleição direta na comunidade escolar". A existência do "fumus boni juris" parece assentar-se nos preceitos constitucionais que proclamam tanto a liberdade de nomeação para cargos em comissão (CF, art. 37, II, "in fine") quanto a exclusividade do Chefe do Executivo para o provimento, quer em comissão, quer em caráter efetivo, dos cargos que se estruturam na esfera do Poder que dirige (CF, art. 84, XXV)". A decisão foi unânime.

Na ADIn nº 573, seu relator, o Ministro NÉRI DA SILVEIRA, não aprofundou o exame desta matéria porque, para conceder a cautelar, lhe bastou a inconstitucionalidade

formal decorrente da falta de iniciativa do Governador em tema "cuja iniciativa deveria ser do Governador do Estado", decisão unânime.

4. Se, anteriormente, a Lei nº 8.025, de 14.VIII.85, art. 1º, estabeleceu que o Secretário de Educação escolhia o diretor dentre lista tríplice elaborada pela denominação da comunidade escolar, agora, pelas Leis nºs 9.233 e 9.263, o Chefe do Poder Executivo fica excluído do processo de provimento dos cargos de direção das escolas públicas estaduais, restando ao Secretário da Educação apenas designar o eleito pela comunidade de escolar para exercer a direção por três anos, arts. 19 e 20. Dessa forma a unidade da administração pública sofre uma ruptura, uma parte sujeita ao Governador do Estado, outra apartada do Chefe do Poder Executivo.

5. Convém lembrar, ainda que a título de mero esclarecimento, que são cerca de 3.500 as escolas estaduais, segundo memorial do CEPERS; esse segmento do serviço público absorveu, no exercício passado, 39% da receita líquida de impostos; por esses dados pode-se mensurar as proporções da dicotomia estabelecida na administração.

6. De mais a mais, se os diretores das escolas públicas podem ser escolhidos por eleição dos interessados, por que o mesmo processo de provimento não deveria ser adotado em relação aos delegados de polícia, (veja-se, a propósito, a ADIn nº 244-9, do Rio de Janeiro, relator o Ministro CELSO DE MELLO), aos diretores dos centros de saúde, aos chefes das repartições da fazenda, aos comandantes dos destacamentos da Brigada Militar, e assim por diante? Desta maneira a unidade da administração ficaria reduzida a uma sucessão de ilhas ou feudos em relação aos quais o Governador teria apenas a incumbência de prover de verbas e nada mais.

7. Não vejo necessidade de entrar na análise da natureza do cargo ou da função de diretor de escola, que o Governador sustenta ser em comissão e o Centro de Professores contesta, pois, seja em comissão, seja em caráter permanente, seja em caráter temporário, ainda que a termo, pela Constituição, caberia ao Governador o seu provimento, CF, art. 37, II.

8. De outra parte, em face das leis questionadas, em que medida os diretores das escolas estão sujeitos ao poder hierárquico do Governador que é o Chefe da administração estadual? Ou devem prestar contas aos seus eleitores, dos quais emana sua investidura? Que relação existiria entre o diretor da escola e o Governador? São questões que ficam sem resposta.

9. Com meu sábio professor de Direito Administrativo, RUY CIRNE LIMA, aprendi que "a hierarquia é essencial à organização administrativa". Segundo o seu magistério, inesquecível aos seus alunos;

"traduz-se o funcionamento da organização hierárquica em alguns princípios de ação que, relativamente àquela, podem ter-se como fundamentais. Entre estes, merecem menção os seguintes:

a) ao superior hierárquico compete orientar e dirigir a atividade de seus subalternos, por intermédio de atos regulamentários.... b) ao superior hierárquico incumbe suspender ou revogar os atos adminis-

trativos, praticados por subalterno, quando contrários ao direito, inconvenientes ou inoportunos. Essa atribuição é suscetível de exercer-se, tanto por provocação como "ex-officio". A devolução ao superior hierárquico do conhecimento do ato administrativo, praticado pelo subalterno, opera-se por intermédio do recurso hierárquico, ou da avocação. ... c) o superior hierárquico exercita, sobre os funcionários subalternos, ação disciplinar". Princípios de Direito Administrativo, 6ª ed., 1987, p. 155, 157 e 158.

10. Tenho para mim que a concessão da cautelar pleiteada se encontra suficientemente justificada, seja pelo seu fundamento jurídico, que me parece relevante, seja pelo "periculum in mora", dado que nesta quinzena de setembro deverão instalar-se as comissões eleitorais e as eleições deverão realizar-se em outubro, nos termos exatos da lei. Atento aos antecedentes da Corte, voto pela concessão da cautelar.

DECISÃO

Por votação unânime, o Tribunal deferiu Medida Cautelar, para suspender a eficácia do § 1º do artigo 213 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, da Lei nº 9.233 DE 13.02.1991 (artigos 1º e 29) e da Lei nº 9.263 de 05.06.1991, ambas do mesmo Estado. Votou o Presidente Plenário, 25.09.1991.

IMPLANTAÇÃO DO CALENDÁRIO ROTATIVO: APELAÇÃO*

Marcia Porto Castro

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
OBJETO — APELAÇÃO

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu representante judicial abaixo firmado, nos autos do Mandado de Segurança impetrado pela ASSOCIAÇÃO DE CÍRCULO DE PAIS E MESTRES DA ESCOLA ESTADUAL DE 1º GRAU VISCONDE DE RIO GRANDE (proc. nº 01192077665) contra a DIRETORA DA ESCOLA ESTADUAL DE 1º GRAU VISCONDE DE RIO GRANDE, inconformado com a sentença de fls., vem, respeitosamente interpor o presente recurso de apelação, de conformidade com os arts. 513 e seguintes do Código de Processo Civil.

Assim sendo, requer seja recebido o presente recurso e processado na forma da lei.

Nestes termos

Pede Deferimento

PORTO ALEGRE, 20 de maio de 1992.

MARCIA PORTO CASTRO

Procuradora do Estado

OAB 4585

Apelante: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Apelada: ASSOCIAÇÃO DE CÍRCULO DE PAIS E MESTRES DA
ESCOLA ESTADUAL DE 1º GRAU VISCONDE DE RIO GRANDE
RAZÕES PELO APELANTE — ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EGRÉGIA CÂMARA CÍVEL

1. A A. impetrou o presente Mandado de Segurança alegando que a implantação do Calendário Rotativo na Escola Visconde de Rio Grande é contra a vontade dos pais, manifestada em Assembléia do CPM, violentando o cotidiano das famílias, acostumadas a calendário tradicional. Dizem que a demanda é menor que o número das vagas. Destacam o problema das férias fora do período dezembro, janeiro e fevereiro. Dizem, ainda, que não havia norma legal que amparasse o ato por ocasião de sua determinação em 13 de janeiro de 1992, considerando que o decreto 34.185 data de 30.01.92 violaria o artigo 5, II, da Carta Magna, bem como o art. 5, caput, princípio da isonomia. Arguem, ainda, a inconstitucionalidade do ato, face aos incisos I e IV do art. 206, e a final pedem seja suspensa a implantação do Calendário Rotativo, retornando o antigo sistema de Calendário escolar único, com início em março, para todos os alunos do Colégio.

O Magistrado deferiu a liminar, e após proferiu sentença, "julgando procedente a ação, e com fundamento no art. 5, LXIX da CF e art. 1º da Lei 1533/51, e ambos combinados com os arts. 206, da CE e 36 do respectivo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; mais, alternativamente combinados com o art. 3º do Decreto nº 34.185

*Originalmente publicado na RPGE nº 48, 1993.

de 30.01.92, art. 205 e 227, da CF e arts. 196 e 199, IVF da CE, concedo a segurança pleiteada, tornando definitiva a liminar, com o reconhecimento do direito de todos os alunos iniciarem o ano letivo com calendário único, em março, respondendo a autoridade coatora pelas custas e honorários do advogado que a impetrante foi obrigada a contratar."

2. Impõe-se a reforma da sentença "a quo".

Preliminarmente, manifesta a ilegitimidade passiva da autoridade dita coatora. O Calendário Escolar Rotativo foi implantado mediante decreto do Governador do Estado, decreto nº 34.185, de 30.01.1992, e executado por ordens emanadas da Secretaria de Estado da Educação, fato público e notório.

Não foi a Diretora da Escola Estadual Visconde de Rio Grande que escolheu sua escola para Plano Piloto de implantação do Calendário, mas a Supervisão da Rede Escolar da cidade, com ordens diretas da Secretaria de Educação.

Então, o ato impugnado, a toda evidência era de autoridade sujeita na via do mandado de Segurança a competência originária do Tribunal de Justiça, quer considerando que foi implantado por força do Decreto emanado do Governador do Estado, e então a competência seria do Tribunal Pleno, do Tribunal de Justiça, quer se considerarmos como ordens expressas da Secretaria de Estado da Educação, competente então o 2º Grupo Cível.

3. Não há direito líquido e certo a alicerçar o writ.

"Direito líquido e certo — no conceito de Hely Lopes Meirelles, aceito pela doutrina e pela jurisprudência — é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante; se a sua existência for duvidosa, se a sua extensão não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais." Hely Lopes Meirelles, MANDADO DE SEGURANÇA E AÇÃO POPULAR, 10 ed. S.P. Ed. RT 1985.

4. Entendeu o MM. Magistrado, na sentença que o calendário rotativo não poderia ser efetuado através de Decreto, muito menos de decreto autônomo. Deveria preexistir lei.

A Lei nº 9.272, de 15 de julho de 1991, dispõe sobre o Plano Plurianual para o quadriênio 1992/1995, no art. 1, § 3º — As diretrizes, objetivos, metas e despesas dos programas são os especificados nos anexos integrantes desta lei...

§ 4º — Constituem-se como prioritárias as ações governamentais do Poder Exe-

cutivo dirigidas ao desenvolvimento das funções de educação, saúde e segurança pública.

E, no anexo 2.1.1, Educação — "Além da restauração e ampliação de toda a rede escolar e da utilização do espaço da escola com 3 grupos alternados de alunos, de forma a ter três inícios de anos letivos diferentes, absorvendo toda a clientela de alunos excedentes, diminuindo a ociosidade física e racionalizando a ocupação dos professores".

5. De qualquer forma, a implantação do calendário rotativo não é uma norma legal, pois não se legislou a respeito, mas um ato da administração, que poderia ter sido feito como foi, através de decreto.

O conteúdo do ato administrativo do Decreto nº 34185, de 30 de janeiro de 1992 não contém vestígio de generalidade e abstração, esgotando todos os seus efeitos de uma só vez, insuscetível de mais de uma aplicação, não se traduzindo assim em ato normativo ou regulamentar, mas sim um ato administrativo "tout court", concernente à organização e ao funcionamento da administração estadual.

Assim, não houve exorbitância de poder mas mero exercício de poder regulamentar, em que podia o Governador "prover situações ainda não disciplinadas por lei".

Foi um ato necessário à organização e ao funcionamento da administração estadual, feita com respaldo constitucional, o art. 82, VII da Constituição Estadual.

6. Veja-se, ainda, que os artigos 1 e 2, são exatamente idênticos aos do Decreto 33.859, de 7 de fevereiro de 1991, que dispôs que o ano letivo seria de 200 dias.

Este decreto anterior, referente aos 200 dias foi apreciado em sua constitucionalidade pelo Pleno do Tribunal de Justiça do Estado ao julgar a ADIN 591068978 em ação proposta pelo CEPERGS/Sindicato.

Transcreve-se a ementa do referido acórdão, julgado em 2 de dezembro de 1991.

"DECRETO. Possibilidade de sua edição autônoma.

CONSTITUCIONALIDADE do Decreto Estadual que fixa número de DIAS LETIVOS no Ensino Estadual. Votos Vencidos."

7. E, do voto do Des. Relator extrai-se o seguinte excerto:

"Com este repasse nos conceitos e nas definições de decretos e de regulamentos, estou pretendendo destacar as diferenças existentes entre uns e outros, especialmente para dizer que o regulamento sempre pressupõe a existência de uma lei, por isso que sua finalidade é explicitá-la e aplicá-la, enquanto que o decreto se basta em si.

No propósito, precisa é a lição de Hely Lopes Meirelles in Direito Administrativo Brasileiro, 16ª edição, transcrita no parecer do Ministério Público; "No poder de chefiar a administração está implícito o de regulamentar a lei e suprir, com normas próprias, as omissões do Legislativo que estiverem na alçada do Executivo. Os vazios da lei e a

imprevisibilidade de certos fatos e circunstâncias que surgem a reclamar providências imediatas da administração, impõe-se reconhecer ao Chefe do executivo o poder de regulamentar, através de decreto, as normas legislativas incompletas ou de prover situações não previstas pelo legislador, mas ocorrentes na prática administrativa. O essencial é que o Executivo, ao expedir regulamento-autônomo ou de execução da lei não invada as chamadas reservas da lei ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, e tais são, em princípio, as que afetam as garantias e os direitos individuais assegurados pela Constituição (art. 5º).

Atente-se que o art. 82, em seu inciso V, estabelece ser do Governador a competência privativa para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das Leis, contemplando separadamente as duas figuras, unidas pela copulativa "e", a realçar a distinção, tanto que a "regulamentos" fez adicionar a sua finalidade conceitual.

"Na espécie, embora sem precisar fazê-lo, posto desnecessário, o Decreto Estadual nº 33.859 incorporou em seu artigo 1 a remissão do Decreto Federal nº 13, quando suficiente era estabelecer o número de dias letivos, já previstos, quanto ao mínimo, na legislação nacional, qual seja a Lei nº 5692/71." Trecho do voto do Des. SERGIO PILLA DA SILVA, cópia xerográfica do acórdão em anexo, que a final julga "improcedente a ação intentada, pois não surpreendo ofensa a Constituição Estadual na edição do Decreto nº 33.859."

7. Embasou o magistrado a concessão da segurança em várias normas constitucionais. Ser razão, entretanto.

Exatamente para cumprir o preceito constitucional que assegura o acesso a escola pública é que foi implantado o Calendário Rotativo.

É dever do Estado assegurar a educação (art. 208 da Constituição Federal) efetivado mediante a garantia de: "I — ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria"

E o parágrafo 1º do artigo 208 expressa ser direito público subjetivo "o acesso ao ensino obrigatório e gratuito." Desde logo se verifica que o direito público subjetivo seria o acesso ao ensino fundamental, não a determinada época de ensino.

Veja-se, ainda, o art. 200, que reproduzindo o similar na órbita federal dispõe que — "O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 1º — O não-oferecimento do ensino obrigatório e gratuito ou a sua oferta irregular, pelo Poder Público, importa responsabilidade da autoridade competente.

Mais radical, ainda, o § 3º do artigo 200 — Transcorridos dez dias úteis do pedido de vaga, incorrerá em responsabilidade administrativa a autoridade estadual ou municipal competente que não garantir, ao interessado devidamente habilitado, o acesso à escola fundamental."

8. Confrontando a proposta educacional que instala este tipo de calendário inovador com os princípios de ordem constitucional acima referidos, e os da esfera estadual, e ainda os artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, percebe-se sua perfeita sintonia. Os propósitos e intenções do Calendário Rotativo atender amplamente o que

é prescrito, em termos educacionais pela Carta Maior do Estado e do País.

9. Então demonstra-se que o início diferenciado de aulas é legal e legítimo o ato do Poder Executivo, não havendo abuso ou ilegalidade de poder.

A sentença concedendo a segurança viola a Constituição.

Incursiona o Judiciário na avaliação pedagógica, critérios de escolarização, conveniência, técnica e razoabilidade adotada pela Administração.

Importou em substituir-se a autoridade administrativa. Avaliar da conveniência e oportunidade de um plano de ensino não é função do Poder Judiciário, mas daqueles que, legitimados pela eleição, foram escolhidos para administrar a coisa pública.

Trata-se de responsabilidade política que o administrador haverá de responder politicamente perante o povo. Os poderes públicos são independentes e harmônicos entre si. Se o Poder Judiciário perquirir o mérito do ato administrativo, invalidá-lo por julgá-lo inadequado, insensato, inconveniente, inoportuno ou imperfeito, tecnicamente estará transcendendo as suas atribuições, invadindo seara pertencente a outro poder e ofendendo o art. 2º da Constituição Federal.

10. E basta esta constatação para afastar a intervenção, no caso do Poder Judiciário, cuja função se limita ao controle da legalidade dos atos administrativos.

SEABRA FAGUNDES em sua obra "O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO" ensina: "Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los tão-somente sob o prisma da legalidade. Esse o limite do controle quanto à extensão. O mérito compreende as questões relativas ao acerto, à injustiça, à equidade, etc. Ao Judiciário não se submetem os interesses que o ato administrativo contraria, mas apenas os direitos individuais acaso feridos por ele. O mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo. E o Poder Judiciário, nele penetrando, faria obra de administração, violando, destarte, o princípio da separação e independência dos poderes". SEABRA FAGUNDES, O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO, 2ª edição, fls. 173/174.

11. Repete-se: A implantação do calendário rotativo é um ato administrativo político, ele trata de finalidade unicamente política ao tentar preencher adequadamente os espaços escolares. Circunscreve-se ao âmbito interno do mecanismo estatal-administrativo. Não atinge direitos individuais explicitamente reconhecidos ou amparados pela ordem jurídica (direito subjetivo). Se muito, poderá atingir interesses particulares contrariados. Trata-se de ato de governo cuja competência é haurida diretamente da Constituição (art. 84, II, VI e art. 82, II, VII CE, combinado com o art. 90, I).

O Poder Judiciário não analisa o mérito desses atos que podem, entretanto, serem analisados politicamente pelo Poder Legislativo (art. 48, IX CF e art. 53, II, CE) ou pelo Povo nas eleições subsequentes. Trata-se, pois de ato insuscetível ao controle judicial quanto a valoração dos seus motivos e conteúdo.

12. Em resumo, a sentença é manifestamente ilegal por ter extrapolado os limi-

tes da hierarquia da autoridade coatora, invadiu a competência do Executivo, inerente a administração, e mais suspendeu atos de autoridade de hierarquia de competência do Tribunal de Justiça do Estado. Ofendeu assim a organização e o funcionamento da administração estadual (art. 82, VII da CE/89, e o art. 129 a 132 da CE/89, a independência e a harmonia dos poderes (CF art. 25 c/c arts. 2, 34, inciso IV e art. 60, § 4º, inciso III, bem como art. 95, XII, b).

13. Insurge-se, ainda o Estado quanto a condenação em honorários advocatícios, lembrando a Súmula 512 do STF.

FACE AO EXPOSTO, O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL requer seja dado provimento à apelação, e reformada a sentença para ser denegada a segurança.

N. Termos

P. Deferimento

PORTO ALEGRE, 20 de maio de 1992

ACÓRDÃO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

APELAÇÃO — ENSINO PÚBLICO ESTADUAL — Calendário Rotativo. Ato praticado por Secretário de Estado. Competência funcional. O foro em razão da hierarquia foi instituído por preceito constitucional para preservar a harmonia entre os Poderes. Recurso provido para se cassar a decisão de 1º grau por manifesta incompetência "ratione personae", determinando-se remessa ao 2º Grupo de Câmaras Cíveis. Recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
Nº 592064042 PORTO ALEGRE

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO

DA 3ª VARA DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA

DA COMARCA DE PORTO ALEGRE

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,

ASSOCIAÇÃO DE CÍRCULO DE PAIS

E MESTRES DA ESCOLA DE 1º GRAU

VISCONDE DE RIO GRANDE

APRESENTANTE;

APELANTE;

APELADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acórdam, à unanimidade, em Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, prover o apelo, de conformidade e pelos fundamentos das inclusas notas taquigráficas que integram o presente acórdão.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, o Exmo. Sr. Des. LUIZ GONZAGA

PILA HOFMEISTER e o Exmo. Sr. Des. JOÃO LOUREIRO FERREIRA.
PORTO ALEGRE, 23 de setembro de 1992.

DES. DÉCIO ANTÔNIO ERPEN,
Presidente e Relator

RELATÓRIO

O PRESIDENTE DES. DÉCIO ANTÔNIO ERPEN — RELATOR — Perante a 3ª Vara da Fazenda Pública, a ASSOCIAÇÃO DE CÍRCULO DE PAIS E MESTRES DA ESCOLA ESTADUAL DE 1º GRAU VISCONDE DE RIO GRANDE impetrou mandado de segurança contra ato da DIRETORIA da mencionada escola, alegadamente violador de direito líquido e certo dos associados dela, impetrante. O ato impugnado dizia com a anunciada implantação, na referida escola, do chamado Calendário Rotativo, com base no Decreto Estadual nº 34.185, de 30.01.92.

Foi concedida liminar assegurando matrícula no Calendário "A" de todo aluno que, através do legal representante, assim o desejasse. A liminar foi suspensa por despacho do Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Justiça.

Vieram as informações, sustentando ser, o Calendário Rotativo, legitimado pelo Decreto Estadual nº 34.185/92, "um projeto educacional da maior qualidade e relevância", voltado, entre outros objetivos, a eliminar o problema de alunos excedentes, de falta de vagas na rede escolar pública. Sua implantação e ato administrativo político, voltado ao fim de adequado preenchimento dos espaços escolares. É ato de governo, da competência do Poder Executivo infenso ao controle judicial "quanto à valoração dos seus motivos e conteúdos".

O parecer do MP, fundamentado, foi pela denegação da segurança.

Sentenciando, o magistrado concedeu a segurança, tornando definitiva a liminar e condenando a autoridade coatora em custas e honorários. Considerou inexistente o Decreto nº 34.185/92, "por versar sobre matéria reservada à lei formal (art. 206 da CE, c/c art. 36, da ADCT)". Ainda que fosse válido, o Calendário que instituiu obedece a duas regras básicas: uma, ligada ao princípio da necessidade, "combinando oferta e procura de vagas"; outra, o direito de opção do aluno quanto ao calendário que mais lhe convém, quando instituído mais de um. Aprofundando o exame da espécie, entendeu não demonstrada a necessidade de adoção de mais de um Calendário e percebeu não assegurado aos alunos o direito de optar por um deles. Asseverou, por fim, não estar adentrando em análise do mérito administrativo do chamado calendário rotativo, para dizer se este é bom ou ruim, mas apenas buscando assegurar, de um lado, os direitos individuais definidos nas Constituições Federal e Estadual, e, de outro, sem considerar a ilegalidade do Decreto 34.185, assegurar os direitos neste previstos e que estão sendo violados, como no caso em exame, pelos Diretores das escolas.

Apelou o Estado do Rio Grande do Sul, suscitando, preliminarmente, a ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora. O ato impugnado foi praticado à ordem da Secretaria de Educação, ou, antes, em atendimento ao Decreto 34.185, do Governador do Estado. Nesta hipótese, a competência para conhecer e decidir a espécie seria originária, do Tribunal de Justiça. E no caso de se considerar a ordem proveniente da Secretária de Educação, competente seria o 2º Grupo Cível. Levanta, depois, a

questão da falta de certeza e liquidez do direito alegadamente ameaçado de violação. Sustenta a adequação do Decreto 34.185 à ordem constitucional, bem como a validade da implantação, na espécie "sub judice", do Calendário Rotativo". Insurge-se, também, contra a condenação em honorários, pedindo a reforma total da sentença.

O recurso foi respondido, vindo os autos a esta Câmara, em grau de reexame necessário e recurso voluntário.

O Dr. Procurador de Justiça suscita a incompetência do juízo a quo, por ser o ato impugnado praticado por ordem da Secretaria de Educação. No mérito, preconiza que, em reexame necessário, prejudicada a apelação, se julgue prejudicado o writ, face a decisão da Presidência deste Tribunal, que suspendeu a execução da liminar. Tal decisão, permitindo o início, a esta altura, de cada calendário, torna ineficaz a segurança pleiteada.

VOTO

O PRESIDENTE DES. DÉCIO ANTÔNIO ERPEN — RELATOR — Acolho integralmente o parecer do Dr. Cláudio Mastrângelo Coelho, que com sua já conhecida acuidade e invulgar brilho, enfrentou a questão de incompetência do magistrado de 1º grau, e de consequência da prejudicialidade do pedido porquanto, face ao decurso do tempo, não haveria mais lapso temporal autorizador de retrocesso.

Efetivamente, cuida-se de mandado de segurança contra ato de Secretário de Estado, e não de Diretor de Escola que é mero executor de ordem, sem qualquer faixa de autonomia, assim que não se inclui no conceito de autoridade. A condição de Diretor de Estabelecimento se assemelha a do Oficial de Justiça que deve cumprir à risca o que o magistrado determina.

Os Foros em razão da hierarquia funcional foram instituídos por preceito constitucional em homenagem ao princípio de harmonia e independência de poderes, com isso evitando-se que integrantes de um Poder, mas que exercem funções menos graduadas se sobreponham à autoridade de outro poder, mas com graduação maior.

Cuidando-se de incompetência absoluta é de se proclamar a nulidade do ato sentencial, bem assim os de instrução, devendo os autos serem remetidos ao Egrégio 2º Grupo que é o competente, até para apreciar eventual prejudicialidade que penso existir, mas que deve ser proclamada pelo Tribunal e respectivo órgão competente.

Dou provimento ao apelo, pois para cassar a decisão recorrida, determinando a remessa ao Egrégio 2º Grupo. Em complemento a esse voto, acolho como razões de decidir a fundamentação do magnífico parecer do Dr. Cláudio M. Coelho no que tange à incompetência do Juízo de 1º Grau, e que faço transcrever no que pertine:

"Preliminarmente, impende se reconhecer a incompetência do juízo originário, porquanto, como transborda das informações prestadas, a Diretora do estabelecimento se constituía em mera "executora do programa educacional ideado pela Administração Estadual, no seio de escola que dirigia.

Maxima venha concessa, salta aos olhos a inconsistência da versão da impetrante, que, em vão, tenta obscurecer o que era público e notório, ou seja, a implantação do Calendário Rotativo significa meta prioritária do Governo Collares, inconfundível com isolada iniciativa de alguma Diretora de educandário.

Nem se atribua ao próprio Chefe do Poder Executivo a condição de autoridade coatora, porquanto, embora de sua autoria o Decreto em apreço, resulta indubitoso que a observância de seus critérios e normatização compete à titular da Secretaria de Estado da Educação, à qual como gestora da matéria, incumbe a responsabilidade pelo setor, incumbindo-lhe defender o ato atacado.

Via de consequência, há que se encaminhar o processo ao Colendo 2º Grupo Cível, competente para apreciá-lo, inclusive o anulado, se assim entender (veja-se RTJ, 79/356, 78/398)".

O DES. LUIZ GONZAGA PILA HOFMEISTER — REVISOR — Senhor Presidente: Como revisor, no caso, acompanho V. Exa.

O pedido endereçou-se, na realidade, contra ato da titular da Secretaria da Educação, a quem a diretora do estabelecimento de ensino, como mera subordinada que é, tão-só cumpria acatar as determinações daquela. E o juízo, cuja incompetência ora se reconhece, apenas não o seria, se o pleito se voltasse contra o Estado do Rio Grande do Sul em si, o qual, através do comando legal, e ao largo de volição e personalidade imediata, fizesse prevalecer o conteúdo da norma abstrata e geral na hipótese concreta.

Na espécie, tal como dimensionado pela apelada, quis transparecer, equivocadamente, que a ordem impugnada teria partido da diretora, quando, na realidade, provém de autoridade superior em hierarquia, de nível de Secretário de Estado, com o que a competência originária desloca-se para o TJ, através do Eg. 2º Grupo Cível.

O DES. JOÃO LOUREIRO FERREIRA — De acordo.

A TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITOS DO ICMS E OS ESTOQUES: MEMORIAL *

Jorge Arthur Morsch

I — INTRODUÇÃO

1. A pretensão das embargantes de transferir a estabelecimentos de terceiros, independente da saída de mercadorias, créditos fiscais de ICMS relativos a mercadorias ainda estocadas em seu depósito, encontra obstáculo jurídico em primeiro lugar no próprio sistema de incidência não cumulativa do tributo, que a rejeita, como se verá.

2. A par disso, o presente memorial quer demonstrar a improcedência do pedido por três fundamentos.

3. Em 1.º lugar, pela interpretação teleológica. O benefício fiscal da transferência a estabelecimentos de terceiros de crédito fiscal, independente da saída de mercadorias, foi criado precisamente para ensejar a utilização dos **créditos fiscais** que, após uma operação isenta ou com não-incidência, **não foram anulados**. Desprendidos das mercadorias correspondentes, que já saíram sem tributação, esses créditos se acumulavam, sem qualquer utilidade, na conta corrente fiscal, sobretudo das empresas que operam exclusivamente no mercado internacional. Daí a criação do benefício fiscal, que abriu a possibilidade da transferência a terceiros desses créditos, **resultantes da não-anulação**, porque **só eles se acumulam e podem permanecer inúteis**.

4. Em 2º lugar, porque tal interpretação decorre dos textos das normas que concedem o benefício. A reiterada alusão a créditos **excedentes**, a créditos **acumulados**, a créditos **não anulados** são suficientemente explicitadoras do verdadeiro conteúdo do favor fiscal da transferência, endereçado, exclusivamente aos créditos fiscais **não anulados em decorrência de exportação de produtos industrializados**.

5. Em 3º lugar, não vinga a tese das embargantes, porque o crédito fiscal concernente a mercadorias em estoque é apenas um direito condicional e contingente, consistente no direito de compensar o imposto já pago com o que vier a ser devido. E se nenhum imposto vem a ser devido (saída com isenção ou não-incidência), ele deve ser anulado, por força da norma do artigo 155, parágrafo 2º, inciso II, letra b, da Constituição Federal. Permitir que tal crédito seja transferido a estabelecimento de terceiros, antes que ocorra a condição (evento futuro e incerto) de uma saída que pode ser isenta ou imune significa nada mais, nada menos, do que **impedir a aplicação dessa norma constitucional**, o que é inadmissível.

* Memorial oferecido pelo Estado do Rio Grande do Sul ao 1º Grupo de Câmaras Cíveis nos Embargos Infringentes nº 593005812

*Originalmente publicado na RPGE nº 49, 1993.

6. O presente memorial também se propõe a explicitar alguns pontos do sistema desse tributo, evidenciando que com ele não se harmoniza a postulação dos contribuintes, ampliativa dos termos de um benefício fiscal de contornos claramente definidos. No contexto, é essencial a **distinção** entre o **crédito fiscal por entradas**, ou excludente da cumulatividade, destinado tão-somente a compensar os débitos por saídas, sob pena de ser anulado, e o **crédito fiscal benefício**, que é o crédito fiscal que, **podendo ser anulado**, não foi anulado e com isso adquiriu novas virtualidades. Também é imprescindível uma noção clara do que seja a **transferência do saldo de crédito fiscal**, de um período de apuração para outro período de apuração, transferência que se opera dentro da contabilidade fiscal de uma determinada empresa, tem apenas dimensão temporal, e é elemento instrumentalizador da não-cumulatividade do imposto. Esta transferência do saldo de crédito fiscal é absolutamente inconfundível com a **transferência a terceiros do crédito fiscal acumulado, em virtude da não-anulação do imposto** na saída com isenção ou não-incidência, que se opera de uma empresa para outra, tem dimensão espacial, implica alienação de direitos e é um elemento instrumentalizador de um benefício fiscal ao contribuinte.

7. A delimitação do litígio facilita a discussão. E aqui cabe esclarecer que o Estado **não contesta** a existência válida seja do benefício da não anulação do crédito fiscal do ICMS relativo às entradas de matéria-prima, material secundário e material de embalagem nas exportações para o exterior do produto industrializado calçado, seja do benefício ulterior, que é precisamente o que está sob apreciação, da transferência para o estabelecimento de terceiros dos excedentes de créditos fiscais **acumulados em virtude da não anulação do imposto que incidiu sobre as matérias-primas**, material secundário e material de embalagem, **empregados na fabricação de produtos industrializados exportados**. Em verdade, trata-se de uma imensa gama de benefícios fiscais, disposta em três graus sucessivos (saída imune do produto industrializado, não-anulação do crédito fiscal correspondente a matérias-primas, material secundário e material de embalagem dos produtos industrializados exportados, e possibilidade de transferência dos créditos fiscais não anulados para estabelecimentos de terceiros).

8. Existentes e válidos à época da propositura da ação, assim continuam hoje, com as seguintes particularidades relevantes. Indiscutível a existência da imunidade de que gozam as saídas para o exterior de produtos industrializados, os demais graus de benefício não persistiram incólumes, mas sobreviveram. Com efeito, o texto legal positivador da não-anulação do crédito fiscal correspondente às matérias-primas de produtos industrializados exportados, o artigo 3º da Lei Complementar nº 65, de 15 de abril de 1991, foi suspenso pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADIN nº 600. Inobstante, por decisão dos Estados, o benefício fiscal foi expressamente reiterado pelo Convênio ICMS 66/92 (DOU 29-06-92). Já o benefício de terceiro grau, ou seja, a transferência a terceiros dos créditos fiscais não acumulados persiste atualmente com suporte legal exclusivamente local, pois o Convênio AE-7/71, de 5 de maio de 1971, que o introduziu, foi revogado nos termos do artigo 41, parágrafo 3º do ADCT da Constituição Federal, e Convênio ICMS 60/90, de 13 de setembro de 1990 (DOU 18-09-90).

II - O CRÉDITO FISCAL QUE EXCLUI A CUMULATIVIDADE

9. A contabilidade das empresas pode abrigar dois tipos de crédito fiscal do ICMS. Ambos têm origem constitucional. O primeiro decorre da regra da não-cumulatividade do imposto e se destina a permitir que o contribuinte abata (compense) o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores (Constituição Federal de 1969, artigo 23, inciso II; Constituição Federal de 1988, artigo 155, parágrafo 2º, inciso I). O segundo representa um benefício fiscal, cuja concessão é facultada aos Estados, como exceção à regra do estorno (anulação) do crédito relativo às operações anteriores na ocorrência de isenção ou não-incidência (Constituição Federal de 1969, artigo 23, inciso II, parte final; Constituição Federal de 1988, artigo 155, parágrafo 2º, inciso II, letra b, e artigo 155, parágrafo 2º, inciso XII, letra f). De origem distinta, com natureza jurídica distinta, os dois tipos de crédito fiscal também se distinguem, nos seus efeitos jurídicos. É o que se verá.

10. Quando uma mercadoria tributada entra no estabelecimento de um contribuinte do ICMS, ele não recebe apenas essa mercadoria. Ele está adquirindo também a titularidade sobre o crédito fiscal respectivo. Isto é, juntamente com a mercadoria, ele recebe uma nota fiscal, na qual vem destacado o montante de ICMS que incidiu sobre a mercadoria na anterior operação de saída, e que o contribuinte que promoveu a anterior operação de saída registrou em sua contabilidade como débito fiscal. Quando a mercadoria entra no estabelecimento do contribuinte, ele registra em seu prol um crédito fiscal, em valor idêntico ao do débito fiscal pela saída anterior.

11. Esse crédito fiscal, na entrada das mercadorias, se destina a implementar o princípio da não-cumulatividade do imposto. Seu conteúdo jurídico está bem determinado: é o direito de abater (compensar), na operação atual, o montante de imposto cobrado nas operações anteriores. Assim, quando o contribuinte promover ulterior operação tributada de saída de mercadoria, os débitos fiscais gerados na saída serão compensados pelos créditos fiscais gerados na entrada.

12. Essa compensação não se faz, considerando especificamente os créditos e os débitos gerados pela circulação (entradas e saídas) de uma **determinada mercadoria**, mas considerando os créditos relativos às operações de circulação de mercadorias **realizadas num determinado período**. Isto é, de regra, a apuração do montante de imposto a pagar se faz pelo chamado **método global** (Lei nº 8.820, de 27 de janeiro de 1989, artigo 32, **caput**), que considera a totalidade dos créditos por entrada e a totalidade dos débitos por saída verificados num determinado período (mês) (N.B. **O método específico** de apuração do imposto a pagar, em duas modalidades, está previsto no parágrafo 1º do artigo 32 da Lei nº 8.820, de 27 de janeiro de 1989, mas não tem aplicação à hipótese dos autos).

13. Como se viu, à medida que as mercadorias vão saindo, vão gerando débitos fiscais, compensáveis com créditos fiscais por entradas. Se, no período de apuração, a soma dos débitos fiscais for maior que a soma dos créditos fiscais, haverá imposto a pagar, em montante igual à diferença. Se, no mesmo período, a soma dos créditos fiscais por entradas for superior à soma dos débitos fiscais por saídas, efetua-se nova-

mente a compensação, até o montante dos débitos fiscais. Não haverá imposto a pagar, mas um saldo de crédito fiscal, após realizada a compensação. Este saldo de crédito fiscal não está perdido para o contribuinte. Ele fica transferido, na contabilidade do contribuinte, para o período seguinte de apuração. Esta transferência de crédito fiscal de um período de apuração para outro período de apuração tem dimensão apenas temporal, e visa ensejar ao contribuinte que compense no período seguinte o crédito fiscal que deixou de compensar no período anterior. Representa uma mera dilação na utilização, dentro da mesma empresa, do crédito fiscal, sem que ocorra mudança na titularidade do direito, que permanece com o mesmo estabelecimento contribuinte. Nesse período seguinte de apuração (mês), o saldo credor de crédito fiscal transferido do período anterior será somado aos novos créditos fiscais por entradas de mercadorias realizadas no período e será utilizado para compensar os débitos fiscais por saídas de mercadorias nesse período. Numa empresa, a contabilização dos créditos por entradas, dos débitos por saídas e a respectiva compensação constitui a conta corrente fiscal. O **método global**, de apuração por períodos do valor do imposto a pagar e da conexa transferência para o período subsequente do eventual saldo credor apurado, **integram a sistemática do tributo**, como instrumento concretizador da não-cumulatividade, **desde a instituição do ICM**. Veja-se o parágrafo 1º do artigo 54 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, denominado depois Código Tributário Nacional. Sempre foi assim, mesmo antes e também depois do Convênio AE-7/71. O método global e o eventual saldo credor, que se transfere, na contabilidade do contribuinte, para o período ou períodos seguintes de apuração, absolutamente nenhuma relação tem com o **crédito fiscal não-anulado era razão da exportação de determinados produtos industrializados** (relacionados em lista), somente este passível de transferência (alienação) a terceiros, como parte do pagamento na aquisição de insumos, como se fosse moeda. Identificar tão distintas realidades - como pretendem as embargantes - não apenas agride, mas anarquiza o sistema constitucional da não-cumulatividade do ICMS. Só pode incorrer em tão grave equívoco quem se recusa a ler, por inteiro, o texto das respectivas normas legisladas, e quem prefere afastar as noções de estorno (anulação) e não-estorno (não-anulação) de crédito fiscal. E contudo, elas aí estão!

14. Quando se examina o sistema de créditos e débitos correspondentes às entradas e saídas (reveladoras de uma operação de circulação de mercadorias) se contempla o **aspecto dinâmico** do método global de apuração do imposto a pagar. Mas esta apreciação também pode ser feita desde um **enfoque estático** da conta corrente fiscal, com vistas a surpreender quais são os créditos fiscais destinados a evitar a cumulatividade **existente na contabilidade fiscal** de uma empresa. Da compreensão do sistema não será difícil concluir que os créditos fiscais existentes na contabilidade do contribuinte são aqueles correspondentes às mercadorias que **entraram** e que ainda **não saíram**. Lógico. Sabe-se que todo crédito fiscal corresponde a uma entrada de mercadoria anteriormente tributada. Se essa mercadoria já saiu, e se saiu por preço não inferior ao da entrada (o que se presume, na atividade industrial e comercial lucrativa), consumiu crédito fiscal em montante pelo menos idêntico ao da entrada. São duas alternativas. Se a saída foi tributada, gerou débito fiscal, e o crédito fiscal correspondente realizou sua função, sendo consumido na compensação. Extinguiu-se pelo uso. Por outro lado, se a saída não foi tributada (na isenção, por exemplo), o crédito

fiscal relativo às operações anteriores deve ser anulado. Por isso, pode-se afirmar que o crédito fiscal existente na contabilidade de uma empresa é basicamente aquele correspondente às mercadorias que entraram e não saíram. Essas mercadorias que entraram e que (ainda) não saíram constituem pura e simplesmente o **estoque de mercadorias** do estabelecimento. E os créditos fiscais respectivos são os créditos fiscais relativos aos estoques. Em resumo: mercadoria em estoque é a totalidade da mercadoria existente nos depósitos da empresa. É tudo. Créditos fiscais relativos aos estoques também são a totalidade dos créditos fiscais por entradas existentes na empresa (com exclusão apenas dos créditos por benefícios fiscais).

15. A circunstância de que os créditos fiscais relativos aos estoques correspondem à totalidade dos créditos fiscais (não originados de benefícios fiscais) existentes no estabelecimento do contribuinte exige uma meditação. Quando os contribuintes postulam, como na presente ação, que, na transferência de créditos fiscais a estabelecimentos de terceiros, sejam incluídos os créditos fiscais correspondentes às mercadorias em estoque, pode parecer que formulam um modesto pleito. A ampliação, pouco significativa, de um benefício fiscal. A eliminação de uma restrição. Contudo, como se viu, o contribuinte **quer tudo, postula o máximo, pleiteia a transferência da totalidade dos créditos**, seja os correspondentes ao benefício fiscal da não-anulação (o que é devido), seja os créditos por entrada e destinados a excluir a cumulatividade (o que não é devido). Os ganhos podem ser computados em milhões de dólares para os contribuintes... E em milhões de dólares em prejuízos para o Estado.

16. É através do sistema de compensação do imposto pago anteriormente que se realiza o princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS. Por isso se diz que o imposto anteriormente pago, contabilmente denominado crédito fiscal, é o direito de abater (compensar).

17. Enquanto direito de abater (compensar), com vistas a evitar a cumulatividade, o crédito fiscal perde sua razão de ser quando a operação subsequente não é tributada. Se a operação subsequente não é tributada, não haverá possibilidade de abater (compensar), porque não haverá do que abater (compensar). Por isso, o crédito fiscal, restando sem sentido, deve ser anulado. É a determinação expressa da Constituição Federal (Constituição Federal de 1969, artigo 23, inciso II, parte final; Constituição Federal de 1988, artigo 155, parágrafo 2º, inciso II, letras a e b, e a jurisprudência tranquila do Colendo Supremo Tribunal Federal, desde a vigência da Constituição de 1967 (RE 73.741-RS. 2ª Turma. Xavier de Albuquerque. RTJ 75/760; RE 83.661-RS. 1ª Turma. Rodrigues Alkmin. RTJ 81/572. RE 83-888-SP. 1ª Turma. Bilac Pinto. RTJ 78/628). Entre as hipóteses de não incidência, que acarretam a anulação do crédito fiscal, estão a imunidade, a integração da mercadoria no ativo fixo do estabelecimento, o perecimento da mercadoria, entre outras (Lei nº 8.820, de 27 de janeiro de 1989, artigo 28, inciso II, letras a e c).

18. Este crédito fiscal se caracteriza claramente como um direito condicional, transitório, contingente, resolúvel. Ele nasceu para compensar. A finalidade da sua existência é ser utilizado na compensação, gastando-se até o esgotamento total, na medida

em que compensa. Essa compensação, é claro, não precisa ser integral no primeiro período de apuração da quantia de imposto a pagar. Se a quantidade de créditos é muito grande (o que é frequente nos períodos iniciais de atividade de uma empresa, quando ela adquire mais do que vende), os créditos não serão exauridos pela compensação já no primeiro período de apuração. Os saldos credores se transferem para o período ou períodos subsequentes de apuração, sempre dentro da contabilidade fiscal da empresa. E se - finalmente - o crédito fiscal perde sua aptidão para compensar, sua vocação única, o que se dá nas saídas ao abrigo de isenção ou não-incidência, ele deve ser estornado (anulado).

19. A necessidade de anulação do crédito fiscal, nas hipóteses de saída com isenção ou não-incidência, está a demonstrar que, enquanto não ocorrer a saída da mercadoria, o crédito fiscal respectivo há de permanecer, necessariamente, na contabilidade fiscal da empresa. Ele tem que ficar para que possa - se for o caso - ser anulado. Com efeito, se o crédito relativo às operações anteriores pode ser anulado desde que ocorra saída com isenção ou não-incidência - e a Constituição é expressa a esse respeito - segue que, antes de verificada essa condição, não cabe cogitar de sua transferência a terceiros. Caso se permita a transferência do crédito fiscal antes de ocorrida a saída (que pode ser isenta ou com não-incidência) se estará simplesmente a impedir a aplicação da regra constitucional. Pois de nada adianta a Constituição estatuir como regra básica do tributo a anulação do crédito fiscal na saída com isenção ou não-incidência se, nessa ocasião, o crédito fiscal já não existe, transferido que foi a terceiros.

20. Sob este prisma, a postulação das embargantes, no sentido da transferência a terceiros, independente da saída das mercadorias, dos créditos fiscais correspondentes às mercadorias existentes em estoque, é flagrantemente violadora da regra constante da parte final do inciso II do artigo 23 da Constituição Federal de 1969, e da letra b do inciso II do parágrafo 2º do artigo 155 da Constituição de 1988.

III - O CRÉDITO FISCAL BENEFÍCIO

21. A par do crédito fiscal excludente da cumulatividade, nosso sistema tributário conhece o crédito fiscal benefício. Sua feição jurídica é muito diferente do crédito fiscal excludente da cumulatividade.

22. Com efeito. O crédito fiscal benefício é um **prêmio** concedido ao contribuinte, como recompensa à sua adesão aos projetos da política econômica nacional. Ele difere radicalmente do crédito fiscal excludente da cumulatividade. Em primeiro lugar, porque o crédito fiscal **benefício** não tem por objetivo impedir que o ICMS seja cumulativo. Em segundo lugar, porque não é condicional ou contingente, como o crédito fiscal excludente da cumulatividade. Em verdade, um exame mais profundo revela que o crédito fiscal benefício se caracteriza pela superação da dimensão da cumulatividade: é um crédito fiscal que alcançou vida própria, ao tornar-se independente das mercadorias, cuja tributação anterior lhe deu origem.

23. Em matéria de ICMS, que fundamento jurídico tem o crédito fiscal benefi-

cio? O crédito fiscal benefício tem origem na faculdade prevista, **antes**, na parte final do inciso II do artigo 23 da Constituição Federal de 1969, e, **agora**, no inciso II do parágrafo 2º do artigo 155 da Constituição Federal de 1988, através da expressão "**salvo determinação em contrário da legislação**", e como exceção à regra geral que prescreve a anulação do crédito fiscal relativo às operações anteriores sempre que se verifique hipótese de isenção ou não incidência.

24. Com efeito, as operações que destinem ao exterior produtos industrializados são imunes à incidência do ICMS (Constituição Federal de 1969, artigo 23, parágrafo 7º; Constituição Federal de 1988, artigo 155, parágrafo 2º, inciso X, letra a). Como **imune é a saída para o exterior** (não as operações internas anteriores) **e relativa a produtos industrializados** (não abrangendo matéria-prima nem produtos semi-elaborados), quaisquer créditos fiscais relativos às operações anteriores devem ser anulados (Constituição Federal de 1969, artigo 23, inciso II, parte final; Constituição Federal de 1988, artigo 155, parágrafo 2º, inciso II, letra b). O sentido da imunidade é a exclusão do imposto na saída para o exterior de produtos industrializados. Certo: os exportadores sempre procuraram ampliar o benefício fiscal, para dar-lhe uma abrangência total e incondicionada, compreendendo de um lado não apenas as operações de exportação, mas as saídas anteriores; de outro, não apenas os produtos industrializados, mas também suas matérias-primas. Mas o Supremo Tribunal Federal, na interpretação da Constituição e das leis, rejeitou sua postulação (RE 78.357-RS. 2ª Turma. Antônio Neder. Juriscível do STF 59/92; RE 79.448-RS. 2ª Turma. Thompson Flores. RTJ 74/240; RE 79.451-RS. 2ª Turma. Rodrigues Alkmin. Juriscível do STF 41/129; RE 85.175-SP. 1ª Turma. Bilac Pinto. RTJ 80/656). Este é o **primeiro grau de benefício**.

25. Contudo, através da expressão "**salvo determinação em contrário da legislação**", a Constituição Federal ensejou ao legislador complementar **ir além da imunidade**, prevendo um **segundo grau de benefício**. Isto é, foi permitido, **como exceção**, se previesse a **não anulação do crédito fiscal** relativo às operações anteriores, ou seja, que o exportador de produtos industrializados pudesse **manter (não anular)** o crédito fiscal relativo às operações anteriores, a despeito da saída imune. À época da inicial, este benefício estava previsto no parágrafo 3º do artigo 3º do Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968; e nos parágrafos 3º e 4º do artigo 33 do Decreto 29.809, de 18 de setembro de 1980. Atualmente, no Convênio ICMS 66/92, na Lei nº 8.820, de 27 de janeiro de 1989, artigo 28, parágrafo único, inciso I e no Decreto nº 33.178, de 2 de maio de 1989, artigo 34, parágrafo 5º, letra b.

26. É óbvio que este crédito fiscal **não anulado** já não é apenas o direito de abater, na operação subsequente, o imposto pago nas operações anteriores. A operação subsequente já ocorreu... E não foi tributada!!!

27. Em realidade, a manutenção do crédito fiscal, que pela regra geral do sistema deveria ter sido anulado, gera o fenômeno da mudança de sua natureza jurídica. Com efeito. Antes o contribuinte tinha em seu depósito produtos industrializados, e em sua contabilidade os créditos fiscais correspondentes. Agora, os produtos industrializados saem do depósito do contribuinte com destino ao exterior, em operação imune

(por se tratar de produto industrializado exportado), mas o crédito fiscal fica (não é anulado). O depósito se esvazia de mercadorias, mas a contabilidade permanece cheia de créditos fiscais. Para quê? Para excluir a cumulatividade não mais o será, pois a operação subsequente já ocorreu. O que efetivamente acontece com este crédito fiscal? O crédito fiscal, que a regra do artigo 155, parágrafo 2º, inciso II, letra b da Constituição Federal tinha **condenado à morte, por anulação**, mantém-se vivo e adquire outra feição. **Perde a função de excluir a cumulatividade**. Corta a sua relação de dependência com um conjunto de mercadorias (a que o prendia o princípio da não-cumulatividade). Torna-se um benefício fiscal, dotado das virtualidades que a lei, em cada caso, lhe reconhecer.

28. Em que momento opera-se esta transformação qualitativa, na qual o **crédito fiscal propriamente dito, excludente da cumulatividade**, livra-se da sua destinação constitucional de evitar a cumulatividade, através do abatimento (compensação) do imposto pago nas operações anteriores, e adquire a feição de **crédito fiscal benefício**?

29. Não é difícil responder: o crédito fiscal **benefício surge com a não-anulação do crédito fiscal excludente da cumulatividade**. O crédito fiscal benefício é o próprio crédito fiscal excludente da cumulatividade **após a não-anulação**. Em outras palavras, o **crédito fiscal benefício só surge após o implemento de dois pressupostos**: a) **uma operação imune** (saída para o exterior de produtos industrializados); b) **seguida do benefício adicional da manutenção dos créditos fiscais** (não anulação).

30. Em linguagem figurada, poderíamos dizer que, com a não-anulação, o crédito fiscal se transfigura. Tendo vencido a morte, à qual fora condenado, ele se liberta das mercadorias, de cuja tributação anterior ele representava a quantificação, pois elas saíram e ele ficou. E exatamente por isso, porque as mercadorias já saíram (exportadas) e o crédito fiscal ficou, ele também se liberta da missão constitucional de excluir a cumulatividade. Não anulado, o crédito fiscal adquire uma vida nova. **Torna-se simplesmente um benefício fiscal. Um prêmio**. Que pode propiciar ao contribuinte pagar menos imposto em outras operações de saída. Que pode valer como moeda, para pagar impostos. Que pode valer como moeda, para pagar parte da aquisição de insumos a terceiros. A tudo isto pode se prestar o crédito fiscal benefício, o crédito fiscal não anulado.

31. Somente a partir desta etapa, isto é, após a não-anulação do crédito fiscal, surge o benefício ora em discussão. Por uma razão muito simples: os industriais que atuam exclusiva (ou preponderantemente) no mercado internacional deram-se conta de que de nada lhes adiantava manter (não anular) tais créditos fiscais, **se não havia como utilizá-los**. Realizando exclusivamente (ou preponderantemente) operações imunes, a mera manutenção de créditos fiscais relativos às entradas de matérias-primas dos produtos industrializados exportados era um **benefício sem expressão econômica**, na medida em que tais créditos iriam se acumular indefinidamente em sua contabilidade, sem possibilidade de uso. Exatamente para dar expressão econômi-

ca à manutenção (não anulação) do crédito fiscal aos contribuintes que se dedicam exclusiva ou preponderantemente à exportação de produtos industrializados foi criada, entre outros benefícios, a possibilidade de **transferência a terceiros, dos créditos fiscais acumulados em decorrência da dispensa da anulação**, como pagamento parcial de insumos. O benefício foi criado exatamente para isso: para **dar sentido econômico aos créditos fiscais mantidos (não anulados), após uma operação de exportação de produtos industrializados, ao abrigo de imunidade**. Esta constatação permite concluir, com toda a segurança que o método teleológico de interpretação autoriza, que os créditos fiscais que podem ser transferidos a terceiros são exclusivamente aqueles que não foram anulados, isto é, que, correspondendo à matéria-prima de produtos industrializados exportados, **deveriam ter sido anulados** (Constituição Federal de 1969, artigo 23, inciso II, parte final, na redação da Emenda Constitucional nº 23, de 1º de dezembro de 1983; Constituição Federal de 1988, artigo 155, parágrafo 2º, inciso II, letra b), **mas não o foram** pela concessão de benefício fiscal (Constituição Federal, artigo 155, parágrafo 2º, inciso II e inciso XII, letra f). É relevante assinalar que as autoras embargantes são confesas a respeito, pois admitem essa origem para o benefício. Releia-se a inicial, fl. 3, itens 2, 3 e 4.

32. Mas não é apenas a interpretação sistemática, nem é apenas a interpretação teleológica que conduzem a tanto. O próprio texto, em sua literalidade, sempre o determinou. Desde sempre, desde o início do benefício, originalmente previsto no Convênio AE-7/71, e que na data do ajuizamento da ação vigia com a redação do Convênio ICM 5/87. A quem não o leia de relance, o Convênio AE-7/71 não oferece qualquer enigma. Lidas e compreendidas as suas treze cláusulas, percebe-se, com toda a clareza que um texto legal deve ter, que as cláusulas 2ª a 12ª disciplinam alternativas específicas de utilização do benefício fiscal e de formalidade que o cercam, para garantia do Erário, enquanto as cláusulas 1ª e 13ª (1ª e última) estabelecem normas gerais, a primeira permanente, a última uma norma provisória, aplicáveis genericamente a todas as hipóteses de utilização do benefício previstas no Convênio. Com efeito, resta claro do exame detido do texto que a cláusula 1ª do Convênio se encarregou de definir quais os créditos passíveis de serem transferidos, e que portanto são o objeto das normas do Convênio. E também é claro que a cláusula 13ª estabeleceu uma norma transitória, destinada a permitir a implantação progressiva do benefício fiscal, de modo a evitar perdas abruptas e sensíveis de receita. Com efeito, realmente é assim. Basta ver a redação da Cláusula 1ª: **não são quaisquer créditos que podem ser transferidos. São créditos com uma origem pré-determinada pelo Convênio**. Realmente, são passíveis de transferência apenas os créditos eventualmente **acumulados em razão de uma das seguintes ocorrências**, expressamente mencionadas: a) entrada de matérias-primas, material secundário e material de **embalagem empregados na fabricação de produtos que sejam objeto de saída para o exterior**, excetuando-se aqueles cujo estorno é obrigatório na conformidade do disposto no parágrafo 3º do artigo 3º do Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968; b) entrada de matérias-primas, material secundário e material de embalagem empregados na fabricação de máquinas, aparelhos e equipamentos cujas saídas estejam isenias do ICM, nos termos do Convênio AE-5/71; c) incentivo à exportação, previsto no Convênio celebrado em 15 de janeiro

de 1970.

33. Ou seja, quaisquer outros créditos fiscais, que não aqueles acumulados em razão das ocorrências previstas no texto, obviamente não podem ser transferidos. Afastadas as hipóteses das letras b e c, evidentemente impertinentes, resta a hipótese da letra a, que é a de que se cogita. Mas ela exige, sem sombra de dúvida, que se trate de créditos acumulados em consequência da entrada de matérias-primas, material secundário e de embalagem **empregados na fabricação de produtos**; mais: que estes produtos sejam objeto de saída para o exterior; e ainda mais: **manda excluir aqueles créditos cujo estorno é obrigatório**. A regra jurídica não poderia elucidar mais. Em primeiro lugar, mencionou a expressão créditos **acumulados**, e sabemos que os créditos fiscais destinados a excluir a cumulatividade (como os créditos relativos a estoques) não se acumulam na contabilidade fiscal: ou bem se gastam ao abater (compensar) os débitos fiscais por saída, ou são anulados (estornados). Só o crédito fiscal benefício se acumula. Depois, a cláusula 1ª do Convênio AE-7/71 seguiu mais um passo na delimitação, ao referir que passíveis de transferência são os créditos acumulados em virtude da entrada de matérias-primas **empregadas na fabricação de produtos**. Logo, imprescindível que a matéria-prima já tenha sido transformada. Só posso dizer que uma matéria-prima **foi empregada na fabricação de um produto... diante do produto pronto**. Não basta a expectativa. Não basta que a matéria-prima esteja **destinada a compor** um produto industrializado. Ela há de **ter sido empregada na fabricação de produtos**. Não é só: o Convênio exige que tais produtos sejam **objeto de saídas para o exterior. Saídas para o exterior. Transposição das fronteiras nacionais. Internacionalização da mercadoria**. Algo muito concreto. Não o intuito. Jamais o propósito. Mas **fato concreto da exportação. Saída efetiva**. Porque é a saída que compõe o fato gerador do tributo, ela é que exterioriza uma operação de circulação de mercadoria que, tendo por objeto um produto industrializado, se faz imune. Antes da saída, não poderia haver imunidade. E não havendo imunidade, não poderia haver anulação, nem não-anulação. E muito menos transferência. Finalmente, como a colocar uma pá de cal em qualquer discussão a respeito, o legislador excluiu a possibilidade da transferência dos créditos relativos a matérias-primas de produtos industrializados cujo estorno (anulação) é obrigatório, segundo o parágrafo 3º do artigo 3º do Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968. Com efeito, na época do Convênio AE-7/71 e do ajuizamento da ação, era vigente o parágrafo 3º do artigo 3º do Decreto-Lei 406, de 31 de dezembro de 1968, que mantinha (não anulava) o crédito fiscal relativo às matérias-primas de produto industrializado quando elas representavam menos de 50% do valor do produto resultante da industrialização, ou seja, quando o produto era altamente industrializado. Determinava o estorno (anulação) do crédito fiscal relativo às matérias-primas quando representavam mais de 50% do valor do produto industrializado resultante, ou seja, quando havia reduzida industrialização. Ora, **somente após a industrialização, e somente após a exportação do produto industrializado** é que se poderá proceder ao estorno (anulação) ou mantença (não-anulação) do crédito fiscal relativo às matérias-primas respectivas. A norma do Convênio para que se exclua da transferência os créditos cujo estorno é obrigatório nos remete novamente a **uma operação de exportação de produto industrializado; devidamente consumada pela saída, porque somente depois dela se sabe se o**

estorno (anulação) é cabível ou não.

34. A definição do objeto do convênio, feita na cláusula 1ª, com a enunciação de quais os créditos acumulados que podem ser transferidos, é regra geral que se aplica a todas as cláusulas, e nelas está implícita. Tanto é assim, que nas demais cláusulas do Convênio não existe a mínima preocupação em dar qualquer outra definição de quais sejam os créditos acumulados transferíveis. Porque só são transferíveis aqueles referidos na cláusula 1ª. Assim, como na cláusula primeira se prevê a hipótese de transferência de crédito para **outro estabelecimento da mesma empresa**; na cláusula segunda - que é a de que se trata - se prevê a hipótese de **transferência para estabelecimento de terceiro, fornecedor de matéria-prima, a título de pagamento da respectiva aquisição, até o limite de 40%**; na cláusula quarta se prevê a hipótese de transferência do crédito para empresa interdependente; na cláusula sexta se prevê a **restituição do crédito** até em dinheiro; na cláusula sétima se prevê a **utilização do crédito fiscal até para pagamento de créditos tributários**. Mas, em qualquer caso, transferíveis são os créditos devidamente elencados na cláusula 1ª. E ali não se encontram os créditos relativos a matérias-primas ou produtos industrializados que se encontram nos estoques da empresa.

35. Prossiga-se no exame do direito positivo. Veja-se a legislação local. A Lei nº 6.485, de 20 de dezembro de 1972, no artigo 23 internaliza o Convênio AE-7/71, e remete sua disciplina ao regulamento. E este vai nos surpreender com uma **redação que não poderia ser mais taxativa, nem mais clara**. Que se harmoniza com a norma convencional básica e se mostra fiel ao intuito de dar significado econômico aos créditos fiscais ressaltados da regra geral do estorno. Leia-se o Decreto nº 29.809, de 18 de setembro de 1980, no seu artigo 37. Ali se permite textualmente que os estabelecimentos industriais transfiram para terceiros **“os excedentes de créditos acumulados em virtude do (...) não estorno do imposto que incidiu sobre as matérias-primas empregadas na fabricação, neste estado, de produtos industrializados, que tiverem a destinação prevista nos incisos IV do art. 2º (...)”**. Não fica margem para dúvida, nem para subterfúgio. Objeto possível da transferência não são quaisquer excedentes de créditos acumulados. São **determinados créditos, são créditos com uma certa origem, esclarecida a partir da partícula “em virtude de”**. Somente os créditos acumulados em virtude do não estorno (não anulação), do imposto que incidiu sobre matérias-primas empregadas na fabricação, neste Estado, de produtos que tiverem a destinação prevista no inciso IV do art. 5º (saída de produtos industrializados para o exterior). Dentre o universo dos créditos, são transferíveis os excedentes de créditos **acumulados em virtude do não estorno** (não-anulação). E mais uma vez se observa: tanto o estorno (anulação), como o não estorno (não-anulação) são necessariamente posteriores à saída do produto industrializado para o exterior. Assim como somente se pode cobrar imposto quando da ocorrência do fato gerador (saída, reveladora da circulação econômica), somente se pode dispensar imposto quando da ocorrência do fato gerador negativo (isenção, não incidência). Ocorrida a saída imune (com não incidência) de produto industrializado, ou se estorna o crédito fiscal respectivo, ou o crédito fiscal é mantido, (não anulado), apesar da saída imune. A estes créditos fiscais mantidos (não anulados), após operação imune, se destina a regra da trans-

ferência, desde que relativos a matérias-primas. **Data venia**, não há outra leitura possível!

36. A cláusula 13ª também é de aplicação genérica a todo o Convênio, mas é regra transitória, destinada a evitar um impacto mais doloroso sobre o Erário. O Convênio AE-7/71 é datado de 5 de maio de 1971, e com o objetivo de introduzir o novo benefício fiscal sem produzir rombo na receita dos Estados, previu a utilização dos créditos acumulados em virtude da não-anulação de forma progressiva. Assim, quanto aos créditos transferíveis gerados a partir de 1.º de maio de 1971, organizou uma escala crescente de utilização, determinando que no ano de 1971 o benefício fiscal atingiria 30% do crédito gerado no período (mês); no ano de 1972, o percentual do benefício passou a atingir 40% do crédito gerado no período; no ano de 1973, 70% do crédito gerado no período; e, **a partir de 1974, a totalidade do crédito fiscal não anulado gerado no período** poderia nele ser transferida. É fácil de compreender: antes do Convênio AE-7/71, o crédito fiscal acumulado em virtude do não-estorno (não-anulação) simplesmente não tinha utilização (a não ser para compensar vendas tributadas). Implantando-se o benefício do Convênio, ensejou-se a nova opção de utilização, inicialmente em parte, e finalmente de forma integral. Ao mesmo tempo, como nos três primeiros anos de implantação o benefício era parcial (1971 = 30% 1972 = 40%, 1973 = 70%), permitiu-se que estes créditos acumulados sem utilização naquelas épocas (70% em 1971; 60% em 1972; 30% em 1973) pudessem também ser utilizados a partir de 1972, na proporção de 30% do valor da transferência gerada e utilizado no próprio período. Em conclusão, a partir de 1974, a totalidade do crédito fiscal não-estornado (não-anulado) tornou-se passível de transferência, nos termos do Convênio. Portanto, embora nos momentos iniciais de implantação do benefício houvesse restrições quanto à sua utilização, desde 1974, e até hoje, elas não mais existem. Hoje, a totalidade (100% do crédito fiscal benefício não-anulado gerado no período) pode ser utilizado na transferência a estabelecimentos de terceiros, observado apenas o limite de 40% em cada aquisição de insumos (isto é, o exportador paga os insumos com 60% em dinheiro e 40% em crédito fiscal benefício (não-anulado). Claro, também se pode ler a letra d do inciso I da cláusula 13ª do Convênio AE 7/71 separada do seu contexto, isolada da sua intenção de dar sentido econômico aos créditos fiscais benefícios resultantes da não-anulação dos créditos fiscais por entradas de matérias-primas de produtos industrializados exportados; apartada da claríssima definição do objeto das transferências feita na cláusula 1ª. Essa leitura, segundo a qual ficaria autorizada a utilização, nas diversas modalidades do Convênio, da totalidade dos créditos de qualquer origem gerados no período, sem dúvida não seria a melhor. Para dizer o mínimo...

37. Vale esclarecer que o Convênio AE-7/71, de 5 de maio de 1971 (DOU de 04.06.71), alterado pelo Convênio ICM 05/87 (DOU 26.02.87), já não é vigente, por não ter sido confirmado nos termos previstos no parágrafo 3º do artigo 41 do ADCT da Constituição Federal de 1988. A declaração respectiva consta do Convênio ICMS 60/90, e produziu efeitos a partir de 5 de outubro de 1990.

38. Disso resulta que o benefício fiscal da transferência de créditos fiscais a estabelecimentos de terceiros, independentemente da saída de mercadorias, tem agora

apenas suporte legal local, a saber, o artigo 31 da Lei nº 8.820, de 27 de janeiro de 1989, e o artigo 38 do Decreto nº 33.178, de 2 de maio de 1989, com redação dada pelo artigo 3º do Decreto 34.640, de 22.01.1993. A Instrução Normativa SAT nº 005/92, de 7 de janeiro de 1992, assim como outrora a Circular nº 01/81, de 8 de julho de 1981, mais não fazem do que transmitir instruções procedimentais a respeito do benefício, sem criar nenhum direito novo.

39. Ora, como a lei estadual tenha cometido ao regulamento a estipulação dos casos e condições em que seria permitida a transferência de crédito fiscal entre estabelecimentos situados neste Estado, o decreto regulamentar veio a dispor no sentido desde sempre aqui sustentado de que aos estabelecimentos industriais ficava facultada a transferência para estabelecimentos de terceiros, situados neste Estado, dos excedentes de créditos, **acumulados em virtude da não-anulação do imposto que incidiu sobre a matéria-prima, material secundário e material de embalagem empregados na fabricação, neste Estado, de produtos industrializados que tiverem a destinação prevista nos artigos 5º, I (...)**

40. Se se tem presente o conteúdo e o significado da regra constitucional da anulação do crédito fiscal na saída isenta ou com não-incidência, e da exceção à regra constitucional consistente na não-anulação do crédito fiscal nas mesmas hipóteses de saída isenta ou com não-incidência, mostra-se fácil de determinar quais são os créditos passíveis de transferência para estabelecimentos de terceiros. São apenas e exclusivamente os excedentes de créditos acumulados em virtude da não-anulação do imposto. Apenas os créditos não anulados. Os créditos que poderiam ter sido anulados, mas não o foram. E créditos que poderiam ter sido anulados, mas não foram anulados, no caso são apenas aqueles correspondentes às matérias-primas de produtos industrializados exportados ao abrigo de imunidade. Porque somente estes créditos poderiam ter sido anulados, já que os correspondentes produtos industrializados saíram sem tributação. É curial que os demais créditos fiscais, ou seja, os créditos fiscais relativos às mercadorias em estoque, não podem ser anulados, muito menos não anulados. Porque o contribuinte tem o direito e o dever de mantê-los, seja para, numa operação tributada, compensar o imposto devido, realizando o princípio da não-cumulatividade, seja para, após uma operação isenta ou com não-incidência, proceder a sua anulação.

IV - CONCLUSÃO

41. Como se vê, a boa inteligência do benefício fiscal, que não pode ser interpretado com desconsideração de sua origem e finalidade, nem com agressão aos expressos termos de sua positividade legal, conduz pura e simplesmente à confirmação da decisão embargada.

42. A transferência de créditos fiscais a estabelecimentos de terceiros, ou seja, a transferência de crédito com mudança de titularidade, independentemente da saída da mercadoria, constitui benefício fiscal necessariamente vinculado aos créditos fiscais acumulados em virtude da não-anulação, como exceção à regra geral da anulação dos créditos fiscais nas saídas com imunidade. Em face disso, essa transferência jamais po-

derá abranger créditos fiscais correspondentes a mercadorias estocadas no estabelecimento.

43. O objeto dessa transferência é exatamente o montante de créditos fiscais relativo a entrada de matéria-prima, material secundário e material de embalagem de produtos industrializados exportados para o exterior, e cuja exportação foi beneficiada com a não-anulação dos respectivos créditos fiscais.

44. Ao contrário do que sustentam as embargantes, essa transferência não compreende os créditos relativos às mercadorias ainda em estoque nos depósitos do estabelecimento, não somente porque a eles não se referem os textos positivadores do benefício fiscal, mas também porque sua transferência encontraria óbice maior no sistema do tributo e na regra constitucional do artigo 155, parágrafo 2º, inciso II, letra b, da Constituição Federal.

O Estado tem a mais plena convicção de que a rejeitura dos textos que disciplinam o benefício fiscal em questão, à luz das razões ora expostas, conduzirá ao desacolhimento dos embargos.

Porto Alegre, 19 de maio de 1993.

JORGE ARTHUR MORSCH
PROCURADOR DO ESTADO

REPRESENTAÇÃO DOS ESTADOS NA CÂMARA DOS DEPUTADOS AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE*

Caio Martins Leal

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

OBJETO: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, abaixo assinado juntamente com o Chefe da Casa Civil do Governo Estado e os Procuradores do Estado nominados, que, esses últimos, ficam desde já designados para, em conjunto ou separadamente, e independentemente da ordem de nomeação, representarem-no em todos os termos da ação, vem perante esse Egrégio Supremo Tribunal Federal, nos termos facultados pelo artigo 103, V, da Constituição Federal, propor ação direta de inconstitucionalidade da oração **"para que nenhuma daquelas unidades tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados"** do parágrafo 1.º e do vocábulo **"quatro"** do parágrafo 2º artigo 45 da Constituição Federal, fazendo-o em razão dos fatos e fundamentos abaixo expostos:

O artigo em que se contém as normas impugnadas está assim redigido, "verbis":

"Art. 45 - A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. Parágrafo 1º - O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, **para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados**. Parágrafo 2º - Cada Território elegerá **quatro** Deputados".

Desta forma, conforme se pode verificar, por força dos textos transcritos e impugnados, seja qual for a população ou o número de eleitores inscritos na unidade federativa ou Território terão eles assegurados sempre, absolutamente sempre, pelo menos oito (no caso de unidade federativa) ou quatro (no caso de Território) representantes na Câmara dos Deputados. São cinco, oito, vinte, dez mil, vinte milhões, trinta milhões seus eleitores ou habitantes? Nada importa! Segundo o texto, os "representantes" hão de ser, **sempre**, no mínimo,... **oito** ou **quatro** e, no máximo,... **setenta**! Oito

*Originalmente publicado na RPGE nº 49, 1993.

"representantes", talvez, de... cinco" representados" e setenta, talvez, de... cinquenta milhões! Exigem-se em São Paulo, no Rio de Janeiro, em Minas Gerais, na Bahia, no Rio Grande do Sul, etc, em razão do número de habitantes e eleitores, cem mil, duzentos mil, trezentos mil votos para eleger um deputado? O cidadão paulista, carioca, mineiro, baiano e rio-grandense vale o **mesmo** que o das demais regiões do País? Para o texto impugnado... nada importa! Poucos, pouquíssimos, quase nenhum, ou muitos, muitíssimos, milhões, que sejam os habitantes ou eleitores da unidade federativa e terão eles, sempre no mínimo,... oito "representantes" e, no máximo,... setenta! Em outras palavras: o voto do cidadão paulista, carioca, mineiro, baiano, rio-grandense, etc, e, portanto, a sua **cidadania**, que se expressa através daquele, há de valer vinte, trinta, quarenta vezes **menos** do que o voto e a cidadania dos eleitores das unidades federativas de escassa população. Portanto, através de um critério puramente geográfico - o de habitar-se um Estado de maior ou menor densidade demográfica — marca-se, absurdamente (e, como se demonstrará, inconstitucionalmente), a medida, a extensão e o valor da cidadania de brasileiros... **absolutamente iguais**.

Ora, tendo em vista que (a) é princípio básico da Constituição, consagrado inclusive em **cláusula pétrea**, e expressivo de direito **supralegal** positivado, o da **igualdade de todos perante a lei** (CF/88, art. 5º comb. c/art. 60, parágrafo 4º, IV), do que deriva, por sua vez, como corolário absolutamente necessário, e por isso mesmo também expressamente consagrado na Carta Política, (a.a.) o princípio do voto "**com valor igual para todos**" (CF/88, art. 14), e considerando ainda que (b) entre os "**fundamentos**" da República se colocam (b.a.) a "**cidadania**", que supõe obviamente a participação de modo pelo menos **razoavelmente igualitário** dos "cidadãos" na formação da vontade estatal, e (b.b.) a regra segundo a qual "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente" (CF/88, art. 1º, II, e parágrafo único), e sendo certo, por outro lado, que, segundo a mais moderna doutrina, os (c) preceitos constitucionais se distribuem **hierarquicamente** de modo a não poderem os inferiores colidir com os superiores sob pena de inconstitucionalidade, afigura-se manifesta a inconstitucionalidade das normas impugnadas, que, conduzindo a uma absolutamente **irrazoável e antiisonômica** valoração do **voto**, e, pois, da cidadania, de brasileiros **absolutamente iguais**, ofendem às escâncaras aqueles princípios superiores - "fundamentos", repita-se, da ordem constitucional vigente e regras de direito supralegal nela positivadas - e impõe-se sejam como tais declaradas.

Na verdade, ao propor a presente demanda, o Autor tem consciência da gravidade do tema que submete ao Supremo Tribunal Federal. Tem-na também, no entanto, e principalmente, de que a inconstitucionalidade argüida, discriminando **desarrazoadamente** brasileiros **iguais** no exercício de uma de suas prerrogativas mais fundamentais em função exclusivamente das regiões a que pertencem, constitui a semente da cizânia e da quebra da unidade nacionais que **apenas** o Supremo Tribunal Federal, **exclusivamente ele**, porque **isento** das paixões políticas e dos interesses corporativos, e no exercício de suas elevadas funções de guardião da Constituição (CF/88, art. 102), tem condições de extirpar. A esta grave responsabilidade, pois, menos de defesa das prerrogativas dos brasileiros discriminados, que, aliás, só ela já justificaria, do que de salvaguarda da paz, da concórdia e da integridade nacionais, é que atende o Autor na propositura desta ação.

Analisem-se, no entanto, particularmente, o seu cabimento e a sua procedência

2. Não é de hoje, como se sabe, que, confrontada com a existência na Constituição de princípios que se impõem de modo tão absolutamente necessário, seja por constituírem os fundamentos mesmos em que assenta a ordem constitucional, seja por expressarem, superado um positivismo radical, a concreção nela de um direito supralegal limitador do próprio legislador constituinte, a doutrina tem admitido a possibilidade de conflito entre aqueles princípios e normas outras que, embora formalmente integrantes da Carta Política, não têm nela a mesma hierarquia, resolvendo-se então a colisão pela inconstitucionalidade dessas últimas.

3. OTTO BACHOF, na sua conhecida monografia de 1951, referindo outros ilustres constitucionalistas alemães, esclarece bem a questão, "verbis":

"Põe-se, além disso, a questão de saber se também uma norma originariamente contida no documento constitucional (e emitida eficazmente, sob o ponto de vista formal), uma norma criada, portanto, não por força da limitada faculdade de revisão do poder constituinte, mas da ampla competência do poder constituinte, pode se materialmente inconstitucional./ Esta questão pode parecer, à primeira vista, paradoxal, pois, na verdade, uma lei constitucional não pode, manifestamente, violar-se a si mesma. Contudo, poderia suceder que uma norma constitucional de significado secundário, nomeadamente uma norma só formalmente constitucional, fosse de encontro a um preceito material fundamental da Constituição: ora, o fato é que por constitucionalistas tão ilustres como KRÜGER e GIESE foi defendida a opinião de que, no caso de semelhante contradição, a norma constitucional de grau inferior seria inconstitucional e inválida (...) Assim delimitada, cifra-se a questão em saber se uma norma do documento constitucional pode ser inconstitucional - ou, em todo caso, se se quiser evitar aqui esta expressão, não vinculativa - em virtude da infração de uma norma de maior valor do mesmo documento, mas estabelecida autonomamente pelo legislador constituinte." ("Normas Constitucionais Inconstitucionais?", tradução de JOSÉ MANUEL M. CARDOSO do original alemão "Verfassungswidrige Verfassungsnormen?" em 1951, Atlântida Editora, Coimbra, 1927, p. 55-6).

E, embora para discordar de KRÜGER na extensão com que admite (mas, frise-se bem:... **admite-a!**) a "inconstitucionalidade" de normas constitucionais, limitando-a, **ao contrário daquele**, às hipóteses de não ter havido uma declaração "autônoma" do legislador constituinte restritiva do "princípio" e de ofensa a direito "supralegal" (em que, note-se, **inclui o princípio da "igualdade"**), prossegue, "verbis":

"A uma resposta afirmativa acabam por conduzir, de fato, as considerações de KRÜGER, já que ele pretende negar obrigatoriedade do art. 131, 3º período, da Lei Fundamental não apenas em virtude da infração do princípio da igualdade do art. 3º da mesma Lei — **um princípio que é simultaneamente supralegal** (grifo nosso) -, mas

especialmente em virtude da violação do art. 19, n° 4 (garantia de recurso judicial): ora, se este último preceito pode, na verdade, destinar-se a servir de garantia de direitos fundamentais - direitos que em parte são de natureza supralegal - não é ainda ele próprio, por esse facto, direito supralegal. (...) Enquanto o legislador constituinte actua autonomamente, estabelecendo normas jurídicas que não representam simples transformação positivante de direito supralegal, mas expressão da livre decisão de vontade do 'pouvoir constituant', pode ele, justamente por força desta autonomia, consentir também excepções ao direito assim estabelecido." (op. cit., p. 56-7).

Mas, asseverando a possibilidade do conflito se e quando se cuide de infração a "norma de direito supralegal" positivada na Constituição ou de "contradição insolúvel" ou "manifesto equívoco" do legislador constituinte, conclui:

"É certo que o legislador constituinte **não pode**, ao admitir tais excepções, **infringir simultaneamente uma norma de direito supralegal**, em especial a proibição do arbitrio imanente a qualquer ordem jurídica (que, segundo refere o Autor, 'a doutrina dominante' identificaria com o **princípio da igualdade**' positivado no art. 3° da Lei Fundamental, cf. nota de rodapé n.° 76)! Se o fizer, a norma excepcional será sem dúvida não vinculativa - não, porém, em virtude da contradição com o princípio, mas antes em virtude do carácter arbitrário da excepção. (...) Conceder-se-á, todavia, que em casos de contradição insolúvel, de uma contradição que também não seja susceptível de interpretar-se através da relação regra-excepção, assim como, por último, em caso de manifesto equívoco, possa haver lugar para outro juízo" (op. cit., p. 57 e 59) (grifos e parênteses nossos).

E, logo adiante, explicitando o seu pensamento acerca da "inconstitucionalidade" decorrente da ofensa à regra "supralegal" positivada na Constituição, é peremptório o ilustre jurista:

"À 'Constituição', e à Constituição não só em sentido material, mas também em sentido formal, pertence igualmente o direito **supralegal**, na medida em que tenha sido positivado pelo documento constitucional. Uma norma jurídica que infrinja direito constitucional assim positivado será, portanto, simultaneamente **"contrária ao direito natural" e inconstitucional**./ Se a norma **constitucional** infringir uma outra norma da Constituição positivadora de direito supralegal, tal norma será, em qualquer caso, **contrária ao direito natural** e, de harmonia com o exposto supra, III, 2, carecerá de legitimidade, no sentido de obrigatoriedade jurídica. Mas não tenho nenhuma dúvida em qualificá-la também, apesar de pertencer formalmente à Constituição, como "inconstitucional", se bem que o fundamento último de sua não-obrigatoriedade esteja na contradição com o direito supra

legal: a "incorporação material" (IPSEN) dos valores supremos da Constituição faz, porém, com que toda a infracção de direito supralegal, deste tipo, apareça necessária e simultaneamente como violação do conteúdo fundamental da Constituição. Não posso, pois, manter a minha anterior afirmação de que uma norma constitucional que infrinja direito supralegal é, de facto, juridicamente não vinculativa, mas não pode ser qualificada como "inconstitucional" (op. cit., p. 62-3) (grifos do original).

E remata:

"O direito constitucional supralegal positivado precede, em virtude de seu carácter incondicional, o direito constitucional que é **apenas** direito positivo, razão por que aqui - mas só aqui - a ponderação da importância de normas constitucionais diferentes, em confronto umas com as outras, preconizada por KRÜGER e GIESE, se mostra justificada. Falta a autonomia da criação de direito, que permite ao poder constituinte abrir brechas, através de excepções à regra, mas normas autonomamente estabelecidas, onde a positivação significa, não a **criação** de normas jurídicas, mas apenas um **reconhecimento** de direito **pré-constitucional**" (op. e loc. cit.) (grifos do original).

Também GILMAR FERREIRA MENDES, em sua recente tese de mestrado, re-censeando as modernas doutrina e jurisprudência alemãs a partir inclusive da célebre decisão do Tribunal Constitucional da Baviera, de 24 de abril de 1950, que deu pela possibilidade de normas constitucionais "inconstitucionais" (decisão, note-se, igualmente invocada e **aplaudida** por OTTO BACHOF, op. cit., p. 23-4 e 86), examina exaustivamente a questão:

"Ao revés, a jurisprudência constitucional alemã do pós-guerra admite o controle da reforma constitucional e **reconhece a existência de princípios suprapositivos, cuja observância se afigura obrigatória para o próprio constituinte** (grifo nosso)./ Em decisão proferida no segundo semestre de 1951, o "Bundesverfassungsgericht" consagrou, expressamente, que os princípios de direito suprapositivo vinculavam o constituinte:/"Uma assembléia constituinte é hierarquicamente superior à representação parlamentar eleita com base na Constituição. Ela detém o "pouvoir constituant"./ Ela restaura uma nova ordem constitucional, dotada de especial eficácia, para o Estado em formação./ Esse "status" peculiar torna a Assembléia Constituinte imune a limitações de ordem externa. **Ela está vinculada, tão-somente, ao Direito anterior de índole suprapositiva** (...)." (grifo nosso)./ O Tribunal Constitucional admitiu, portanto, a existência de postulados de direito suprapositivo, cuja observância se afigura imperativa, inclusive para o legislador constituinte. O

"Bundesverfassungsgericht" reconheceu, outrossim, a sua competência para aferir a compatibilidade do direito positivo com os postulados do direito suprapositivo ("Das Bundesverfassungsgericht erkennt die Existenz überpositiven, auch den Verfassungsgesetzgeber bindenden Rechtes an und ist zuständig, das gesetzte Recht daran zu messen") ("Controle da Constitucionalidade, Aspectos Jurídicos e Políticos", São Paulo, Editora Saraiva, 1990, p. 107-8).

E, transcrevendo o julgado bávaro, prossegue:

"Anteriormente, o Tribunal Constitucional da Baviera havia declarado que/ "a nulidade inclusivamente de uma disposição constitucional não está "a priori" e por definição excluída pelo facto de tal disposição, ela própria, ser parte integrante da Constituição. Há princípios constitucionais tão elementares, e expressão tão evidente de um direito anterior mesmo à Constituição, que obrigam o próprio legislador constitucional e que, por infração deles, outras disposições da Constituição sem a mesma dignidade podem ser nulas... Se o art. 184 da Constituição tivesse o sentido de colocar o legislador, no tocante às medidas a tomar por este relativamente aos grupos de pessoas aí designados, duradouramente fora da Constituição e do direito, seria nulo, por infracção da própria ideia de direito, do princípio dos Estado de direito, do princípio da igualdade e dos direitos fundamentais que são expressão imediata da personalidade humana". / A decisão do Tribunal Constitucional bávaro evidencia a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de normas constitucionais, desde que se configure lesão a princípio supremo do Direito Constitucional. Essa mesma orientação foi reiterada pelo "Bundesverfassungsgericht" - BVerGE, 3:225 (232), 23:99 (106) - ficando assente que "a concepção segundo a qual o constituinte tudo pode, significaria um retorno à postura intelectual de um positivismo jurídico despido de valores" (...) (op. cit. loc. cit.).

"Esses precedentes contêm expressa recusa a um conceito de Constituição meramente formal. O Texto Magno não se limita a estatuir as bases formais da ordem jurídica. Ele contempla um sistema de valor ou uma ordem de valor ("Wertsystem"; "Wertordnung") que impede a transformação do juízo de constitucionalidade em simples episódio de conhecimento ("ein blosser Erkenntnisvorgang"). A Constituição traduz, assim, uma "unidade material" ("materielle Einheit"), cujo conteúdo indica como fundamentais os valores subjacentes à ordem jurídica positiva, que, com a incorporação das tradições da democracia liberal e representativa, do Estado de Direito liberal, do federalismo, bem como a adoção de novos princípios, nomeadamente do Estado Social, passaram a ser vinculados, nas decisões do "Bundesverfassungsgericht", "a uma ordem de valor

("Wertordnung"), consubstanciando, assim, a essência do Estado, que, embora neutro do ponto de vista ideológico, não é axiologicamente neutro./ Essa concepção parece abrangente do direito supralegal positivado e daqueles postulados que formam os princípios constitutivos no sentido da Constituição ("Konstitutionsprinzipien des Verfassungsinnes"), ou, segundo Nawiasky, daquelas ideias pré-jurídicas subjacentes ao direito positivo." (op. cit. p. 109).

5. Embora reconhecendo que, ao afirmar a dificuldade de configurar-se hipótese em que o constituinte viesse a "ultrapassar" os limites consubstanciados em postulados "inatos", o Tribunal Constitucional alemão teria praticamente inviabilizado o controle da validade das normas constitucionais com base em determinada "concepção jurídico-filosófica", GILMAR FERREIRA MENDES deixa bem claro, invocando a lição de NAWIASKY e, principalmente, decisão do próprio "Bundesverfassungsgericht" de 1970, que isso não significa a impossibilidade de vir a concretizar-se a inconstitucionalidade de certas normas inseridas na Constituição frente à "superioridade dos postulados cobertos pelo manto da **intangibilidade** (proteção da dignidade humana, estado republicano, federal, democrático e social, divisão de poderes, regime representativo, princípio da legalidade)" (grifo nosso). Transcreva-se integralmente, a propósito, sua lição:

"Destarte, o Tribunal Constitucional afastou, praticamente, a possibilidade de infirmar a validade de norma constitucional com fulcro em determinada concepção jurídico-filosófica, o que levaria, na opinião de Nawiasky, à perda de toda a segurança jurídica. Tal entendimento não desautoriza, segundo Nawiasky, a distinção entre normas constitucionais, em diferentes categorias, tendo em vista a sua natureza substancial ("materielle Rechtssätze"), o seu caráter revisional ("Revisionsnorm"); ou organizatório ("organisatorische Vorschrift"). As normas de revisão e **as cláusulas pétreas constituiriam princípios fundamentais do Estado** ("Staatsfundamentalnomen"), e, por isso, **superiores às demais disposições constitucionais** (grifo nosso). Diversamente do modelo kelseniano, anota Nawiasky que aqui "não se trata apenas de norma fundamental pressuposta, mas de norma positivada (...)/ Nawiasky supõe ter logrado compatibilizar, assim, a distinção entre normas constitucionais ("Zweistufigkeit"), sem recorrer à antinomia entre direito positivo e direito suprapositivo: "a diferenciação entre normas constitucionais ("die Doppelstufigkeit"), enquanto tal, não constitui, em hipótese alguma, um argumento, para suposição de um direito suprapositivo". E, mesmo quando as normas fundamentais não estejam expressamente contidas no direito positivo, deve-se proceder à derivação contemplando as ideias pré-jurídicas subjacentes ("die zugrundeliegende vorrechtlichen Ideen"). "E o conteúdo integral do Direito torna-se conhecido através da interpretação, sem que se tenha de recorrer aos postulados suprapositivos" (Der volle Inhalt des Rechts wird bekanntlich durch Auslegung ermittelt (...), ohne das man auf überpositive Grundsätze rekurren müsste)"

(op. cit. p. 112).

E conclui:

"Vê-se, assim, que, sem abdicar de um conceito material da Constituição, que supõe a existência de princípios constitucionais imutáveis pelo processo de revisão, o modelo teórico proposto por Nawiasky logra dispensar a invocação de princípios inatos ou naturais. Essa parece, também, a orientação dominante no "Bundesverfassungsgericht", conforme se depreende da leitura de acórdão proferido em 1970, no qual se afirmou que a cláusula de garantia consagrada no art. 79, § 3º, da Lei Fundamental, visa a obstar a modificação radical da ordem vigente em seus próprios fundamentos. Reconheceu-se, assim, a superioridade dos postulados cobertos pelo manto da intangibilidade (proteção da dignidade humana, estado republicano, federal, democrático e social, divisão de poderes, regime representativo, princípio da legalidade), sem invocar qualquer referencial inato ou suprapositivo. E, sob este fundamento, procedeu-se à interpretação da norma revisional em conformidade com a Constituição" (op. cit. p. 113)/

6. Desta forma, parece indiscutível que, seja por constituírem os fundamentos mesmos em que assenta a ordem constitucional, seja por configurarem a positivação nela de regras de direito suprapositivo ao qual estava submetido o próprio legislador constituinte se e enquanto imerso no quadro cultural em que se punha, princípios e normas existem na Constituição que se **sobrepõem** hierarquicamente a outros de modo a fazer com que se possa imputar a esses, no caso de colisão com aqueles, inconstitucionalidade suscetível de ser declarada pelo Supremo Tribunal Federal na sua função de "guarda" da Constituição (CF/88, art. 102).

7. De outro lado, afigura-se também inquestionável que, em nossa ordem constitucional, entre os mencionados "princípios" **superiores**, colocam-se não só (a) o da **igualdade de todos perante a lei** (CF/88, art. 5º) como, e principalmente para o que aqui interessa, o que dele deriva, e exatamente porque dele deriva e, mais, porque diz como a função **básica** do regime, fundamento de **todo o poder**, do exercício, pelo povo, de sua soberania (CF/88, art. 1º, parágrafo único), (b) da **igualdade do voto** (insculpido no art. 14 da Carta da República ("A soberania popular será exercida... pelo voto... com valor igual para todos"). É que, sobre constantes de **cláusulas pétreas**, insuscetíveis como tais de serem suprimidos pelo próprio poder revisional (CF/88, art. 60, parágrafo 4º, II e IV), o que, como se viu, ainda segundo o rigorismo de NAWIASKY, é o bastante para conferir-lhes dignidade **superior** na ordem constitucional, constituem eles a consagração positiva de um direito supralegal a que, no quadro cultural em que se punha, o próprio legislador constituinte estava submetido.

Na verdade, se se proíbe - e se proíbe - reforma constitucional tendente a suprimir os "direitos e garantias individuais" (CF/88, art. 60, parágrafo 4º, IV), e se entre esses se coloca - e se coloca - o da "igualdade de todos perante a lei" (CF/88, art. 5º), é evidente que tal garantia, e as conseqüências que dela derivam como corolários necessários, máxime quando também expressamente consagradas na Carta Política, como

acontece com; a **igualdade** de voto (CF/88, art. 14), há de posicionar-se de modo hierarquicamente **superior** no ordenamento constitucional. Não é possível que, afirmando a "**igualdade**" como regra absolutamente **intocável** ainda pelo poder de reforma, venha o legislador constituinte a estabelecer, em outra passagem, não submetida à intangibilidade daquela, norma que constitua a sua mais absoluta negação. Da mesma forma como seria absolutamente inadmissível que, por exemplo, repudiando o racismo (CF/88, arts., 4º, VIII, e 5º XLII) ou proibindo a tortura (CF/88, art. 5º, III), viesse, em outras regras, ou vedar o acesso aos cargos públicos aos judeus ou consagrar o "choque elétrico" como forma de "estimular" depoimentos "verazes".

Com efeito, as cláusulas pétreas não constituem apenas um **limite negativo** ao poder de reforma constitucional, mas, sim, e principalmente, uma **marca** exuberantemente significativa das **estruturas básicas** em que se funda o regime e das **opções mais fundamentais** do legislador constituinte, de modo que, sob pena de se lhe reconhecer incoerência absolutamente inadmissível, não admitem serem contraditadas por normas outras, ainda que formalmente colocadas na própria Constituição. E, exatamente por isso, mas, como se verá, não só por isso, não o admitem a regra da "igualdade" (CF/88, art. 5º) e a dela derivada da "**igualdade do voto**" (CF/88, art. 14).

8. Mas, não só. Consagrado em **cláusula pétrea**, o princípio da "**igualdade**", e, obviamente, os que dele decorrem (como o da **igualdade** do voto consagrado no art. 14 da CF/88), constitui na verdade a positivação na Constituição de regra de direito **supralegal** a que, como se disse, nas coordenadas culturais em que punha, estava submetido o próprio legislador constituinte. Também disso decorre, portanto, a sua **superioridade** hierárquica em relação às demais normas constitucionais despidas de tal atributo.

9. Com efeito, sobre o conceito de "direito supralegal", cabe ainda invocar a lição de OTTO BACHOF:

"A **validade** ("Geltung") de uma Constituição compreende a sua legitimidade em ambos os aspectos: a **positividade**, no sentido de sua "existência como plano e expressão de um poder efectivo", e a **obrigatoriedade**, no sentido de vinculação jurídica dos destinatários das normas ao que é ordenado./ Esta obrigatoriedade só existirá, em primeiro lugar, se e na medida em que o legislador tome em conta os "**princípios constitutivos de toda e qualquer ordem jurídica (grifo nosso), e nomeadamente, se deixe guiar pela aspiração à justiça e evite regulamentações arbitrárias** (grifo nosso). Mas, além disso, só existirá ainda - e nesta medida vou além do limite antes mencionado traçado por E. v. HIPPEL - se o legislador atender aos mandamentos cardeais da lei moral, possivelmente diferente segundo o tempo e o lugar, reconhecida pela comunidade jurídica, ou pelo menos, não os renegar conscientemente. Embora o direito seja apenas, nas conhecidas palavras de GEORG JELLINEK, um "mínimo ético", a verdade é que não deixa nunca de ser justamente um mínimo **ético**, pois de outra forma também não será direi-

to (...)/ O direito supralegal assim delimitado é uma ordem **objectiva(...)**. Dentro dos limites assim definidos fica ainda o legislador constitucional um largo espaço para a edificação autônoma de um sistema de valores próprio. Sublinhe-se, porém, que só justamente **dentro** desses limites! A restrição da legitimidade de uma Constituição à sua **positividade** redundaria ao fim e ao cabo, como E. v. HIPPEL convincentemente mostrou, na igualdade poder = direito; e corresponderia assim transposta para o terreno teológico, a uma argumentação "que extraísse do poder do Diabo a obrigatoriedade religiosa das leis infernais" (op. cit. p. 42-3 e 44-5).

E prossegue:

"Ora (...) tal admissão é vedada na Lei Fundamental, pois a incorporação de direito supralegal na Constituição tem apenas - doutro modo já esse direito não seria supralegal - significado **declaratório** e não **constitutivo**: tal incorporação não **cria** direito, mas antes o reconhece (...)/ Resulta do que fica dito que o **conceito material de Constituição exige que se tome em consideração o direito supralegal** (grifos do original). (...)/ Constituição vigente em sentido material serão apenas, por conseguinte, os elementos componentes da tentativa jurídico-positiva de realização do ordenamento integrador que **não ultrapassem** esses limites preexistentes (grifo nosso)" (op. cit., p. 45-6)

Ora, parece inquestionável que, no atual estágio da civilização e da cultura, a regra da "**igualdade**" se impõe de modo **absolutamente incoercível** como "princípio constitutivo de toda e qualquer ordem jurídica", pois, considerados aqueles parâmetros do processo civilizatório e cultural, é hoje **impensável** uma ordem jurídica (obviamente "civilizada") que não a contemple. Aliás, exatamente por isso é que OTTO BACHOF, manifestando-se sobre o art. 3º da Lei Fundamental alemã ("Todos os homens são iguais perante a lei"), que consagra a regra em termos **idênticos** aos da nossa ordem constitucional ("Todos são iguais perante a lei", CF/88, art. 5º), afirma peremptoriamente constituir ela "um princípio que é **simultaneamente supralegal** (grifo nosso) (op. cit. p. 56).

Demais, demonstrando radicar o indigitado princípio "na própria idéia de Direito", leciona CLAUS-WILHELM CANARIS:

"A ordem interior e a unidade do Direito são bem mais do que pressupostos da natureza científica da jurisprudência e do que postulados da metodologia; elas pertencem, antes, às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, **na própria idéia de Direito**. Assim, a exigência de "ordem" resulta diretamente do reconhecido postulado da justiça, **de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente**, de acordo com a medida de sua deferência: tanto o legislador como o juiz estão adstritos a retomar

"consequentemente" os valores encontrados, "pensando-os, até o fim", em todas as consequências singulares e afastando-os apenas justificadamente, isto é, por razões materiais, ou, em outras palavras: estão adstritos a **proceder com adequação**. Mas a adequação racional é, como foi dito, a característica da "ordem" no sentido do conceito de sistema, e por isso a regra da adequação valorativa, **retirada do princípio da igualdade**, constitui a primeira indicação decisiva para a aplicação do pensamento sistemático da Ciência do Direito - o que, por exemplo, FLUME, seguindo SAVIGNY, certamente exprime quando caracteriza o sistema como "a consequência do Direito, interiormente pressuposta" ("Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, trad. de A. MENEZES CORDEIRO, Ed. Fundação Calouste Gulbekian, 1989, p. 18-9).

E, ligando o princípio à idéia de **unidade** da ordem jurídica, prossegue:

"De modo semelhante, também a característica da unidade tem sua correspondência no Direito, embora a "unidade da ordem jurídica" pertença ao domínio seguro das considerações filosóficas. Também esta não é, de modo algum, apenas (mas, então, **também é**) um "postulado lógico-jurídico", antes se reconduzindo, da mesma forma, ao **princípio da igualdade**. Por um lado, ela (unidade) constitui - nos seus, por assim dizer, componentes negativos - apenas de novo uma emanção do **princípio da igualdade**, enquanto procura garantir a ausência de contradições da ordem jurídica (o que já está abrangido pela idéia de adequação) e por outro no seu componente positivo - ela não representa mais do que a realização da "tendência generalizadora" da justiça, que exige a superação dos numerosos aspectos possivelmente relevantes no caso concreto, a favor de uns poucos princípios, abstractos e gerais" (op. cit. p. 19-20) (parênteses e grifos nossos).

MIGUEL REALE, por sua vez, pondera:

"Na base da convivência humana, como condição da **reciprocidade** (grifo do original) entre os indivíduos e os grupos sociais (e a reciprocidade é a igualdade possível, em função das conjunturas que se desdobram no tempo), está o valor justiça, que é **sempre expressão da igualdade** (grifo nosso), não absoluta e abstrata, como é próprio da utopia, mas segundo a regra ou a medida estabelecida por Aristóteles e que Lacordaire tão bem soube interpretar, advertido-nos que a suprema regra da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais, e os desiguais na medida em que se desigualem. E eu acrescento: "desde que tudo se faça para que as desigualdades progressivamente diminuam", uma vez que o "ser" do homem é o seu "dever ser", consoante tenho sustentado em minhas obras fundamentais"

("Teoria da Justiça", "in" "Nova Fase do Direito Moderno", Editora Saraiva, 1990, p. 38).

E, adiante:

"Compreende-se, por conseguinte, por qual motivo, nesta altura de nosso desenvolvimento histórico, tenha sido estabelecida por pensadores tão dispares, como Welzel e Rawls, uma correlação entre **Justiça e Democracia**, por ver-se nesta a única solução política compatível com a realização da igualdade social possível e necessária, **visto ser a igualdade, quaisquer que sejam suas variáveis, o cerne da idéia de justiça**" (op. cit., p. 40-1).

De outra parte, sendo o princípio da "**igualdade**" regra de direito supralegal positivada na Constituição (CF/88, art. 5.º), parece também certo que o mesmo atributo não se pode negar ao da "**igualdade de voto**" consagrado no art. 14 da Carta Política, seja porque derivado daquele, seja porque ligado à **cidadania e ao exercício, pelo povo, do poder**, no qual se funda toda a ordem constitucional do "Estado Democrático de Direito" por ela constituído (CF/88, art. 1.º, "caput" II e parágrafo único). Não é admissível, na verdade, que, reconhecendo-se a "igualdade" como pedra de toque da estrutura jurídica supralegal vinculativa do legislador constituinte, se permita a desigualação desarrazoada num ponto tão fundamental como o da participação do cidadão na formação da vontade estatal através do instrumento básico do voto, ou, em outras palavras, não é possível se admita hajam, na **mesma** Carta, "**cidadanias**" **mais** "**cidadanias** que outras relativamente a "cidadãos" ... **absolutamente iguais**. Desigualar desarrazoadamente aqui é, na verdade, na medida em que se desiguala a **cidadania**, "**princípio fundamental**" (CF/88, art. 1.º, I), e, pois, **a participação do povo no exercício do poder** (CF/88, art. 1.º, parágrafo único), atingir o sistema mesmo no que ele tem de **essencial**.

E, sobre a igualdade de voto, leciona J.J. GOMES CANOTILHO:

"O **princípio de igualdade de voto** exige que todos os votos tenham uma eficácia jurídica igual, ou seja o mesmo peso. O voto deve ter o mesmo **valor de resultado** (contribuição igual para a distribuição de mandatos). Este princípio não é e hoje, e, geral, perturbado pelas formas históricas de discriminação, mas pode sê-lo pela manipulação de círculos eleitorais. Daí a insistência dos autores na caracterização do voto igual: igual peso numérico ("Zahlwert") e igual valor quanto ao resultado ("Erfolgswert"). No sistema maioritário, o valor de resultado de votos é tendencialmente desigualitário, pois o candidato menos votado não tem qualquer "resultado". Mesmo assim, o princípio do voto igual é aqui importante para evitar a falsificação dos resultados através da delimitação arbitrária de círculos ou através da grandeza desigual dos círculos eleitorais (geometria de círculos eleitorais). Da existência de igual valor quanto ao resultado deriva

também a exigência (para além da proporcionalidade) de não condicionamento da possibilidade de representação à obtenção de percentagens globais mínimas - proibição de "cláusulas-barreira" (cf. arts. 116 e 115/2). O princípio do voto igual, na sua dimensão de igual valor quanto ao resultado, tem sido estendido à própria luta eleitoral" ("Direito Constitucional", Livraria Almedina, Coimbra, 5ª edição, 1991, p. 439).

10. Ora, colocadas tais premissas, afigura-se indiscutível a inconstitucionalidade das normas impugnadas na medida em que, gerando tratamento **desarrazoadamente desigual** em relação peso efetivo e ao "valor do resultado" do voto de cidadãos **absolutamente iguais**, ofendem, a um tempo, os princípios constitucionais - **superiores**, como se viu, porque consagrados em cláusulas pétreas e porque concreções positivas de direito supralegal - (a) da "**igualdade**" (CF/88, art. 5º), (b) da "**igualdade o voto**" (CF/88, art. 14), (c) do **exercício, pelo povo, do poder** (CF/88, art. 1.º parágrafo único) e (d) da **cidadania** (CF/88, art. 1.º II), que se manifestam através do **sufrágio**, e, consequentemente, (e) da **Democracia** mesma instituída pela Constituição (CF/88, art. 1.º). E, mais, na medida em que, discriminando desarrazoadamente o valor político de brasileiros **absolutamente iguais em razão exclusivamente das regiões a que pertencem, lançam a semente da discórdia e da desigualdade desarrazoada** entre essas, atingindo também, e fundamente, a própria **Federação**, que, como se sabe, se contrói a partir da idéia da união ("foedus") e constitui, ela também, "**Princípio Fundamental**" da ordem constitucional consagrado em cláusula pétrea (CF/88, art. 1.º art. 60, parágrafo 4º I).

11. Na verdade, não é de hoje que, por distorções cujo exame não cabe aqui realizar, vem sendo atingida a "igualdade do voto". É de hoje, no entanto, sim, e por isso é aqui impugnada, a manifesta, absoluta, estonteante e quase explosiva **desarrazoabilidade da desigualação**. É exatamente ela - uma **desarrazoabilidade** acachapante, que ultrapassa de muito qualquer linde de normalidade e inverte absurdamente a ordem natural das coisas, fazendo com que a **maioria** do povo brasileiro passe a ser "representada" por uma ... **minoría esmagadora** — que marca e configura, de modo manifesto, a inconstitucionalidade argüida.

Com efeito, caracterizadas que têm sido as unidades federativas como autênticas **circunscrições eleitorais** para a composição da Câmara dos Deputados, o que não deixa de ser uma **distorção** na medida em que, ao contrário do Senado Federal, composto de "representantes do Estados" (CF/88, art. 46), **integra-se aquela Casa de "representantes do povo** (= de todo o povo brasileiro)" (CF/88 art. 45, "caput"), têm-se-lhes atribuído "**mínimos**" e "**máximos**" de "representantes" que, a rigor, e de alguma forma, já desvirtuam o princípio da igualdade. Parece óbvio, no entanto, que, se e enquanto se mantinham eles nos limites da **razoabilidade**, e exatamente porque **razoáveis**, não se lhes podia imputar qualquer vício. A inconstitucionalidade se configura, sim, e aqui chega-se ao cerne da questão, na **desproporção**, no **absurdo**, na **irrazoabilidade** da desigualação. Não ofende a "igualdade", porque não é irrazoável, exigir-se cem mil votos para a eleição de um deputado em determinada região e cinquenta

mil em outra. Como também não a ofende prever-se, por exemplo, "representante" para aquelas unidades federativas cuja densidade demográfica não atinja a média do quociente eleitoral do País. **Irrazoável**, no entanto, há de ser, sim, e, por isso mesmo, **manifestamente inconstitucional**, atribuir-se a determinada região **quatro ou oito deputados federais** cujo somatório individual de votos não seja capaz, por exemplo, de eleger, em outra região, um... **suplente de vereador!** Parece evidente que o "valor de resultado" do sufrágio do eleitor dessa última, que não tem força para indicar quem aprove uma postura municipal, há de ser **infinitamente inferior**, quase **nulo**, em relação o da primeira, com poder bastante para escolher quem decida as mais altas questões nacionais. Daí, pois, pela **desproporção** e pelo **absurdo**, a inconstitucionalidade.

Ora, no caso, o que ocorreu? Os "mínimos" e "máximos" e "representantes" das unidades federativas na Câmara dos Deputados, que eram razoáveis - embora, note-se já não sem o protesto veemente de parcelas ponderáveis da Nação - e, pois, sem vício de inconstitucionalidade, tomaram-se absurdos, desproporcionais e **absolutamente irrazoáveis** quando ou por fracionamento dos Estados então existentes ou por transformação de Territórios, criaram-se **novos Estados com escassa população** no norte, nordeste e centro-oeste do País. O legislador constituinte, a verdade, ao fazê-lo, e fê-lo reconheça-se, por razões políticas e administrativas das mais ponderáveis, que não estão aqui em questão, e ao manter os "mínimos" e "máximos" anteriores, não se apercebeu de que estava **desequilibrando desarrazoadamente** a equação da **igualdade política** e, assim, atingindo princípios **básicos** da ordem constitucional, que, como se viu, por ele expressamente adotados como marcas **fundamentais** do regime, nem ele, a rigor, tinha poderes para modificar.

Aliás, não é estranho no Direito Constitucional que mudanças de condições fáticas venham a tornar inconstitucional um dispositivo que antes não era. Na Alemanha, e exatamente em virtude da alteração da estrutura populacional de determinados distritos relação à "igualdade eleitoral", é significativo o julgado do "Bundesverfassungsgericht" referido por GILMAR FERREIRA MENDES em sua obra já citada, "verbis":

"Ao apreciar os critérios legais vigentes na organização de distritos eleitorais, em face do princípio da **igualdade eleitoral**, o "Bundesverfassungsgericht" reconheceu que a profunda alteração na estrutura populacional provocara significativas mudanças na eficácia dos votos, com reflexos na distribuição dos mandatos excedentes ("Überhangsmandate"). Não obstante considerou o Tribunal Constitucional que a disposição na lei ordinária ainda não era incompatível com o princípio de igualdade eleitoral. E, por isso, conclamou o legislador a empreender as correções necessárias, "(op. cit, p. 23).

Exatamente como na espécie. Com a só deferência de que lá, cuidando-se de lei ordinária, a inconstitucionalidade ainda não se consumara. Aqui, ao contrário, a ofensa, agressiva, frontal, ostensiva, à regra da "igualdade" decorre dos próprios textos im-

pugnados e, pois, **já está concretizada**. Assim, enquanto, pelo sistema anterior, embora a já existência de "mínimos" e "máximos" por unidade federativa, mas exatamente em razão da densidade demográfica dos Estados de então, havia uma plausível (diga-se melhor: sofrível) representatividade na escolha dos deputados federais, o que pode ser constatado pelo quadros anexos, atualmente, com a vigência e por força dos textos impugnados, o princípio da "igualdade do voto" praticamente... **desapareceu**. Assim, por exemplo, num dos últimos pleitos, enquanto à eleição de um deputado federal por **São Paulo** e pelo **Rio Grande do Sul** foram necessários **308.350 e 183.886 votos**, respectivamente, no **Amapá** e **Roraima** necessitaram-se simplesmente... **14.768 e 9.125 votos** (cf. quadros anexos)! Sufrágios, esses últimos, que, note-se não elegeiam um vereador em cidades de médio porte daqueles primeiros Estados. De outro lado, segundo a Resolução n.º 16.336, de 22 de março de 1990, do Tribunal Superior Eleitoral, que, à falta da "lei complementar" a que alude o parágrafo 1º do art. 45 da Constituição Federal (nem essa, note-se, por elevar o "máximo" da representação por Estado, consegue ser exarada!), manteve a representação eleita em 1986 (Res. 16.636/90, art. 1º), enquanto à população e ao eleitorado de Roraima, de apenas **132.980** pessoas (equivalente, portanto, ao de uma **pequena** cidade do Estado de São Paulo) e **73.001** eleitores, se atribui uma representação de **oito** deputados federais, os **33.096.435** habitantes e **18.500.980** eleitores do Estado de São Paulo são "representados" (... será isto "representação"?!) por não mais do que... **sessenta** (cf. libreto "A Federação Mutilada", p. 7, anexo)! Em outras palavras: o "valor de resultado" do voto do "cidadão" (será, mesmo, à vista dos textos impugnados,... "cidadão"?), paulista e rio-grandense é **vinte, trinta vezes inferior** ao do amapaense ou roraimense. Enquanto aqueles não conseguem eleger um vereador, esses, **com o mesmo número de votos**, escolhem um... **deputado federal**. Não pode haver, na verdade, e não há, forma mais gritante e desarrazoada de discriminação e, pois, de inconstitucionalidade.

Certo, em relação ao também impugnado limite "máximo" de representantes por Estado ("para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha... **mais de setenta Deputados**"), poder-se-ia argumentar constituir ele simples **limite** ao tamanho da Casa Legislativa (a qual, assim, não poderia ter número de integrantes **superior** ao resultante da soma dos "máximos") e, como tal, por razoável, não inconstitucional. Ocorre, no entanto, que, em face da densidade demográfica de alguns Estados, incrementada mais e mais pelas correntes migratórias do norte e nordeste, tal é a **desproporção** entre a população de uma determinada região e o "máximo" permitido à sua "representação" em, comparação à atribuída a outra região menos povoada que, aqui também, a **desigualação desarrazoada**, e, pois, a inconstitucionalidade, se configura. Não é possível, com efeito, sem gravíssima lesão à igualdade, que, por exemplo, pelo "crime" de habitarem uma região mais densamente povoada, trinta, quarenta, cinquenta milhões de brasileiros do Estado de São Paulo sejam condenados a terem sempre... setenta representantes, o mesmo, ou pouquíssimo mais (o "teto" tende a igualar os desiguais), que os de outras regiões de muito menor população. A única forma, pois, de eliminar a desigualdade, a qual, repita-se sempre, por **desarrazoada**, contamina o texto de inconstitucionalidade, é declarar o vício também em relação ao "máximo", transferindo para a "lei complementar" a lixação **razoável - e, por isso, constitucional** -, em função da população de cada unidade federativa, do indigitado

limite.

12. Aliás, não foi outra a conclusão a que chegou a Procuradoria-Geral do Estado no Parecer nº 9.467 da lavra do Procurador do Estado e Professor MARIO BERNARDO SESTA, cujas passagens o Autor permite-se transcrever:

"Exceptuadas, com base na melhor e mais inquestionada **RATIO**, as sobreditas restrições ao direito de voto, cumpre ressaltar que A CIDADANIA é noção essencialmente IGUALITÁRIA: INEXISTEM CIDADÃOS DE PRIMEIRA E DE SEGUNDA OU OUTRAS CLASSES. A cidadania é incompatível com a existência dos "MAIS IGUAIS" da sátira de ORWELL (ALL ANIMALS ARE EQUAL BUT SOME ANIMALS ARE MORE EQUAL THAN OTHERS" - G. ORWELL, in "ANIMAL FARM", NEW AMERICAN LIBRARY, s/ data, CHICAGO, p. 123). E o que se vê na própria Constituição Brasileira, justamente no que tange ao cerne da CIDADANIA, AO EXERCÍCIO DO VOTO, é a consagração da DESIGUALDADE ENTRE CIDADÃOS QUE PREENCHEM OS REQUISITOS GERAIS E ESPECIAIS CONSTITUCIONALMENTE FIXADOS, PARA O EXERCÍCIO DAQUELE DIREITO. Em outras palavras, o que se vê é a NEGAÇÃO DA CIDADANIA!" (cf. Parecer 9.467, anexo).

E, recorrendo sobre a "cidadania", sua ligação com a "igualdade do voto", o "sistema representativo" e a inviabilidade de compatibilizá-la com os limites "mínimos" e "máximos" impugnados na presente ação, prossegue:

"14. A CIDADANIA, enquanto "princípio fundamental", como a define expressamente a Constituição Federal de 1988 (art. 1.º, II), é o denominador comum na equação da autoridade política numa sociedade democrática; é a medida da participação do Povo no processo de administração do Estado, medida essa cujo conceito nuclear é a IGUALDADE. É precisamente através da CIDADANIA que as desigualdades fácticas cedem passo à igualdade instrumentalizada na igualdade jurídica. No período revolucionário, os franceses apodavam-se reciprocamente de CIDADÃOS justamente para acentuar aquela igualdade, em contraposição às desigualdades de estado do antigo regime. Um dos institutos elementares da democracia, coetâneo dos primórdios liberais, é o sistema representativo no qual a cidadania aparece basicamente como o direito ao voto e a igualdade que lhe é inerente se afirma através do conhecido aforisma — UM HOMEM UM VOTO. Desnecessário se faz qualquer esforço lógico para evidenciar que entre CIDADANIA, enquanto "princípio fundamental", e o sistema representativo ("Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos..." (CF/88, art. 1º, parágrafo único), enquanto instrumento da cidadania, há uma relação substancialmente hierarquizada, com prelácia para a primeira. Essa hierarquização substancial fica ainda mais evidente quando se examinam os critérios fixados para o exercício do voto enquanto instru-

mento da CIDADANIA" (cf. Parecer 9.467, anexo).

"No que respeita à composição da Câmara dos Deputados, a representação não é das unidades federadas, e, sim, do Povo. Estados, Territórios e Distrito Federal fazem as vezes de circunscrições eleitorais. Assim, a mencionada fixação subverte o próprio critério de composição daquela Casa do Congresso, que, segundo definição constitucional expressa, deve ser proporcional à população (CF/88, art. 45). /15. O exame comparativo entre a população dos diversos Estados, e a respectiva representação na Câmara dos Deputados possibilita diversos exercícios demonstrativos de que a sistemática de limites mínimo e máximo, ora invectivada, redundando em que os CIDADÃOS de alguns Estados VALEM MENOS do que os de outros! Por não ter sido editada a lei complementar a que alude o sobredito dispositivo constitucional, o processo eleitoral de que resulta a atual composição da Câmara dos Deputados se fez, **precariamente** para o efeito de que ora se trata, com base na Resolução 16.336, do TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, que, no seu Artigo 1.º, mantém a representação eleita de 1986 (!), apenas adequada aos limites máximo e mínimo acima mencionados, determinando que um Deputado Federal por São Paulo represente mais de 500.000 brasileiros; um Deputado Federal por Minas Gerais, pela Bahia, pelo Rio Grande do Sul ou pelo Paraná represente mais de 300.000 brasileiros, ao passo que um Deputado por Rondônia, Tocantins, Acre, Amapá ou Roraima represente menos do que 150.000 brasileiros, sendo que, no último caso, representa apenas 16.624 brasileiros! Dizendo de outro modo, o brasileiro de Roraima **vale** 34 vezes mais do que o brasileiro de São Paulo e 20 vezes mais do que o brasileiro do Rio Grande do Sul! Tal distorção é absolutamente incompatível com o voto de igual valor assegurado no artigo 14 da Constituição Federal, que, como um dos **direitos políticos** pertine ao rol dos **direitos** e garantias fundamentais, de que trata o Título II da mesma Constituição, com ênfase para a igualdade de todos perante a lei (Art. 5º, "caput")! Mesmo considerando as dificuldades no sentido de alcançar uma **distribuição ideal** do número de Deputados Federais por unidade representada, forçoso é reconhecer que a distribuição atual é completamente incompatível com os parâmetros mínimos de **razoabilidade**! Se, por um lado, essa distorção agride a CIDADANIA, por outro, compromete gravemente o equilíbrio dos Estados no contexto federativo, na medida em que elimina a razoabilidade da proporção da importância política dos Estados sub-representados" (cf. Parecer nº 9.467, anexo).

E conclui:

"De tudo quanto foi dito, decorre-nos indubitavelmente a convicção de que a mesma **RATIO** embasadora do princípio da **supremacia constitucional**, combinada com a ineludível constatação da existência, na Constituição enquanto código, de disposições que, embo-

ra guardando a **mesma hierarquia formal** e superioridade hierárquica em relação às demais normas do ordenamento jurídico, revelam **gradação hierárquica substancial** entre si; combinada ainda com a inarredável necessidade de **coerência interna**, que deve oferecer o código constitucional como condição de sua funcionalidade, autoriza, no caso das **antinomias reais**, insolúveis através de exercícios hermenêuticos fundados na identidade hierárquico-formal das normas interpretadas e compatibilizadas, o **confronto material** entre elas, com a consequente invalidação das de menor hierarquia material, que sejam incompatíveis com as de maior hierarquia material. Assim sendo, os limites constitucionais fixados para a representação das unidades federadas na Câmara dos Deputados são inconstitucionais, na medida em que agredem os princípios fundamentais da cidadania (Art. 1º, II) e da **federação** (Art. 1º "caput"), bem como os **direitos e garantias fundamentais de igualdade perante a lei** (Art. 5º "caput") e da **igualdade do valor do voto** (Art. 14), bem como o núcleo constitucional defendido como **cláusula pétrea** e, assim, nitidamente hierarquizado em termos substanciais, relativo à forma federativa, ao voto universal e aos direitos e garantias individuais (Art. 60, parágrafo 4º, I, II e IV)" (cf. Parecer 9.467, anexo).

13. Desta forma, em tudo e por tudo, tem cabimento e é procedente a presente ação. Pretende-se com ela que, declarada a inconstitucionalidade dos textos impugnados, se devolva à "lei complementar" a que alude o parágrafo 1º do art. 45 da Carta Federal a fixação de critérios **razoáveis**, "proporcionalmente à população" de cada unidade federativa, para a valoração do voto dos cidadãos brasileiros, que, repita-se sempre, a Constituição quer **"igual"** (CF/88, art. 14). E isto, parece, não é muito.

14. Não pode, no entanto, o Autor, antes de encerrar, deixar de tecer rápidas considerações sobre a gravidade do tema ora posto perante esse Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Todos sabem, é da experiência comum, que não há paz, nem concórdia, nem união verdadeiras se e enquanto fundadas na discriminação. No caso, por circunstâncias históricas que não cabe aqui comentar, o certo é que, como se demonstrou, e é fato notório, a discriminação... **existe**. Os cidadãos pertencentes aos Estados do Sul e do Sudeste, que, conforme se pode verificar pelos gráficos anexos, constituem **57,70% (cinquenta e sete vírgula sete por cento)** da população do País e participam na formação da riqueza nacional com **77,4% (setenta e sete vírgula quatro por cento) - quase oitenta por cento!** - do PIB, contribuem, através de seus votos, para a composição de **apenas... 45% (quarenta por cento)** do Congresso Nacional. De outro lado, os cidadãos das regiões norte, nordeste e centro-oeste, constituindo apenas **42,3% (quarenta e dois vírgula três por cento)** da população brasileira e participando com **22,6% (vinte e dois vírgula seis por cento) - menos de um quarto!** — do PIB, detêm na composição congressual nada menos do que... **54,3% (cinquenta e quatro vírgula por cento)!** E, como se sabe, é o Congresso Nacional, ao fim e ao cabo, que... **dá o destino à riqueza nacional**. Não é preciso ser sociólogo

ou nem cientista social para compreender que esta situação de instabilidade estável não pode perdurar tranquilamente.

Na verdade, as distorções resultantes da desigualação desarrazoada são assustadoras e se espalham pelas mais importantes atividades de nossas Casas Legislativas federais. Veja-se, por exemplo, um entre muitíssimos exemplos, a Comissão Mista de Planos Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, competente para analisar e dar parecer sobre a proposta orçamentária da União: enquanto dela participam nada menos do que **oitenta e um** parlamentares oriundos das regiões norte, nordeste, e centro-oeste (**22,6% do PIB!**) atribuem-se ao sul e sudeste (**77,4% do PIB!**) apenas... **trinta e nove participantes** (cf. gráficos anexos)! E, da mesma forma, a não menos importantíssima Comissão Mista criada para avaliar exatamente os desequilíbrios regionais: integram-na nada menos do que **vinte** parlamentares do norte/nordeste/centro-oeste e apenas **seis** (repita-se: **seis... menos de um quarto do total!**) do sul/sudeste. E, conforme se pode verificar nos gráficos anexos, as distorções sucedem-se de todas formas e, como não poderia deixar de ser, repercutem diretamente inclusive na destinação dos investimentos públicos, fato também verificável nos documentos anexos.

Ora, a Nação, que resultou do esforço **comum**, não pode à evidência, contentar-se tranquilamente em assim permanecer. Porque, como se disse, discriminado algum, exceto o desfibrado moral, e a Nação não o é, se conforma com a discriminação. Tanto mais quando, como no caso, e paradoxalmente, numa situação digna da dramalurgia de Ionesco, o "discriminado" é nada mais nada menos do que... **a maioria, a aplastante maioria do povo brasileiro**, responsável, repita-se sempre, pela produção de quase oitenta por cento da riqueza nacional. Não pode haver, portanto, situação mais grave. Grave não só pela **desarrazoada cisão** que provoca entre brasileiros absolutamente iguais como, principalmente, pelo potencial de intranquilidade de consequências ainda inavaliáveis de todo, suscetível de entre eles gerar, o que, como é óbvio, impõe ao detentor de qualquer parcela de poder público não só o direito como, principalmente muito principalmente, o **dever** de exaurir esforços na extirpação do vício para reinstaurar o encontro da Nação consigo mesma. E desta responsabilidade histórica o Autor tem o **dever** de não fugir.

A propositura da presente ação, pois, como já se disse, atende exatamente a isso. O Autor, como governante, como homem público e, principalmente, como brasileiro com os olhos postos no legado histórico de paz, de concórdia e de integridade nacionais, não poderia deixar de submeter a matéria ao exame do Supremo Tribunal Federal, que ele, **só ele**, responsável pela "guarda" de nossos princípios jurídicos mais fundamentais (CF/88, art. 102, parágrafo único), e, repita-se também, **isento** de paixões e corporativismos, tem condições de decidi-la e, restaurando o equilíbrio da Nação, resgatar-lhe as bases em que se funda e foi construída.

ISTO POSTO, REQUER se digne Vossa Excelência ou o eminente Ministro a quem o conhecimento da presente ação haja de pertencer como Relator solicitar informações do Excelentíssimo Senhor Presidente do Congresso Nacional e, cumpridas as formalidades legais, inclusive a ouvida do Procurador-Geral da República (CF/88, art. 103, parágrafo 1º) e a citação do Advogado-Geral da União para defender os textos impugnados (CF/88, art. 103, parágrafo 3.º), haver por bem o Egrégio Supremo Tribunal Federal julgar

a ação procedente para o efeito de declarar a inconstitucionalidade da oração **"para que nenhuma daquelas unidades tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados"** do parágrafo 1º e do vocábulo **"quatro"** do parágrafo 2º do art. 45 da Constituição Federal com as providências e cominações de estilo.

REQUER, outrossim, a requisição do Egrégio Superior Tribunal Eleitoral ou, se for o caso, dos respectivos Tribunais Regionais Eleitorais da relação de todos os Deputados Federais eleitos em cada unidade da Federação nas últimas quatro eleições com as respectivas votações individuais bem como dos quocientes eleitorais nos referidos pleitos e das respectivas populações que os formaram.

Nestes termos pede deferimento.

Brasília, 09 de dezembro de 1992.

Alceu Collares,
Governador do Estado.

Sérgio Porto,
Chefe da Casa Civil.

Gabriel P. Fadel,
Procurador-Geral do Estado.

Caio Martins Leal,
Procurador do Estado.

Mário Bernardo Sesta,
Procurador do Estado.

ADVOGADO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA: CONTESTAÇÃO*

Suzette M. R. Angeli e
Leandro Augusto N. Sampaio

Exmo. Sr. Dr. Juiz do Trabalho,
Presidente da MM. 3ª JCJ
Porto Alegre, RS.

PROCESSO N.º 883.03/93
OBJETO: Contestação

COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA — CEEE, empresa concessionária de serviço público, instituída sob a forma de Sociedade de Economia Mista conforme Lei nº 4.136/61, com sede em Porto Alegre, RS, na Av. Ipiranga nº 8.300, Prédio C, 7º pavimento, por seus procuradores adiante assinados, os quais recebem as comunicações processuais na Procuradoria-Geral do Estado, com endereço na Av. Borges de Medeiros nº 1501, 13º andar, Centro Administrativo do Estado, conforme instrumento de mandato incluso, vem perante Vossa Excelência para apresentar

CONTESTAÇÃO

à RECLAMATÓRIA TRABALHISTA promovida por (...), já qualificado, consoante fundamentos fáticos, doutrinários, legais e jurisprudenciais a seguir indicados:

SUMÁRIO DAS PRETENSÕES DO AUTOR E RÁPIDO ENFOQUE ACERCA DA CONTRATUALIDADE:

O Reclamante foi admitido na demandada em 07.12.65, como Auxiliar de Escritório. Em 1º.01.67 teve suas funções alteradas para Auxiliar de Serviços Jurídicos I, e, em 11.09.68, enquadrado no **Quadro de Pessoal** da empresa demandada como ADVOGADO, nível superior. De 1º.05.81 até 1º.12.83 exerceu sua atividade na Superintendência de Contratos, ligado à Coordenadoria de Assuntos Jurídicos. Em 1º.05-85 teve seus salários alterados por equiparação com Hyppolito Brum, retroativos a 1º.08.79. Em 06.12.88 passou a atuar no setor denominado Coordenadoria dos Assuntos Cíveis e Penais. Percebeu, em junho/93, o salário mensal de Cr\$ 116.249.536,19 para o exercício da função de advogado, remunerando uma jornada diária de 08 horas ou semanal de 40 horas. Em julho/93 sua remuneração mensal é de Cr\$ 216.395.264,03.

Pretende a aplicação dos **Dissídios Coletivos** instaurados pelo **Sindicato dos Advogados do Rio Grande do Sul**, desde 27.01.1988, mas tão-somente no que pertine à jornada de 4 horas diárias ou 20 horas semanais, com o pagamento das horas extras, em nº de 4 horas por dia, com adicionais de 50% e 100%, respectivamente, para a 5ª e 6ª horas, e para a 7ª e 8ª horas, com reflexos, integrações e FGTS, tudo em parcelas vencidas e vincendas.

*Originalmente publicado na RPGE n.º 49, 1993.

Não postula, como já era de se esperar, o piso salarial, ou salário normativo da categoria, fixado em 06 (seis) salários mínimos, o qual deve ser encarado, necessariamente, como agregado à jornada especial reduzida.

No curso da contratualidade foi promovido por antiguidade, em 1º.10.71, com majoração salarial, conforme Quadro de Pessoal da empresa; nova promoção em 03.03.72, com base no sistema de maturidade; em 11.09.74 recebeu nova promoção horizontal, com majoração salarial, o mesmo ocorrendo em todos os anos subsequentes, inclusive beneficiando-se do adicional por tempo de serviço (quinquênios), consoante resultado de acordo coletivo celebrado pela demandada com o SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE ENERGIA ELÉTRICA NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL — SENERGISUL —, a partir de 1º.08.81. Igualmente sempre se beneficiou, incondicionalmente, dos DISSÍDIOS COLETIVOS propostos pelo SENERGISUL, a exemplo das gratificações anunciadas na petição inicial, e não objeto de cláusulas dos Dissídios do SINDICATO DOS ADVOGADOS. Igualmente, beneficiou-se dos chamados prêmios assiduidade, conquistados pelo SENERGISUL, ao completar 15 e 20 anos de serviço na Companhia, respectivamente de 45 dias e 60 dias remunerados.

Pretende a demandada, sob vários aspectos, trazer novamente para esta discussão, porque perfeitamente possível e necessária, a ilegitimidade passiva da CEEE para submeter-se aos efeitos da JORNADA DE TRABALHO reduzida, ligada esta, por óbvio, ao piso normativo determinado pelos Dissídios Coletivos do Sindicato dos Advogados do RGSul. Trata-se a demandada de uma empresa concessionária de serviço público, sob a forma de economia mista, o que a distingue das demais sociedades por ações ligadas à FIERGS, detendo prerrogativas e privilégios constitucionais próprios da atividade pública que desempenha.

Ao final ficará demonstrada a total improcedência da presente ação trabalhista.

PRELIMINARMENTE:

1. PRESCRIÇÃO

Argúi a prescrição bienal do artigo 11 da Consolidação das Leis do Trabalho, sobre todo o pedido constante da inicial. Por cautela, alega o dispositivo prescricional constante do artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal.

2. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO NORMATIVA.

Verifica-se que o processo de revisão de Dissídio Coletivo se encontra pendente de julgamento pelo Egrégio TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, consoante recurso ordinário, com pedido de efeito suspensivo, apresentado pela Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Sul, apresentado em 28.10.92. Descabendo pois, ainda, o pedido de cumprimento das decisões normativas proferidas pelo Colendo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região impõe-se, como medida preliminar e necessária, a

suspensão do presente feito até que seja objetivada a matéria. A relevância das questões invocadas pelo Autor aconselha e indica a suspensão do feito. É o que se requer. Aliás, todos os Dissídios Coletivos invocados pelo A. ainda não tiveram suas decisões transitadas em julgado.

3. DO PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO. NULIDADE, INEFICÁCIA E INCONSTITUCIONALIDADE DAS CLAUSULAS INVOCADAS.

Segundo o jurista PEDRO VIDAL NETO, em sua monografia "Do Poder Normativo da Justiça do Trabalho", ed. LTR, SP, 1983, pág. 87 — "podemos chamar de normativo, em geral, o poder, reconhecido pelo Direito, de estabelecer normas válidas e eficazes, e analisá-lo quanto a seus titulares, meios e formas de expressão. Sob todos esses aspectos poderá ser especificado, então: que os órgãos de posituação das normas trabalhistas são o Estado, as comunidades internacionais, os grupos profissionais, a empresa, o povo de modo anônimo, assim como os próprios interessados; que é exercido mediante atos de legislação, administração, jurisdição, negociação individual e coletiva, assim como por meio da repetição uniforme e constante das mesmas condutas. Exprime-se sob a forma de leis, atos administrativos, contratos coletivos, sentenças individuais e coletivas, jurisprudência, regulamentos de empresa, contratos individuais e costumes." (págs. 87/88).

Entretanto, ressalta o doutrinador citado, que a utilização genérica desta expressão — PODER NORMATIVO — com a finalidade de designar aquele poder para estabelecer normas jurídicas, isto é, as fontes FORMAIS do Direito, embora não se constitua mais em novidade, eis que utilizado por vários autores de nomeada, a matéria, contudo, ao longo do tempo, tem sido objeto de inúmeros questionamentos, principalmente face ao fortalecimento (a) dos instrumentos destinados à solução dos conflitos coletivos de trabalho e, (b) do espírito associativo das categorias econômicas e profissionais.

Contudo, nesta ordem de entendimento, não se pode jamais esquecer o sempre presente ensinamento de Kelsen, no sentido de que o ordenamento jurídico é um conjunto ordenado de normas de diferente hierarquia, cada norma de categoria inferior encontrando o seu fundamento em uma outra norma de categoria superior, até chegarmos à CONSTITUIÇÃO, que é a FONTE COMUM de todas as normas jurídicas e de todos os poderes. Deste modo, segundo Kelsen, a fonte de uma norma jurídica é sempre outra norma jurídica, sendo cada norma um ato de criação e de execução, simultaneamente, sempre respeitada a norma fundamental. E é exatamente no Direito do Trabalho que esta teoria alcança a plenitude de sua validade, dado à pluralidade de fontes do direito obreiro, as quais são, hierarquicamente coligadas, da CONSTITUIÇÃO às leis e atos de governo com força de lei, alcançando, ainda, em ordem decrescente, ao regulamento das empresas, aos contratos coletivos de trabalho, aos usos e costumes.

Aspecto elementar, pois, é o de que os modos de expressão do chamado PODER NORMATIVO, como ressaltado pelo jurista PEDRO VIDAL NETO, não podem violar os princípios constitucionais e o da legalidade, como enfatizam os mestres OCTÁVIO BUENO MAGANO e AMAURI MASCARO DO NASCIMENTO, dentre outros. E o saudoso mestre VICENTE RÃO sublinha: o princípio da

constitucionalidade exige que todas as normas e atos inferiores respeitem as disposições formais ou **substanciais** da CONSTITUIÇÃO; já o **princípio da legalidade**, de outro lado, exige a subordinação de todos os atos executivos e judiciais às LEIS (in "O Direito e a Vida dos Direitos", Max Limonad, SP, pág. 347), o que implica dizer, e também sob outro aspecto, que tais princípios traduzem uma **distribuição de competências**.

No nosso ordenamento jurídico tem-se a chamada decisão normativa como fonte de resolução de litígios coletivos de natureza econômica, manifestando-se, igualmente, segundo Pedro Vidal Neto, nos conflitos jurídicos quer coletivos, quer individuais (aceitando-se neste último caso, a posição pouco ortodoxa do citado autor, de que a sentença implica também no desenvolvimento de uma atividade normativa). Entretanto, na linha de nosso raciocínio, quaisquer que sejam os **critérios hermenêuticos** aplicados pela decisão normativa, deve esta sempre estar comprometida **com o interesse público** (art. 8º da CLT). Assim, adotando-se a definição de PEDRO VITAL NETO, de que trata-se a sentença normativa do "poder de estabelecer normas jurídicas, em sentido amplo e de declaração de normas destinadas à solução de conflitos coletivos, em estrito senso", não é possível esquecer o **contorno** que elas devem revestir acerca dos **princípios da constitucionalidade e da legalidade**, antes apontados. É a observância da Constituição e dos direitos individuais e sociais nela reconhecidos (normativamente valorados) que dá foros de **constitucionalidade e de legalidade à sentença normativa**.

Diz ainda PEDRO VIDAL NETO: "De acordo com o princípio da separação dos poderes, o poder normativo que se concretiza no estabelecimento de leis tem sede no Poder Legislativo. Nos sistemas de direito escrito, a lei é a principal fonte de produção de normas jurídicas, imediatamente subordinada à Constituição, mas hierarquicamente superior a todas as demais." (In artigo publicado na Revista LTR, nº 53-2/151-162).

E mais: "O Poder Normativo dos tribunais do trabalho, entretanto, não pode ser concebido como um poder originário de criação autônoma de normas jurídicas; como poder legislativo, a não ser retornando-se à doutrina corporativista. Semelhante concepção não se coaduna com a ordem constitucional democrática. A atividade criadora dos tribunais do trabalho só pode operar por conclusão de princípios e disposições legais, desimplificando normas já contidas no Ordenamento Jurídico." (ob. cit., pág. 159).

Erige-se a **lei**, portanto, como instrumento único, destinado a regular as relações sociais e dentro da competência privativa do **PODER LEGISLATIVO** como intérprete e intermediário das vontades e do senso comum popular. E foi o próprio legislador quem concedeu ao **PODER JUDICIÁRIO**, para fins de prestação jurisdicional (inserido na sua competência constitucional) um poder normatizador, **mas sempre sujeito à órbita legal, na esfera das normas jurídicas vigentes**.

É ainda o próprio PEDRO VIDAL NETO (in Rev. LTR, nº 53-2/157) que assim informa a questão: "O exercício do Poder Normativo da Justiça do Trabalho é, portanto, concretização de função jurisdicional, cujo "quid" específico consiste na aplicação e interpretação do Direito aos casos concretos. É patente, portanto, que se trata de um poder duplamente derivado, condicionado e limitado: pela Constituição e pelo Sistema de Direito Positivo. O poder normativo dos tribunais é jurisdicional, derivado, limitado, condicionado e seus limites são impostos pela Constituição, pelas leis e pelo Sistema de

Direito Positivo."

Outro renomado autor, o Professor ARION SAYÃO ROMITA, enfrentando o assunto em artigo de doutrina publicado na mesma Revista LTR, nº 53-8/909, tem como pacificado o entendimento de que o Poder Normativo da Justiça do Trabalho sempre fica sujeito à Lei. Diz o autor: "Não é exato que para o poder normativo da Justiça do Trabalho, à luz da Constituição de 1988, 'o céu é o limite'. A Constituição explicitou o limite mínimo, mas esse procedimento não autoriza a ilação de que ela deixou de consagrar limite máximo para o exercício da competência normativa."

Efetivamente, verifica-se que todos os **poderes de Estado** são vinculados entre si, harmônicos enquanto formas de atuação e de existência do organismo social. Não se conceberia dentro do princípio que rege as relações jurídicas brasileiras o ilimitado poder legiferante concedido ao Poder Judiciário Trabalhista, ao julgar e fixar condições de trabalho via decisões normativas. É claro que fica este poder, relevante e significativo, sujeito ao ordenamento jurídico e legal vigente no país, emanado do Poder de Estado competente para tal, que é o Legislativo.

Outra não é a opinião de JOSÉ ALFREDO CRUZ GUIMARÃES: "Nestas condições, têm os Tribunais Trabalhistas, no exercício de seu relevante papel normativo, de comportar-se com redobrado cuidado para, ao estabelecer normas e condições de trabalho, agir com o máximo de equidade, a fim de, sopesando os valores em conflito, não infringir nenhum deles, evitando, assim, incidir na eiva da inconstitucionalidade." (in Rev. LTR, nº 53, nov. de 1989).

A jurisprudência do **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** também contempla decisões relativas ao assunto, onde se cristaliza o posicionamento que adota o ora contestante, no sentido de ver **declarada a total sujeição do poder normativo trabalhista à norma jurídica válida e eficaz editada pelo Poder Legislativo**. Em voto proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 102.043-PR, assim se expressou o **Ministro NERI DA SILVEIRA**: "Nem usos nem costumes, nem sedimentação por sucessivas convenções coletivas foram suficientes para garantir aos bancários a continuidade da percepção da gratificação semestral por eles auferida há incontáveis anos, porquanto, no pertinente, **essa Suprema Corte houve por bem alertar quando à ausência de poder legiferante da Justiça do Trabalho, consoante se colhe da remansada jurisprudência versando o tema.**" (in Rev. LTR nº 53-4/470, com grifos nossos).

Os argumentos até agora destacados demonstram, de forma clara e objetiva, o descabimento dos pedidos estampados na petição inicial. O reclamante pede o cumprimento de **decisão normativa que LEGISLA sobre jornada de trabalho e sobre salário mínimo e/ou piso salarial**. É inconcebível o cumprimento de tal determinação judicial, nulificada que está por vício de origem e por total afronta à **lei e à Constituição Federal**.

De forma anômala revestiu-se o julgador trabalhista de um poder legiferante ilimitado, revogando disposições legais e constitucionais que tratam da matéria. Não se está frente à interpretação ou aplicação de uma norma existente, nem de uma lacuna do ordenamento jurídico. Ao contrário, a legislação se importa da matéria, regulando-o em vários casos, em que são fixados pisos e condições de trabalho para variadas categorias profissionais, a exemplo de engenheiros, arquitetos, jornalistas e diversos

outros profissionais tiveram as suas ocupações regulamentadas por provimentos legais expedidos pelo Poder Legislativo, o único competente para exercer tal função de Estado. Inexistente a norma excepcionadora, vale a regra geral. E esta regra, dado a relevância do tema, **alcançou patamar constitucional**, tendo a Carta Magna estabelecido as condições sob as quais vigorariam em nosso país os direitos sociais e as relações de trabalho (art. 7º, incisos IV, V e XIII).

O Constituinte de 1988 entendeu alçar à condição de **princípios constitucionais a jornada de trabalho, o valor mínimo do salário**, remetendo tais matérias à lei ordinária. São princípios constitucionais e não podem ser objeto de alteração via decisão normativa, exarada em processo de Revisão de Dissídio Coletivo. Nesse sentido, invoca-se novamente o já referido voto proferido pelo Ministro **NERI DA SILVEIRA**, que assim nos ensina: "A respeito da fixação da duração da jornada de trabalho ser da competência da União, dentre outros, o v. acórdão dado no RE 68.425 (in RTJ 56/319) bem examinou e elucidou a questão adotando o entendimento com o qual se harmoniza o r. julgamento impugnado."

Descabe o pedido formulado pelo Reclamante, pois ineficaz, dado que nula, viciada e inconstitucional a determinação exarada pelo Egrégio Tribunal Regional do Trabalho. A Carta Magna foi exaustiva quando tratou do assunto, pois disciplinou a jornada de trabalho em três incisos do artigo 7º e, em todos, quando referiu a possibilidade de modificação da duração do trabalho, fixou a alteração legal ou via convenção coletiva de trabalho (que, por óbvio, se distingue do Dissídio Coletivo...). Os únicos instrumentos fixados constitucionalmente para a alteração da jornada são **a lei e as convenções coletivas de trabalho**, não havendo previsão, no texto maior, a possibilidade de redução ou fixação de jornada de trabalho via decisão normativa. Ademais, não concedeu o legislador constituinte qualquer poder **residual** ao Poder Judiciário para tratar de tais questões, e, em assim o sendo, a decisão normativa que assim procede invade matéria cuja regulamentação é privativa do poder de Estado competente para regular as referidas relações sociais.

O piso salarial e o salário mínimo são, nos termos da Constituição, matérias de **provimento legal**. Neste sentido a decisão do Egrégio TST, em acórdão publicado igualmente na Rev. LTR nº 52-11/1355, Rel. Min. Marcelo Pimentel.

O cumprimento da decisão normativa que estabelece jornada especial reduzida para os **advogados** e também especialíssimo piso salarial a esses profissionais, não pode prosperar. Colhe-se do trabalho do eminente Professor **ARION SAYÃO ROMITA**, antes indicado, a lição que demonstra se estar, no caso "sub judice", em vias de se afrontar diretamente outro princípio constitucional que estabelece que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, II, CF/88), coagindo-se a empresa demandada a cumprir decisão normativa que, a despeito de tratar de assunto alheio à sua competência, ainda viola outros princípios constitucionais que tratam especificamente da matéria. Resta infringido, ainda, o disposto no art. 49, inciso XI da CF/88, segundo o qual o Congresso Nacional zela pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa de outros poderes. Ensina o

Prof. ROMITA: "se houver texto de lei que disponha sobre o objeto da cláusula controvertida no dissídio a competência normativa respeitará o comando legal, não podendo ampliar (nem reduzir) a garantia, salvo se a lei expressamente declarar que impõe um benefício mínimo."

Prossegue o eminente Professor: "A interpretação conjunta do disposto no artigo 5º, II e no artigo 49, inciso XI da Constituição Federal obriga o intérprete a concluir pela impossibilidade de exercício do poder normativo quando inexistente texto legal que disponha sobre o objeto da cláusula controvertida no dissídio coletivo. Ilação em contrário colide com duas considerações essenciais: a) o Brasil se constitui em Estado democrático de Direito (Constituição Federal, art. 1º) e este, como se sabe, é o Estado que se submete à lei (lei, em sentido formal); b) no exercício da competência normativa, o Judiciário Trabalhista não pode, sem violação da ordem constitucional, usurpar a atribuição legislativa do poder respectivo, ante o respeito que se lhe exige o disposto no artigo 2º da Constituição, segundo o qual os poderes da União são independentes e harmônicos entre si." (ob. cit., Rev. LTR nº 53-8/909).

Exatamente no mesmo sentido é o posicionamento do Ministro do TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, **MANOEL MENDES DE FREITAS**, exarada em artigo doutrinário publicado na obra "Curso de Direito do Trabalho — Estudos em memória de Célio Goyatá", ed. LTR, SP, Vol. II, pág. 704).

Outro jurista de nomeada, **WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA**, em sua obra "Direito Processual das Coletividades e dos Grupos", ed. LTR, SP, 2ª edição, 1992, elenca hipóteses extraídas de JOSÉ A. C. MACIEL (Pareceres do TST em Dissídios Coletivos Comentados, Ed. LTR, 1990), do qual destacamos a seguinte decisão: "JORNADA SEMANAL — A Justiça do Trabalho não é competente para deferir jornada de trabalho de 44 horas semanais, por ser a matéria regulada por lei. Fontes: RO-DC 845/84; RO-DC 820/84".

É ainda o Egrégio TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO quem decidiu a matéria posta em Dissídio Coletivo, nos seguintes termos. "A fixação da jornada de trabalho extrapola os limites da sentença normativa" (DJU de 10.08.90, pág. 7601).

Ainda no que pertine ao poder normativo da Justiça do Trabalho, cabe referir, juntando-se documento comprobatório anexo, referentemente a uma outra decisão do Egrégio TST, publicada no DJU de 07.05.1993, págs. 8425/8426, acerca do julgamento do recurso ordinário interposto em **Dissídio Coletivo do SINDICATO DOS ADVOGADOS DO ESTADO DO PARÁ** — RO-DC-36948/91.2 — Ac. RDC 200/93, Rel. Ministro Fernando Villar, nos tópicos adiante destacados: para o estabelecimento de piso salarial diferenciado para os **advogados**, de seis salários mínimos, o Tribunal Superior **excluiu a cláusula diante da impossibilidade de vinculação** (ao salário mínimo); para a jornada diferenciada de cinco horas diárias ou 25 semanais, o Tribunal Superior determinou a **exclusão da cláusula face a matéria ser regulada por lei**.

Assim o sendo, não só com base na opinião de eminentes pensadores e juristas trabalhistas brasileiros, como de resto também nos posicionamentos jurisprudenciais

antes destacados, tem-se que a **Justiça do Trabalho não é competente para reduzir jornada de trabalho em dissídio coletivo, pois tal só é possível mediante lei, acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho**, sem prejuízo da competência privativa da União (*rationae materiae*) para dispor sobre Direito do Trabalho. **E TAL NÃO É A HIPÓTESE DOS PRESENTES AUTOS.**

Deste modo, requer a Contestante, o acolhimento da preliminar ora arguida, declarando-se desde logo, **a nulidade, ineficácia e inconstitucionalidade das cláusulas invocadas nas decisões normativas sob exame**, extinguindo-se o feito sem sequer o exame da preliminar seguinte e o mérito da demanda (art. 267, VI, CPC), como medida de Direito e de Justiça.

4. NATUREZA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA DEMANDADA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. DIFERENCIAÇÕES E PRIVILÉGIOS

Para os fins do Decreto-Lei 200/67, com a nova redação dada pelo Decreto-Lei 900/79, a **definição de sociedade de economia mista** está assim determinada:

"é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou a entidade da Administração Indireta."

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (tal qual a solução dada pelo Decreto-Lei 900/79, seguindo os passos da anterior Carta), embora esdrúxula em já não distinguir precisamente entre as empresas estatais que exercem atividade econômica daquelas que prestam serviço público, contudo, apresenta uma regra que apenas refere-se às que exercem atividade econômica, qual seja a normatividade estabelecida pelo **artigo 173, parágrafo 1º**.

De outro lado, é a própria **Constituição Federal** que se encarrega de resolver a aparente controvérsia, segundo se depreende da norma do **artigo 175, caput, e seu parágrafo 1º, que trazem os fundamentos constitucionais à caracterização da COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA como empresa prestadora de serviços públicos, distanciada da exploração da atividade econômica.**

Diz o artigo 175 da Constituição Federal:

"Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente **ou sob regime de concessão** ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos." Já o seu parágrafo único, mais detalhista, traça os contornos desta atuação, dispondo: "A lei disporá sobre: I — o regime das empresas **concessionárias** e permissionárias de serviços públicos, **o caráter especial de seu contrato** e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II — os direitos dos usuários; III — a política tarifária; IV — a obrigação de manter serviço adequado." (Grifamos).

Assim, **há que se distinguir**, na interpretação da norma constitucional, as

empresas estatais que prestam serviço público daquelas que atuam no domínio econômico em caráter excepcional, em regime de **competição com outras empresas do mesmo ramo**. Aquelas que prestam serviço público não se justifica a submissão às mesmas normas que para as atuantes no campo estritamente econômico.

A Constituição Federal também define determinadas atividades como sendo **serviços públicos, alguns privativos do próprio Poder Público** (a exemplo dos casos previstos no artigo 21, incisos X, XV, XXII, XXIII), ao lado de outros serviços públicos que **podem ser exercidos sob regime de autorização, permissão ou concessão** (a exemplo dos casos previstos no artigo 21, incisos XI, XII e XIII). A Carta Magna prevê, ainda, os casos em que a concessão só pode ser dada a empresas sob controle acionário estatal, bem ainda os atribuídos à União em caráter de monopólio (como previsto no art. 177, CF), a exemplo dos indicados no art. 21, inciso XI e art. 20, parágrafo 1º.

No artigo 21, inciso XII, letra 'b', da CF/88, se insere a autorização constitucional deferida à União para a exploração, diretamente ou mediante concessão, autorização ou permissão, dos **serviços e instalações da energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos.**"

Assim, relegando a tradição, **as empresas estatais passam a deter a natureza jurídica de CONCESSIONÁRIAS de serviços públicos**, nos termos do transcrito artigo 175. E, na opinião da Procuradora do Estado de São Paulo, **MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO**, quando a empresa estatal desempenha serviço público ela é concessionária ou permissionária do serviço público executando tais serviços por delegação da pessoa pública política (UNIÃO, ESTADOS ou MUNICÍPIOS), a qual mantém e detém a sua titularidade, sem competição com a iniciativa privada, sem deles dispor e não dispondo também dos bens afetados ao serviço público, e, ainda, **a elas não se estende a regra do art. 173, parágrafo 1º da Constituição Federal, mandando aplicar o direito privado às sociedades de economia mista e empresas públicas que exerçam atividade econômica** (in "Natureza Jurídica dos bens das empresas estatais", Rev. da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, dez/1988, pág. 182).

Como vimos, é profundamente diferente a situação jurídica das empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, haja vista o **caráter especial de seu contrato** (ato intuitu personae por excelência), mormente porque é através de **lei ordinária** que se definem também (a) os direitos dos usuários ou consumidores, (b) a política tarifária, e (c) a obrigação de manter serviço adequado (art. 175, parágrafo único, I, II, III e IV, da CF/88).

A diferença patrimonial está em que, embora possuam um patrimônio próprio, na maior parte das situações se utilizam **de bens pertencentes à pessoa pública política concedente** ou permissionária, **a exemplo dos POTENCIAIS DE ENERGIA HIDRÁULICA (que pertencem à UNIÃO)**, e que mantêm a característica de bens públicos de uso especial (apenas afetados à execução de um serviço público), **inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis.**

Quanto aos bens patrimoniais da empresa concessionária ou permissionária, há que se fazer distinções, por espécies, a saber: **(a) os bens indiretamente afetados à**

execução do serviço público, submetido à dicotomia antes apontada, eis que, embora submetidos às regras do Direito Privado estão estas parcialmente **derrogadas pelo Direito Público**, pois se submetem às exigências da licitação, tanto para a compra como para a alienação: **(b) os bens diretamente afetados** à execução do serviço público, submetidos tais bens ao regime jurídico aplicável aos bens públicos de uso especial (art. 69 do Código Civil Brasileiro — bens que estão fora do comércio, já que indisponíveis), os quais correspondem ao conceito trazido pelo art. 66, II, do mesmo diploma legal, ainda que integrando o patrimônio da empresa estatal (aplicação do art. 65, CCB) concomitantemente com os bens públicos também afetados à realização de tais serviços públicos.

Na caracterização da **COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA**, como integrante da **administração pública indireta do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, além dos dispositivos constitucionais federais antes citados, cumpre destacar o disposto na **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul** (em complemento ao disposto no art. 21, inc. XIX da CF/88, ao qual submete a demandada face à **competência privativa e inderrogável da UNIÃO FEDERAL para instituir a política e o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos**), como segue: pelo artigo 21 da Carta Estadual as sociedades de economia mista mantidas ou instituídas pelo ente estadual fazem parte de sua administração indireta. Já o artigo 162 trata da formulação da política energética estadual e o art. 171 institui o Sistema Estadual de Recursos Hídricos, ambos interligados. Dentro da política agrícola e fundiária a eletrificação rural é um dos seus instrumentos, consoante dispõe o art. 184, parágrafo 2º, inciso V.

Tanto a demandada pertence à Administração Indireta do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, como concessionária do serviço público, que o art. 9º da CF/88, ao assegurar o direito de greve, prevê no seu parágrafo 1º que a lei definirá os serviços e atividades essenciais, dispondo sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da sociedade. E é a lei nº 7.783, de 28.06.89, em seu artigo 10, inciso 1º, que aponta o **serviço de distribuição de energia elétrica como um dos serviços essenciais** referidos na Carta Magna.

Dentre outras características que denotam o exercício de atividades públicas da CEEE emerge a determinação constitucional em submetê-la à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quanto à legalidade, legitimidade, moralidade, publicidade, eficiência, eficácia e economicidade de seus atos, tanto por parte da Assembleia Legislativa como por parte do Tribunal de Contas do Estado, tudo nos termos do art. 70 a 75 da CF/88, combinado com arts. 70 a 73 da Constituição Estadual. O poder de controle absoluto do ESTADO se dá pela votação em assembleia de acionistas majoritários sempre que representam o Estado (arts. 235 e seguintes da Lei Federal nº 6.404/76). É o Tribunal de Contas quem vai dizer da legalidade, ou não, da aplicação de seus dinheiros públicos (art. 70 a 73, Constituição Estadual).

A finalidade do capital público da CEEE, embora posto sob a forma privada, **não é o de auferir lucro com a atividade industrial por ela desenvolvida**, contrariamente ao propósito de toda a sociedade por ações, mas **tão-somente prestar serviço público essencial, sob a forma de concessão**. As receitas e as despesas da estatal são rigidamente fixadas na Lei Orçamentária Anual Estadual (orçamento financeiro-econômico único), conforme determinam os arts. 163, II, 165, parágrafo 8º,

169, parágrafo único e arts. 17 e 38 do ADCT, todos da CF/88. Aplicável, pois, à Companhia demandada, o art. 37 da Carta Magna, como expressamente determinado pela própria norma constitucional.

O jurista **CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO**, insigne administrativista, ressalta a **impenhorabilidade** dos bens das sociedades de economia mista **afetados à execução dos serviços públicos**, sob pena de ofensa ao **princípio da continuidade administrativa**. Já o doutrinador WALTER T. ÁLVARES entende que tais bens constituem-se em **propriedade do poder público concedente**, eis que a empresa concessionária não tem um direito real sobre os bens destinados e utilizados na realização do serviço público, mas apenas um direito pessoal, de vínculo obrigacional, tendente a realizar-se mediante indenização e/ou pagamento ao investimento realizado, isto na hipótese de passar o concedente ao domínio direto dos mesmos bens (in Rev. de Direito Administrativo, vol. 98, pág. 37).

Finalmente, é de se considerar que o **princípio da continuidade administrativa** constitucionalmente determinado, impede a realização de penhora, hipoteca, alienação ou a aquisição por usucapião dos bens afetados (direta ou indiretamente) para a realização dos serviços públicos, pois restaria violado o disposto no art. 37 da CF/88, uma vez prejudicados os direitos dos usuários e a obrigação de atender adequadamente aos interesses essenciais de toda a coletividade.

Assim, fixado in casu o substrato jurídico da empresa demandada, sem finalidade lucrativa, mas para atendimento de necessidade básica da população, emergem questões de alta indagação em Direito; porquanto prevalente é o interesse e a ordem pública sobre o particular, **mesmo o de natureza trabalhista**. O direito pleiteado pelo reclamante, em que pese as considerações anteriormente expendidas acerca da normatividade da Justiça do Trabalho, não tem este direito natureza potestativa, inoponível, absoluta, a sobrepor-se acima do próprio **Direito Público**, em afronta aos dispositivos e normas constitucionais supracitados e aos seus próprios fundamentos.

Nesta linha de argumentação, acresce dizer que a melhor doutrina pátria tem demonstrado que não se pode levar a consequências extremas a personalidade de direito privado das empresas estatais, não só das que prestam serviços públicos, mas também daquelas criadas para o exercício de atividades econômicas estrito sensu. Para todas elas o jurista **CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO** demonstra "a vigorosa concorrência de princípios e normas publicísticas inevitavelmente afluentes para a proteção da atividade desempenhada, controle da ação de seus agentes e defesa dos administrados (in Natureza essencial das sociedades mistas e empresas públicas, Rev. Dir. Público, 71/111).

O que verdadeiramente diferencia os dois tipos de empresas estatais é a **atividade desempenhada: as que exploram atividade econômica**, em concorrência com outras do mesmo ramo, embora o façam na perseguição de fins públicos como instrumento da política econômica pública, exercem suas atividades mediante relações jurídicas de Direito Privado; já as **empresas estatais de serviço público** desempenham atividade estatal mediante delegação e estão, por isso, sujeitas ao Direito Administrativo, o que também ocorre às empresas de capital exclusivamente privado quando estão na execução de concessão de serviço público.

A CEEE basta-lhe o **princípio da legalidade** — "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, II, CF/

88). E neste princípio geral da legalidade, **lei é somente a emanada de entidade estatal competente em razão da matéria**. Desta forma as empresas estatais que prestam serviços públicos mediante concessão estão subtraídas, por força da Constituição, da incidência de normas trabalhistas editadas pelo poder normativo da Justiça do Trabalho, mormente sentença normativa que **extrapolou os limites legais e invadiu a esfera de competência rationae materiae da UNIÃO FEDERAL**.

E o Mm. Juízo "a quo", ao examinar a controvérsia sub judice, **PODE E DEVE** pronunciar a invalidade da cláusula normativa sobre salário profissional e jornada especial face à sua inconstitucionalidade. O sempre lembrado **RUI BARBOSA**, em suas OBRAS COMPLETAS, XXIII, 1896, III, pág. 237, ao elaborar um estudo sobre o Juri e a Responsabilidade Penal dos Juizes, leciona: "movida por eles (os interessados) a ação competente, o tribunal não há de ser obrigado pelo silêncio das partes a dar vigor a uma inconstitucionalidade, cuja evidência o coloque na alternativa de afastar-se da lei, para observar a Constituição, ou infringir abertamente a Constituição, se executar a lei. Só as nulidades instituídas no interesse das partes necessitam, para que a justiça as conheça, que as partes as arguam. As nulidades instituídas no interesse da lei são de ordem pública, e, como tais, se pronunciam "ex-officio". O Direito Civil considerou sempre como de interesse público as nulidades, que envolvem a ordem das jurisdições. No Direito Constitucional, portanto, não se poderiam deixar de haver como de ordem pública as nulidades concorrentes à ordem dos poderes. Inconstitucionalidade, numa lei, quer invasão da soberania constituinte pelo Poder Legislativo. Pouco importa, pois, que as partes as não articulem, se, na contenda entre as partes o juiz não pode julgar, sem encontrá-la, e obedecer-lhe, violando o Direito Constitucional, ou desobedecer-lhe, para o manter."

Deste longo arrazoado, que afinal tem os seus propósitos, decorrem as seguintes proposições, no que pertine ao caso sub judice:

a) o Estado do Rio Grande do Sul, como acionista majoritário da CEEE, não foi suscitado nos Dissídios Coletivos referidos na peça inicial;

b) a **UNIÃO FEDERAL**, detentora da competência privativa para legislar em matéria de direito do trabalho, águas e energia (art. 22, I e IV, CF/88) e detentora da titularidade de parte dos bens afetados à prestação do serviço público, como o próprio potencial de energia hidráulica (art. 20, VIII, CF/88), teve a **sua competência rationae materiae** invadida pelas disposições normativas dos referidos Dissídios. Com fulcro nesta proposição, dentre outros argumentos, a inconstitucionalidade **arguida poderá e deverá ser declarada** pelo juízo singular;

c) Há formação de **litisconsórcio necessário**, na presente lide, como consequência, nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil;

d) Estará sujeita ao **duplo grau de jurisdição**, como mera decorrência do litisconsórcio necessário, a **sentença a ser proferida**, pois necessariamente refletirá sobre os interesses da entidade pública política (art. 475, CPC, combinado com Decreto-lei) 779/69), em especial se considerarmos as **vinculações constitucionais antes referidas**, acrescidas de suas **violações**.

e) Caso o reclamante obtenha êxito na presente ação, o que se argumenta por mero esforço técnico, os bens da demandada são **impenhoráveis, porque indisponíveis e inalienáveis**, não só pela previsão legal, mas pela afetação atinente ao que é público, não podendo, pois, ser objeto de alienação ou constrição, **senão por**

lei que as autorize, ademais, porque a essência de tais bens confunde-se com o que é público;

f) Dos princípios da impenhorabilidade e da inalienabilidade dos bens públicos da demandada (arts. 67 e 69 do CCB), decorrerá a forma de pagamento por meio de **precatório**, para que seja dotado o crédito exigido no orçamento do exercício seguinte ao de sua inscrição, na forma do art. 100 da CF/88.

Conforta essa orientação as lições de **PONTES DE MIRANDA** (in Comentários ao CPC, Rio, Forense, 1976, Torno X, pág. 469/471) e **HELIO LOPES MEIRELLES** (in Direito Administrativo Brasileiro, Ed. RT, 14.º ed., SP, 1989, pág. 447/450). Aplicável, ainda, como mera decorrência, o disposto no art. 730, I, II, do CPC. Acresce dizer, por fim, que a Jurisprudência tem dado amplitude à interpretação do art. 100 da CF/88, estendendo não só ao Estado lato sensu os benefícios legais da forma de pagamento de suas dívidas, mas também, a outras instituições vinculadas ao direito público, como é o caso da demandada (in TRT 4ª Região, MS-81/92, AI 118/90).

Como conclusão de todo o exposto nesta preliminar, e acaso vencida as preliminares antes argüidas, requer a demandada, sob pena de nulidade do feito e cerceamento de defesa (art. 5.º LV, da CF/88): **1. o chamamento ao processo do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, face à caracterização do litisconsórcio necessário (art. 47, CPC); **2. a notificação da Procuradoria-Geral da República, Seção do Rio Grande do Sul**, para os fins de direito, mormente acerca da inconstitucionalidade suscitada; **3. e, acaso vencido o mérito da ação, ad argumentandum, requer (a) a aplicação dos privilégios processuais à demandada (Decreto-lei 779/69), (b) aplicação do art. 100 da CF/88**, permitindo seja incluída a dívida exequenda na dotação orçamentária do exercício seguinte ao da expedição do respectivo precatório, na forma da lei, acaso inexitosa na presente demanda.

NO MÉRITO

5. DA CONTRATUALIDADE.

O reclamante exerce a função de **ADVOGADO**, correspondente ao **Nível Superior do QUADRO DE PESSOAL** da entidade. Os destaques efetuados no **Sumário das Pretensões do Autor** estão confirmados pelos documentos ora acostados, nos termos desta defesa, demonstrando a **sujeição** do mesmo não só ao **QUADRO DE PESSOAL** mas a outros clausulamentos dos Dissídios Coletivos encetados pelo Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Energia Elétrica no Estado do Rio Grande do Sul – **SENERGISUL**, situações estas que o beneficiam sumamente e conflitam com as disposições dos Dissídios do **SINDICATO DOS ADVOGADOS DO RIO GRANDE DO SUL** (especialmente no que diz com o salário normativo e jornada de trabalho).

Ora, a existência de **QUADRO DE PESSOAL** organizado em carreira, em cargos e níveis classificados quanto a salários, desde logo afasta a incidência de qualquer decisão normativa decorrente de Revisão de Dissídio Coletivo.

A INSTRUÇÃO NORMATIVA de nº 1, do **TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO** (DOU 15.10.82), ainda em plena vigência, estabelece em seu item IX, 4, que: **Na hipótese de o empregador possuir quadro organizado em carreira, não se aplicam as normas estabelecidas no presente item**".

O pedido do autor, portanto, não pode prosperar com relação à empresa demandante, nos termos da Instrução Normativa nº 1, do TST, como faz certo os Quadros de Pessoal, em anexo. É fato relevante, modificativo das pretensões da inicial. As peculiaridades da sua contratualidade demonstram que sempre recebeu seus salários de acordo com os níveis e padrões salariais estabelecidos em **QUADRO DE PESSOAL ORGANIZADO EM CARREIRA**, em igualdade de condições com todos os demais profissionais diferenciados de Nível Superio. Por óbvio, como o salário normativo (de seis salários mínimos) é **para remunerar uma jornada diária de quatro horas, ou vinte horas semanais**, em se submetendo o demandante a um Quadro de Pessoal, percebendo **muito além do piso**, remunerado sempre esteve para uma jornada de oito horas diárias. Não há o que se falar, até por questões axiológicas e éticas, **em jornada especial não prevista em lei e frente a uma empresa que mantém todo o seu pessoal dentro de um QUADRO**. De outro lado cumpre ressaltar que o exercício continuado de funções de extrema confiança, **como é o de ADVOGADO**, implica em não sujeição a horário extraordinário, excepcionada a situação do Autor pelo artigo 62, 'b', da CLT.

Neste sentido é o posicionamento jurisprudencial, a exemplo da decisão proferida pelo TRT-AM, RO 555/90, Ac. 485/91, Rel. Juiz Jorge Azize Abraham, DJAM de 13.05.91: **FUNÇÃO DE MANDO - ENQUADRAMENTO** na alínea b do art. 62, da CLT: **INDEVIDAS HORAS EXTRAS**. — Empregada que exerce função de mando, com procuração da empresa para representá-la perante terceiros, podendo inclusive admitir e dispensar pessoal, se enquadra na hipótese da alínea b, do art. 62, Consolidado; não fazendo jus às horas extras pleiteadas." (in *Julgados Trabalhistas Seleccionados*, de IRANY FERRARI e M. R. MARTINS, ed. LTR, 1992, pág. 147, verbete nº 349).

Embora a inicial seja minudente em elencar os clausulamentos dos Dissídios Coletivos do SINDICATO DOS ADVOGADOS DO RIO GRANDE DO SUL, omitiu o autor um dado fundamental: qual o seu horário de trabalho. Assim, em não tendo o demandante indicado seu horário, porque não está sujeito a nenhum controle, aplica-se-lhe a regra de exceção do art. 62, letra 'b', da CLT. Anexo instrumento de mandado outorgado pela demandada ao reclamante, comprobatório do ora alegado.

6. DOS DISSÍDIOS PRETENDIDOS PELO AUTOR. VALORAÇÃO SALARIAL. JORNADA DE TRABALHO.

O primeiro dissídio invocado, RVDC 12/88, com vigência a partir de 27.01.88, prevê um salário normativo de **seis salários mínimos de referência para uma jornada diária de quatro horas ou vinte semanais, bem ainda adicional de horas extras de 50%**. Já o RVDC 17/89, com vigência a partir de 27.01.89, mantém os mesmos critérios, apenas falando em **seis salários mínimos e taxa de produtividade e adicionais de 50% e 100% para as horas excedentes às quatro determinadas**. O RVDC 15/90, com vigência a partir de 27.01.90 mantém o mesmo clausulamento. Já o RVDC 13/91 não entrou no mundo jurídico, seja pelas razões anteriormente apresentadas, seja porque foi extinto o feito sem julgamento do mérito, sendo **inócua** a assertiva de manutenção das condições do Dissídio anterior, face aos termos da Súmula nº 277/TST, não aceitando a demandada os efeitos retroperantes para período de 27.01.91 a 27.01.92, ainda face o disposto no artigo 873 da CLT

(revisão anual). Em não tendo havido **acordo coletivo** no referido período, embora norma de hierarquia inferior à sentença, não validadas as cláusulas extintas sem julgamento do mérito. Quanto ao RVDC 12/92 encontra-se em grau de recurso junto ao TST, consoante documento que se anexa, motivo pelo qual ainda não produz efeitos.

De outro lado, como já referido, o autor sujeita-se, **desde o seu ingresso na demandada, ao QUADRO DE PESSOAL, o qual regula todas as condições de trabalho, inclusive salariais**. Sintomático que, em nenhum momento a peça inicial se refere a **prejuízos salariais**. Por óbvio que tais prejuízos não existem, como mais adiante será demonstrado. A despeito de toda a controvérsia, sempre o demandante beneficiou-se das conquistas salariais, e outras, encetadas pelo **SENERGISUL**, a maioria delas inseridas no QUADRO de PESSOAL, a exemplo de quinquênios e prêmios assiduidade de 15 e 20 anos de serviço.

As postulações do Autor ferem o princípio da boa-fé que sempre deve nortear toda a contratualidade. Em não tendo havido prejuízos salariais, pretende locupletar-se ilicitamente (porque não há lei deferindo jornada especial) ou obter enriquecimento sem causa, deduzindo pretensão que contraria a natureza especialíssima do cargo e das funções desempenhadas na e para a reclamada, tudo dado as peculiaridades de suas atribuições e ao alto valor de sua remuneração, comparativamente com os demais trabalhadores da empresa estatal.

7. DO HORÁRIO DE TRABALHO.

O autor não indica seu horário de trabalho, limitando-se a invocar jornada extraordinária.

Cabe referir, contudo, que além da Constituição Federal, que fixa a **jornada normal diária de trabalho em oito horas** (art. 7.º, XIII), tem-se que o empregado celebra com seu empregador as condições laborais que nortearão a relação de emprego. Não pode uma decisão normativa **revogar o texto constitucional, o contrato de trabalho e o QUADRO DE CARREIRA (cargos e salários) da demandada**. Válida é a contratação e a estipulação acerca da jornada.

Nesse sentido, a opinião respeitada de **AMAURI MASCARO DO NASCIMENTO**: "Quando a lei trata de uma condição de trabalho, como é o caso da jornada normal de trabalho que é matéria constitucional, não é admitida a interferência do Judiciário para alterar os limites determinados pelo legislador. É o que ocorre na presente questão. A decisão normativa é interferente da esfera legal, discriminando, em favor de uma categoria profissional, jornada especial de trabalho que nem mesmo a lei o fez" (in Rev. LTR, 54-9/1053).

A jornada de trabalho, pois, independentemente da validade da aplicabilidade ou não do piso salarial será, sempre, aquela prevista no contrato de trabalho, consoante determina a lei e, no caso, como está perfeitamente delimitado no pacto laboral celebrado pelo demandante ao longo destes anos, em total **conformidade com o conteúdo do Plano de Carreira e Classificação de Cargos e Salários** da demandada, em plena vigência. A jurisprudência é pacífica e a doutrina é unânime no sentido de manter o entendimento de que a fixação de jornada especial de trabalho não implica em redução impositiva de jornada de trabalho, senão apenas na estipulação de parâmetros mínimos de prestação de trabalho, razão pela qual não existe nenhum óbice legal para uma

contratação de trabalho para jornada superior, **desde que devidamente contratado e remunerado o trabalho**. Nesse caso, as horas que excederem a jornada especial não serão extraordinárias, estando englobadas no valor do salário percebido pelo empregado.

Assim, não procede o pedido de **horas extras** formulado pelo demandante. Este sempre manteve a sua jornada laboral fixada pelo Contrato de Trabalho e pelo Quadro de Pessoal da reclamada para o exercício das funções contratadas como **ADVOGADO**, desde 11.09.1968, de oito horas diárias ou quarenta semanais. E, como se verificou, não está o autor sujeito às disposições constantes da sentença normativa, pelos motivos exaustivamente antes elencados nas preliminares. E, ainda, na forma do que dispõe a CLT não se sujeita à realização de horas extras o empregado que exercer funções de extrema confiabilidade, detendo poderes enfeixados em instrumentos procuratórios outorgados pela demanda, nos termos do artigo 62, letra 'b'.

Pelos assentamentos funcionais do reclamante observa-se que este atuou e atua no exercício de funções de extrema confiabilidade, dado que, no exercício de tais funções, não detinha controle ou subordinação a qualquer horário. A saber: inexistência de controle através de cartões ponto e/ou livro ponto; a sua efetividade estava tão-só vinculada ao crivo de seu Coordenador.

8. DA VALORAÇÃO SALARIAL.

Veja-se que, fazendo uma adequação das regras da decisão normativa à realidade contratual do autor, não se pode admitir que a jornada contratual **seja reduzida de oito para quatro horas diárias** e que **o salário ajustado venha a remunerar apenas as quatro horas normatizadas**. A regra relativa à duração do trabalho deve ser analisada em conjunto com aquela que fixa a remuneração mínima do advogado: se a jornada é superior a quatro, a remuneração mínima será então aquela fixada na decisão normativa, acrescida do nº de horas excedentes, e, com o valor resultante, chegar-se-á à conclusão de que nada mais lhe é devido.

Tomemos, por exemplo, o salário normativo para o mês de JUNHO/93, de 6 SMR x Cr\$ 3.303.000,00, perfazendo Cr\$ 18.819.800,00. Com acréscimos de horas extras, de 50% e 100%, respectivamente, temos um TOTAL de Cr\$ 53.504.550,00. E QUAL É A REMUNERAÇÃO PAGA PELA ENTIDADE DEMANDADA, para uma jornada de oito horas de trabalho? É de Cr\$ 116.249.536,19!... O mesmo cálculo, se efetuado para o corrente mês de JULHO/93, temos um total normativo de Cr\$ 76.556.700,00, contra um salário real percebido da demandada, de ... Cr\$ 216.395.264,03, cujos demonstrativos se encontram em anexo.

Veja-se, ainda comparativamente, com a devida vênia desta MM. Junta, que a remuneração percebida pelo autor, na demandada, no **mês de JUNHO/93 é quase igual à percebida por um JUIZ DO TRABALHO SUBSTITUTO**. A presente referência é feita a propósito do EDITAL para abertura do II Concurso Público para Juiz do Trabalho Substituto da 23ª Região, Cuiabá/MT, **com vencimentos iniciais de Cr\$ 145.780.623,00, aí já incluída a gratificação de representação na data do referido Edital, 09.06.93**.

Observa-se, ademais, e um levantamento pericial confirmará o alegado, que em todos os meses da contratualidade do autor desde JANEIRO DE 1988 até JULHO de

1993, ao demandante foram alcançados **valores salariais que já remuneram sobejamente as horas extras pleiteadas na presente ação**.

As decisões normativas, de outro tanto, não podem sofrer uma interpretação tão simplista, como quer a peça inicial, pois além de afrontar o contrato de trabalho em pleno vigor, com ofensa ao artigo 444 da CLT, a remuneração das horas extraordinárias pleiteadas representam um **"summun ius ... summa iniuria"**.

9. REDUÇÃO DE JORNADA x REDUÇÃO SALARIAL COMPENSAÇÃO.

Acaso vencidas as preliminares invocadas, bem ainda as razões deduzidas quanto ao mérito, "apenas ad argumentandum", adota a reclamada a posição doutrinária defendida pelos juristas **OCTAVIO BUENO MAGANO e EMILIO GONÇALVES, no sentido de que a redução da jornada de trabalho deve vir acompanhada da correspondente redução salarial para os padrões mínimos estabelecidos nas sentenças normativas**.

Diz o mestre **OCTAVIO BUENO MAGANO**: "Em princípio, a solução jurídica mais plausível é a de que, encurtado o módulo hebdomadário, contraído há de ser também o salário respectivo. Esse entendimento provém da natureza sinalagmática e comutativa do contrato de trabalho, ou seja, da exigência de equivalência entre as prestações obrigacionais respectivamente a cargo do empregado e do empregador. Interpretando a Lei nº 7313, de 17 de maio de 1985, que reduziu a jornada do vigia de dez para oito horas, assim se manifestou **Emílio Gonçalves**. "Não há esquecer (...) que o salário representa primordialmente contraprestação de trabalho e, em princípio, deve guardar a necessária correspondência com o trabalhador. A garantia de irredutibilidade salarial não pode ser aplicada de modo absoluto, a ponto de implicar, salvo os casos expressamente previstos na lei, — o pagamento de horas não trabalhadas — pois tal atentaria contra a própria natureza do salário, que é, repita-se, contraprestação do trabalho." Se é admissível que, por mútuo consenso, as partes reduzam a duração da jornada de trabalho com a redução proporcional do salário — com maior razão se impõe a redução salarial quando se trate de redução da jornada de trabalho imposta por força de norma legal imperativa que se sobrepõe à vontade das partes, não constituindo o fato alteração contratual ilícita." ("A lei nº 7.313, de 17.05.85 e sua aplicação aos contratos em curso", Suplemento Trabalhista LTR, Ano 21, nº 73/85). Em harmonia com a citada lição do ilustre professor, merece realce a seguinte ementa de acórdão: "Redução de horário. Não constitui alteração contratual, quando decorrente de lei que reduz a jornada da categoria profissional. Absurda a pretensão de as horas suprimidas serem integradas ao salário como extraordinárias." (TRT— 7ª Região, Proc. RO-341/83, 14.09.83, Relator Luiz Antonio Marques Cavalcante, in Teixeira Filho, João de Lima, Repertório de Jurisprudência Trabalhista, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1985, pág. 664, ementa 2.944)", **extraído de seu "Política do Trabalho", ed. LTR, 1992, págs. 236/237**.

De outro lado, também caso seja definida a sujeição do autor aos limites de jornada fixados nas sentenças normativas, deve ser **compensados** os valores pagos a maior pela demandada, em toda a contratualidade, dado que o pedido da inicial é claro e específico no sentido de obter o seu enquadramento nas disposições dos dissídios da categoria diferenciada, razão pela qual não mais se sujeitaria às normas salariais

destinadas aos integrantes do Quadro de Pessoal da demandada. Mister, se fará, portanto, e nesse caso, a determinação de compensação de todos os valores que teriam sido percebidos a maior, eis que teriam sido indevidos ou sem causa, sem prejuízo da adequação de jornada e salários futuros.

É de se considerar, ainda, que vencedor o demandante, o postulado constante das letras 'b', 'c' e 'd' é de todo improcedente, uma vez que, para todos os fins contratuais, inclusive para o cálculo de parcelas de natureza salarial, será computado o salário normativo, com a desconsideração completa dos valores estipulados para níveis e padrões salariais vigentes para aqueles empregados que pertencem ao Plano de Carreira da entidade. Em tal caso, passaria o autor a receber a aplicação nas normas fixadas nos Dissídios do SINDICATO DOS ADVOGADOS DO RIO GRANDE DO SUL, compensando-se os valores que indevidamente teria percebido ao longo da contratualidade.

Abre-se um espaço, ainda, para esclarecer que as gratificações de pós-férias e de farmácia, referidas na inicial, são deferidas ao Autor por força de negociação coletiva com o SENERGISUL, nos seguintes termos: a partir de 1981 foi estendida aos celetistas a gratificação pós-férias, correspondente a um salário anual (incluindo as vantagens pessoais) percebido no mês em que o autor gozou as suas férias; desde 1988, 1/3 deste salário anual já lhe é antecipado quando ingressa em férias e, no retorno, é feita a compensação e pagos os restantes 2/3. Quanto à gratificação de farmácia, desde 1986, quando de sua conquista pelo SENERGISUL, a mesma era paga ao autor em duas parcelas, em fevereiro e julho de cada ano, e também se compunha de mais um salário (inclusive vantagens pessoais); já a partir de 1991, a referida gratificação vem sendo paga mensalmente, no percentual de 8,34%, inclusive servindo de base para o cálculo de quinquênios, dentre outras remuneratórias.

Como visto, o autor sempre se beneficiou das conquistas salariais e melhorias outras nas condições de trabalho, fruto das negociações do SENERGISUL, e não do sindicato dos Advogados do Rio Grande do Sul. Conforme documentos acostados, observa-se que desde o mês de Janeiro de 1988 que o autor autorizou descontos mensais ao SENERGISUL (Código 66.10) e até Abril de 1991 participou do Seguro Senergisul Apólice 9117 (Código 66.20); a partir de janeiro de 1991, sob o código 66.23, participa do Seguro de Vida instituído pelo referido Sindicato e, em junho de 1992, sob o código 66.35, teve descontada a contribuição confederativa dos Associados do SENERGISUL.

Assim, sob todos os aspectos enfocados detidamente pela organização demandada, demonstra-se o descabimento e a improcedência da ação ajuizada.

10. DAS INTEGRAÇÕES E REFLEXOS.

O pedido foi integralmente contestado e demonstrada a improcedência das arguições constantes da petição inicial. Mera decorrência será, portanto, o descabimento dos pedidos de integrações e reflexos. Descabida a postulação em repouso tendo-se o autor como mensalista, aí incluídos os repouso. Face aos termos da defesa, impossível falar-se em jornada extraordinária habitual. Descabida também a integração nas gratificações de pós-férias e de farmácia, típicas conquistas do SENERGISUL. Descabem depósitos no FGTS visto não ser optante o autor.

11. DA COMPENSAÇÃO.

Argui a demandada, de forma expressa, o seu direito de compensar os valores atendidos ao autor, que não tenham correspondido à sua real situação funcional, e pelos mesmos títulos e fundamentos reclamados, para que não se consuma caso de enriquecimento sem causa, ou "summun ius ... summa iniuria!"

12. JUROS, CORREÇÃO MONETÁRIA E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Descabem juros e correção monetária. Igualmente não há que se falar em honorários advocatícios eis que o artigo 133 da CF/88 não revogou as disposições específicas do processo do trabalho (art. 791 e 839, ambos da CLT) e a sucumbência no processo trabalhista pressupõe miserabilidade e assistência sindical e só por lei poderá ser alterada essa simetria, conforme entendimento dominante na jurisprudência.

13. DO REQUERIMENTO.

DIANTE DO EXPOSTO, espera que este MM. Juízo esgote a apreciação da presente ação nas preliminares invocadas, especialmente acerca da nulidade, ineficácia e inconstitucionalidade das cláusulas normativas sobre jornada de trabalho, formação de litisconsórcio necessário, notificação da Procuradoria-Geral da República, sob os vários aspectos enfocados, e requer, ainda, quanto ao mérito, a total improcedência da ação. Acaso vencida a demandada, requer duplo grau de jurisdição e aplicação do instituto do precatório.

Para prova junta os documentos em anexo, constantes de Dissídios Coletivos, Quadros de Pessoal, texto de jurisprudência, assentamentos funcionais e demonstrativos salariais, requerendo, ainda, a produção de todos os meios de prova em Direito admitidos, depoimento pessoal do demandante, pena de confissão, testemunhas, perícias, aplicação da compensação trabalhista (art. 767, CLT), na forma preconizada na defesa, juntada e/ou exibição de documentos, bem ainda, em caso de alguma condenação, "ad argumentandum", seja autorizada a proceder aos descontos previdenciários e fiscais obrigatórios por lei.

Termos em que,

Pede e espera deferimento.

Porto Alegre, 28 de Julho de 1993.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO COM
PEDIDO DE LIMINAR, CONTENDO A TRANSCRIÇÃO
DA PETIÇÃO INICIAL DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA CON-
TRA A ANATEL, TELEBRASIL SUL
PARTICIPAÇÕES E BRASIL TELECOM S/A ***

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DO TRIBUNAL
REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO:

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seus Procuradores signatários, inconformado com a decisão do MM. Juízo da 6ª Vara Federal, que indeferiu liminar pleiteada em Ação Civil Pública ajuizada contra **AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, TELE BRASIL SUL PARTICIPAÇÕES e BRASIL TELECOM S/A**, vem à presença de V. Exa. interpor **AGRAVO DE INSTRUMENTO**, com fundamento nos arts. 524 e seguintes do Código de Processo Civil e com base nas razões em anexo.

Indica, outrossim, para formação do instrumento, a cópia integral dos documentos que acompanharam a ação ajuizada, inclusive decisão agravada, certidão da respectiva intimação e procuração outorgada pelos réus que se manifestaram na ação.

Informa, por derradeiro, o endereço dos procuradores dos agravados:

ANATEL — Dr. José Expedito de Freitas, OAB/DF nº 11.639 e Dr. Orlando de Luca Júnior, OAB/PR nº 4939, Procuradores Federais, com mandato legal, com endereço em Brasília-DF, Setor de Autarquia Sul, Quadra 06, Bloco H, Ed. Ministro Sérgio Mota;

TBS PARTICIPAÇÕES S/A - Dr. Jaguarê Torelly Teixeira, OAB/RS nº 3.438, com endereço em Porto Alegre-RS, na rua Tobias da Silva, nº 22, 4º andar e Dr. Marcos Paulo Veríssimo, OAB/SP nº 154.603, com endereço em São Paulo-SP, na rua da Consolação, nº 247, 8º andar;

BRASIL TELECOM PARTICIPAÇÕES S/A - Dr. Ricardo Barbosa Alfonsin — OAB/RS nº 9.275, com endereço em Porto Alegre-RS, na rua Olavo Barreto Viana, nº 104, cj. 204.

Porto Alegre, 31 de julho de 2000
Paulo Peretti Torelly
Procurador-Geral do Estado
Márcia Regina Lusa Cadore Weber
Procuradora do Estado
OAB nº 29.266
Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho

*Originalmente publicado na RPGE nº 53. 2001.

Procuradora do Estado
OAB nº 27.799

AGRAVANTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADOS: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES,
TELE BRASIL SUL PARTICIPAÇÕES S/A E BRASIL TELECOM
PARTICIPAÇÕES S/A
EGRÉGIO TRIBUNAL, COLETA TURMA:

Merece inteira reforma a r. decisão agravada, eis que manifestamente contrária às normas legais e constitucionais que regem a matéria em exame, conforme restará demonstrado.

1- DO CONTEXTO PROCESSUAL:

O Estado do Rio Grande do Sul ajuizou ação civil pública objetivando, liminarmente, a suspensão do art. 7º do Ato nº 9.607 da ANATEL, a determinação à Agência agravada para que se abstinhasse de encerrar o processo de intervenção antes de concluído o Procedimento Administrativo de Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO) nº 535000008242000, destinado a apurar infrações por descumprimento de determinações da ANATEL, e a vedação da alienação do controle acionário da CRT, enquanto não finalizado tal procedimento. Pediu, ao final, a procedência da presente ação para determinar-se que a ANATEL se abstinhasse de levantar a intervenção decretada antes da conclusão do processo administrativo referido, fosse impedida a venda enquanto não concluído tal processo e decretada a nulidade do art. 7º do Ato nº 9.607, que permite à Agência o levantamento da intervenção antes do evento mencionado.

Alegou, em apertada síntese, que a ANATEL vem sendo omissa quanto à aplicação da legislação de telecomunicações, eis que o controle acionário da Companhia Riograndense de Telecomunicações - CRT deveria ter sido transferido até 04.02.2000 e, passados mais de 5 meses desta data, esta providência não restou concluída, tendo sido decretada a intervenção apenas em 9.06.2000, através do Ato 9.607. Considerando o decurso deste prazo, argumentou que a realização da alienação, neste momento, não poderia render ensejo ao levantamento da intervenção. Isso porque tramita na ANATEL procedimento administrativo destinado a apurar faltas dos controladores da CRT, procedimento este que, diante da falta comprovadamente praticada (não-alienação do controle acionário no prazo estipulado), poderia resultar na penalidade de caducidade da concessão. Desta forma, era imperioso concluir-se, antes do levantamento da intervenção e da realização da alienação, o aludido procedimento administrativo, de forma a evitar-se a realização de negociação quanto à concessão que pode ser cassada, e a cessação da intervenção destinada a garantir a continuidade dos serviços de telefonia fixa.

O Estado do Rio Grande do Sul, nesta ação, está a tutelar direitos de todos os usuários do serviço de telefonia fixa, extremamente prejudicados com a omissão da

ANATEL diante do procedimento dos controladores da CRT, que reduziram drasticamente seus investimentos e apresentam sérios problemas de gestão.

II- DA DECISÃO AGRAVADA

Esse, no entanto, não foi o entendimento da ilustrada Julgadora, que indeferiu a liminar pleiteada nos seguintes termos:

"(...)

Passo a decidir.

O Estado do Rio Grande do Sul centra sua argumentação na alegação de irregularidades cometidas pela empresa TBS no controle acionário da CRT, concessionária dos serviços de telefonia fixa do Estado (irregularidades às quais se refere praticamente a totalidade da extensa prova documental), bem como na alegação de omissão por parte da ANATEL. Conclui, em razão desses dois fatores, que a transmissão das ações e o levantamento da intervenção não poderão efetuar-se antes de concluído o procedimento administrativo de apuração de irregularidades, ao final do qual haverá de ser aplicada a pena de caducidade da concessão.

Quanto às irregularidades supostamente cometidas pela TBS, entre as quais se inclui a não-alienação do controle acionário no prazo previsto, efetivamente há fortes indícios, consubstanciados na prova documental trazida aos autos. No entanto, a vedação à transmissão do controle acionário em nada contribui para elucidar tais irregularidades. Caso a empresa as tenha cometido, a melhor solução é seu afastamento definitivo da administração da companhia, afastamento esse que restará perfectibilizado com a alienação do controle acionário. Tal não impedirá a aplicação eventual de penalidades à concessionária (a qual poderá vir a exercer direito de regresso) ou mesmo à TBS. O que se verifica é que não relação lógica entre a vedação à transmissão do controle acionário e a solução ou penalização das irregularidades porventura perpetradas. Por outro lado, a eventual prática de irregularidades não enseja a manutenção da intervenção da ANATEL na CRT. A intervenção foi decretada para atender a uma situação específica (a não-alienação, no prazo, do controle acionário). É lógico que, uma vez superada tal situação, a intervenção seja levantada, possibilitando-se ao adquirente do controle da CRT o início de sua gestão.

No que respeita à atuação da ANATEL, não restou claramente demonstrada a omissão da agência reguladora. Os atos por ela editados foram devidamente motivados. Não cabe ao Poder Judiciário analisar se foram convenientes e oportunos. Os reparos feitos pelo autor a tais atos são todos calcados em fatores de conveniência e oportunidade. No entanto, ainda que se ingressasse nessa seara, verificar-se-ia que os referidos atos procuraram atender da melhor forma possível à situação que se apresentava.

Com efeito, uma vez tendo sido admitida pela legislação (artigo 14 do Plano Geral de Outorgas) a aquisição de outra concessão pela mesma pessoa detentora de concessão de serviços de telecomunicação em outra região, desde que se desfizesse do controle da primeira concessão em um prazo de dezoito meses, fica criada situação de difícil solução. Não se pode dizer que a TBS agiu contra o direito ao adquirir o controle acionário da TELES, uma vez que autorizada por ato infra-legal e por ato administrativo. Não se pode dizer que a ANATEL não poderia ter autorizado tal aquisição, considerando-se o dispositivo regulamentar. Poder-se-ia, sim, em outra esfera, questionar o

Plano Geral de Outorgas do ponto de vista da legalidade (devido ao disposto no artigo 201 da Lei nº 9.472/97).

Tendo dezoito meses para desfazer-se do controle acionário da CRT, evidentemente a empresa então controladora não investiria na mesma intensidade do que o faria caso tivesse a perspectiva de manter a concessão. Se investiu menos do que o mínimo exigível, não é aqui que se há de analisar, sendo cabível apuração no âmbito administrativo ou em processo com esse objetivo (uma vez que, conforme já restou definido, as irregularidades porventura praticadas em nada obstam a transferência do controle acionário da empresa). De outra parte, é evidente que a empresa controladora não efetivaria a transmissão em negócio que lhe fosse desvantajoso, o que é da própria natureza das relações de mercado (a que ficou sujeito o serviço público de telefonia a partir do momento em que se optou pela privatização). O que se verifica é que a ANATEL, na condição de agência reguladora, tendo que zelar pela prestação dos serviços públicos em meio a um emaranhado de interesses privados, editou os atos que entendeu cabíveis, e que, ao menos em sede de cognição sumária, apresentam-se perfeitos do ponto de vista da legalidade.

Eventual ilegalidade de tais atos, no entanto, não ensejaria a impossibilidade de transmissão do controle acionário ou a necessidade de manutenção da intervenção. Com efeito, um fator não guarda qualquer relação com o outro. Ainda, a manutenção da intervenção não soluciona o problema da deficiência dos serviços ou da falta de investimentos, uma vez que o próprio autor aduz que, mesmo após decretada a intervenção, a conduta da ANATEL permaneceu omissiva. O levantamento da intervenção, outrossim, é faculdade da ANATEL, conforme o ato de intervenção por ela editado e o disposto no artigo 111 da Lei nº 9.472, o qual possibilita que o ato de intervenção indique seu prazo, seus objetivos e limites. No caso, incide o § 2º do referido artigo, na parte em que determina a conclusão do procedimento de intervenção em no máximo cento e oitenta dias, sendo cautelar a intervenção. Tal não diz respeito, no entanto, à duração intervenção em si.

Aduz o Estado que a transferência do controle acionário e o levantamento da intervenção impossibilitariam a continuidade do procedimento administrativo instaurado pela ANATEL a aplicação da penalidade cabível, em seu entender a caducidade da concessão. Tal assertiva, entanto, não é correta. Independentemente da alienação do controle, a ANATEL pode permanecer apurando irregularidades tais como a não efetivação da transferência do controle no prazo estipulado.

Aliás, a concretização do negócio, após meses de negociação, constitui o cumprimento do determinado em lei (transmissão do controle acionário), não se vislumbrando de que modo possa se prejudicial ao serviço. Com efeito, razão assiste à ANATEL ao afirmar que a transmissão da concessão à empresa adquirente possibilitaria solucionar o problema da falta de investimentos em telefonia fixa. Tais investimentos assegurariam a competitividade da empresa.

Note-se que não há elementos a indicar que o procedimento administrativo seria paralisado após a alienação do controle acionário da CRT. No entanto, nada impede que, caso tal paralisação se verifique, o Estado, como acionista ou como ente federativo, ingresse com as medidas que entender cabíveis. No que respeita à penalidade apli-

cável pela não alienação do controle no prazo estipulado, vale verificar-se qual seria esta, de conformidade com os dispositivos legais e infra-legais incidentes à espécie.

Vê-se que o artigo 87 da Lei nº 9.472/97 não se aplica, uma vez que trata da hipótese de outorga de concessão a empresa que, na mesma região, localidade ou área, já preste a mesma modalidade de serviço. Nessa situação, a empresa tem o prazo máximo de dezoito meses para transferir o serviço anteriormente explorado, sob pena de caducidade e outras sanções. No caso presente, não se trata de empresa que detenha a outorga do serviço na mesma região, e sim em regiões diversas (Rio Grande do Sul e São Paulo).

Razão assiste à ANATEL quando afirma que a base legal do artigo 1.4 do Plano Geral de Outorgas é o artigo 201 da Lei nº 9.472/97. Tal dispositivo reza:

'Art. 201. Fica vedada, no decurso do processo de desestatização, a aquisição, por um mesmo acionista ou grupo de acionistas, do controle, direto ou indireto, de empresas atuantes em áreas distintas do plano geral de outorgas'.

Em decorrência de tal dispositivo legal, em princípio a TBS não poderia ter adquirido o controle acionário da TELESP. No entanto, tal dispositivo foi "flexibilizado" pelo Plano Geral de Outorgas (instituído por meio de Decreto), em seu artigo 14, o qual dispõe:

'Art. 14. A obtenção de concessão em determinada Região por empresa já concessionária do serviço a que se refere o art. 1º [serviço telefônico fixo], sua coligada, controlada ou controladora implicará a obrigatória transferência a outrem de contrato de concessão detido em outra Região no prazo máximo de dezoito meses, contado da data de obtenção da concessão.'

Verifica-se que, em momento algum, há previsão de pena de caducidade da concessão nesses dispositivos, para o caso de que não seja concretizada a alienação do controle acionário. O artigo 114 da Lei nº 9.472/97 prevê as hipóteses em que a decretação da caducidade é obrigatória, não incluindo a infração ao disposto no artigo 14 do Plano Geral de Outorgas (e nem poderia fazê-lo, pois o Plano Geral de Outorgas é posterior à Lei nº 9.472; além disso, do ponto de vista da técnica legislativa, seria aberrante que uma lei instituisse penalidade por descumprimento de obrigação prevista em decreto). A possibilidade de decretação de caducidade, bem como de outras penalidades, resta facultada à ANATEL pelo artigo 173 da Lei nº 9.472. Conforme disposto no artigo 176, a ANATEL deverá considerar, na aplicação de sanções, a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência específica. Conclui-se que a ANATEL, devendo considerar tais fatores poderá eventualmente aplicar a penalidade de caducidade à CRT.

No entanto, diga-se por oportuno, embora não se trate de fator determinante para a presente decisão, a aplicação de caducidade à CRT não se afigura como vantajosa para o Estado do Rio Grande do Sul ou para o público consumidor de serviços telefônicos. Note-se que caducidade, caso decretada, não penalizará especificamente a

TBS, que foi controladora da CRT. Penalizará a CRT, incluindo a totalidade de seus acionistas (inclusive, muitos deles, pessoas físicas), a qual ficará sem poder realizar seu objeto social. Para o Estado, a decretação da caducidade implicaria grande perda, uma vez que detentor de 4% das ações da CRT (quantia guarda relação lógica com as mesmas, nem virá atender aos redamos da sociedade, em nome da qual postula).

Quanto à petição hoje protocolada pelo autor, verifica-se que a existência de outros fatores que possam impedir o negócio entre as rés TBS e Brasil Telecom não guarda relação com o discutido na presente demanda. Com efeito, o PADO nº 53500000824000 não tem por finalidade apuração de divergências internas no âmbito da possível compradora do controle acionário, não fazendo sentido paralisar-se o negócio até a conclusão do referido PADO em razão dessas divergências. Por outro lado, tais divergências, inerentes ao mundo dos negócios, não dirão respeito ao serviço de telefonia do Estado enquanto não vierem em prejuízo deste. Não há indícios de que isso possa ocorrer, uma vez que essas divergências têm-se dado não no referente à gestão da empresa, e sim à concretização do negócio. Não se pode, pois, supor que a venda será prejudicial à empresa, ou, ao menos, que será mais prejudicial do que o impasse.

Quanto ao descumprimento de metas da ANATEL pela CRT, há que reconhecer-se que não se trata de caso isolado, sendo, inclusive, a empresa a que menos descumpriu metas entre todas as prestadoras do país. Ou seja, não se pode aferir que esse descumprimento tenha decorrido necessariamente, e em sua totalidade, da situação de impasse vivida pela empresa. Como já referido, a continuidade do processo de apuração de irregularidades não está ameaçada pela continuidade do processo de alienação do controle acionário. A necessidade de punição das irregularidades não conflita com a necessidade de solução para os problemas que ora se apresentam (um deles, relativo à possibilidade de transferência do controle acionário, outro, relativo à possibilidade de levantamento da intervenção).

Ante o exposto, por não vislumbrar a presença dos requisitos ensejadores do deferimento da medida liminar, indefiro a liminar pleiteada, revogando a decisão das folhas 2090 e 2091.

Intimem-se. Cite-se a ré Brasil Telecom S/A.
Ana Ines Algorta Latorre
Juíza Federal Substituta"

Em que pese os fundamentos da r. decisão, entende o ente público estadual estarem presentes, na espécie, a aparência do bom direito e o perigo na demora, requisitos autorizadores do deferimento da liminar postulada, como se demonstrará no presente recurso.

Pede vênia, entretanto, o agravante, para, inicialmente, transcrever o conteúdo da petição inicial, dada a complexidade do processo e, especialmente, a densidade fática de que se reveste, no entendimento de que tal procedimento trará maior clareza à exposição.

Porto Alegre, 24 de julho de 2000.

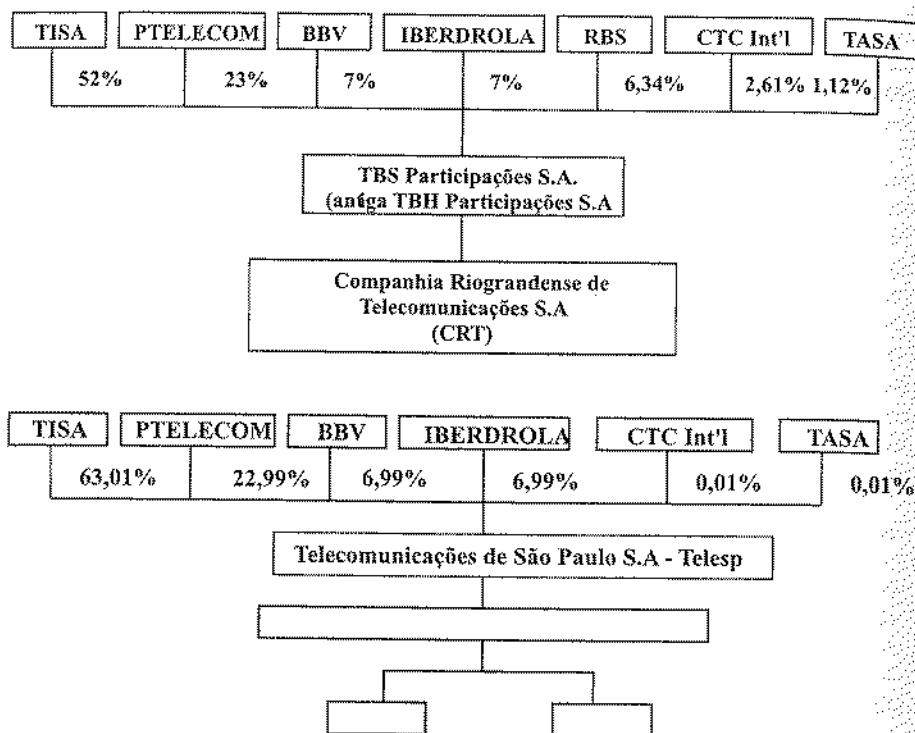
III - DO CONTEÚDO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O agravante transcreve, a seguir, os argumentos de fato e de direito expostos na petição inicial da ação civil pública:

"É fato público e notório o processo de privatização das empresas estatais prestadoras de serviços públicos havido no país nos últimos anos. Nesse contexto, insere-se a privatização da Companhia Riograndense de Telecomunicações - CRT, que teve o controle acionário transferido à iniciativa privada no ano de 1998, restando ao Estado apenas o percentual de 4,1% das ações.

Abstraindo eventuais considerações quanto à opção política pela privatização da CRT, certo é que os promotores de tal política sempre alardearam que os usuários dos serviços de telecomunicações gaúchos não ficariam em total desamparo, na medida em que existente órgão criado por lei federal para disciplinar e fiscalizar a execução, implantação, comercialização e uso dos serviços de telecomunicações, garantindo à população o acesso a tais serviços em condições adequadas, sempre objetivando a universalização dos mesmos. Mais. A este mesmo órgão competiria fortalecer o papel regulador do Estado, promovendo o desenvolvimento do setor mediante competição que resultasse no incremento da oferta, diversidade dos serviços e sua prestação com qualidade. Para tanto, parece certo afirmar que competiria à Agência Nacional de Telecomunicações, enquanto órgão regulador do serviço, fazer cumprir as normas que disciplinam o serviço de telecomunicações, notadamente as que impedem a formação de monopólios e garantem a continuidade do serviço. Infelizmente, conforme ficará demonstrado, não é o que está a ocorrer com relação à Companhia Riograndense de Telecomunicações. A ANATEL, olvidando as funções que legalmente lhe são atribuídas, tem-se omitido diante da gravíssima situação atravessada pela CRT, colaborando com os prejuízos na prestação do serviço de telecomunicações à comunidade gaúcha.

Para que se possa verificar a omissão acima denunciada, cumpre fazer uma breve retrospectiva da aquisição do controle acionário da então estatal Companhia Riograndense de Telecomunicações. No ano de 1996, a CRT teve 35% (trinta e cinco por cento) de seu capital votante alienado para as empresas RBS PARTICIPAÇÕES S/A, T.I. TELEFÔNICA INTERNACIONAL DE ESPANHA S/A (TISA), COMPAÑIA DE TELECOMUNICACIONES DE CHILE S/A (CTC), TELEFÓNICA DE ARGENTINA S/A (TASA) e CITICORP. Posteriormente, em 1998, consórcio firmado pelas empresas acima, acrescido de dois novos sócios, as empresas PORTUGAL TELECOM S/A, IBERDROLA INVESTIMENTOS (IBERDROLA) e BANCO BILBAO VIZCAYA (BBV) adquiriu o restante do controle acionário da CRT quando do leilão de privatização. Assim, até a data de 05.02.2000, o controle acionário da CRT podia ser assim visualizado:



Ocorre que no leilão de privatização das empresas do Sistema Telebrás, realizado em 29.07.98, a TeleBrasil Sul (atual TBS Participações Ltda.), adquiriu também o controle da TELESP PARTICIPAÇÕES S/A, que controla a operadora de serviço telefônico fixo TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S/A e a operadora COMPANHIA TELEFÔNICA BORDA DO CAMPO, ficando assim seu controle acionário. Com esta aquisição da TELESP, feita pelas mesmas empresas que controlavam a CRT, passou a incidir na espécie o disposto no art. 14 do Decreto nº 2.534, de 02 de abril de 1998, que regulamenta o Plano Geral de Outorgas, que dispõe, *verbis*:

"A outorga à empresa ou grupo empresarial que, na mesma região, localidade ou área, já preste a mesma modalidade de serviço, será condicionada à assunção de compromisso de, no prazo máximo de dezoito meses, contado da data da assinatura do contrato, transferir a outrem o serviço anteriormente explorado, sob pena de sua caducidade e de outras sanções previstas no processo de outorga."

À vista deste dispositivo legal, a ANATEL editou o Ato nº 672, de 03.08.98, fixando o prazo de 18 meses, contados a partir de 04.08.98, para que a empresa TeleBrasil

Sul Participações S/A deixasse de ser controladora, controlada ou coligada de concessionária de serviço telefônico fixo comutado (STFC) em outra Região do Plano Geral de Outorgas. Após a edição deste ato, silenciou completamente, não tendo tomado nenhuma medida para durante o decurso do prazo que assinalou, assegurar a efetiva transferência do controle acionário e do serviço e, bem assim, a continuidade da prestação de serviços em níveis adequados, nada obstante os inúmeros apelos feitos pelo Governo gaúcho.

Reza o Ato nº 672, de 03 de agosto de 1998:

"O conselho diretor da AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 22, inciso V da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e art. 35, inciso VI do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997, por meio do Circuito Deliberativo nº 30, realizado em 03 de agosto de 1998, e CONSIDERANDO o disposto no artigo 97 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que atribui competência à ANATEL para aprovar a transferência do controle societário das Empresas Federais de Telecomunicações;

CONSIDERANDO os termos do Ato nº 109, de 23 de abril de 1998, da ANATEL, que aprovou a cisão parcial da Telecomunicações Brasileiras S.A. TELEBRÁS, nos moldes do Modelo de Reestruturação e Desestatização do Sistema TELEBRÁS, aprovado pelo Decreto nº 2.546, de 14 de abril de 1998, e da proposta de cisão parcial aprovada pelo conselho de Administração da Companhia, em 15 de abril de 1998;

CONSIDERANDO que de acordo com o estabelecido no artigo 14 do Plano Geral de Outorgas (PGO), aprovado pelo Decreto nº 2.534, de 02 de abril de 1998, a obtenção de concessão em determinada Região do citado PGO, por empresa já concessionária do Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral (STFC), sua coligada, controlada ou controladora, está condicionada à transferência a outrem, do contrato de concessão detido em outra Região, no prazo máximo de dezoito meses, contado da data de obtenção da concessão;

CONSIDERANDO o resultado do LEILÃO das Empresas Federais de Telecomunicações, realizado no dia 29 de julho de 1998, na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, cuja relação dos vencedores foi encaminhada à ANATEL, pela CÂMARA DE LIQUIDAÇÃO E CUSTÓDIA - CLC, por meio da correspondência DG 109/98, de 30 de julho de 1998, resolve:

Art. 1º Autorizar a transferência do controle societário detido pela UNIÃO, na TELESP PARTICIPAÇÕES S.A., controladora da TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S.A. - TELESF, para a TELEBRASIL SUL PARTICIPAÇÕES S.A.

Art. 2º Fixar o prazo de até 18 (dezoito) meses, contados a partir de 04 de agosto de 1998, para que a Empresa TELEBRASIL SUL PAR-

TICIPAÇÕES S.A., deixe de ser controladora, controlada ou coligada de Concessionária de STFC em outra Região do Plano Geral de Outorgas.

Art. 3º Este Ato entra em vigor na data de sua publicação.

RENATO NAVARRO GUERREIRO

Presidente" (grifou-se)

Considerando o iminente vencimento do prazo para transferência do controle acionário e as inúmeras reclamações recebidas de parte de Municípios gaúchos quanto à deficiência nos serviços, a Excelentíssima Senhora Secretária de Estado de Minas e Energia solicitou audiência com o Presidente da ANATEL, formalizando, após, o ofício nº 615/SEMC, datado de 09.07.99, nos seguintes termos:

"A partir do resultado da audiência mantida com Vossa Excelência no dia 1º de julho, estamos encaminhando solicitação formal no sentido de que seja antecipada para este ano, pelas razões e considerandos que reforçamos a seguir, a auditoria que a Agência Nacional de Telecomunicações faria no próximo ano. Considerando: a preocupação do Governo do Estado de que o processo de transferência de controle acionário da CRT, cujo prazo é de 4 de fevereiro de 2000, cause uma queda na qualidade dos serviços prestados e tendo em vista o disposto no Contrato de Concessão de Telefonia fixa, onde se estabelecem as obrigações de continuidade e universalização no que se refere à qualidade no atendimento dos usuários;

as reclamações que esta Secretaria vem recebendo de prefeitos, vereadores e usuários, pessoalmente e através de ofícios, além de matérias amplamente veiculadas em jornais da capital e do interior do Estado, abordando a precariedade dos serviços prestados pela CRT, num indicativo de que a municipalização do atendimento não está correspondendo às necessidades dos usuários; a redução dos investimentos, na ordem de 67%, e a demissão de 300 empregados daquela Companhia a partir de agosto deste ano, expressa na proposta de revisão orçamentária para 1999, que afetará a expansão da planta e do desenvolvimento tecnológico, com repercussões negativas para os anos de 2000, 2001 e 2002; os dados da CRT, informando que em relação aos 21 indicadores de metas de universalização e qualidade dos serviços estabelecidos pela ANATEL, a Companhia está abaixo dos índices em dois deles (Pessoal empregado no atendimento por telefone ao usuário e pessoal empregado no atendimento ao usuário em loja comercial)

A Secretaria de Energia, Minas e Comunicações do Estado do Rio Grande do Sul, solicita a Vossa Senhoria uma auditoria, ainda este ano, nos indicadores expressos no Protocolo de Compromisso para Acompanhamento da Prestação do Serviço de Telefone Fixo Comutado, já que existe contradição entre as reclamações sobre os

serviços prestados e que a CRT informa estar cumprindo em relação às metas estabelecidas por essa Agência Nacional de Telecomunicações. Nesse sentido, a título de amostragem, estamos listando, em anexo, as principais reclamações recebidas de órgãos municipais e veiculadas em jornais do interior do Estado (...)"

Posteriormente, tal solicitação foi reiterada no ofício nº 713/99, datado de 12 de agosto de 1999:

"Com relação ao ofício número 230/99/PBGNC/PBOG/PBOG/SUE-ANATEL, com data de 29 de julho de 1999, reiteramos que em audiência mantida com Vossa Senhoria no dia 10 de julho, ficou decidida a antecipação para este ano da auditoria da CRT - Companhia RioGrandense de Telecomunicações - que seria realizada no próximo ano. (...) Diante destes fatos, solicitamos que seja mantida a decisão tomada, no sentido de antecipar para 1999 a auditoria nos indicadores da CRT expressos no Protocolo de Compromisso para Acompanhamento da Prestação de Serviços de Telefone Fixo Comutado."

No ofício nº 1316/PBGNC/PBOG/SPBGPR-ANATEL, de 29 de setembro de 1999, a ANATEL não atendeu à solicitação do autor, tendo considerado os investimentos de 1999 proporcionais àqueles realizados em 1997 e informado que a auditoria somente seria realizada a partir de 31.12.99.

Em face desta resposta e diante do recrudescimento das reclamações dos Municípios, o autor procedeu a levantamento da situação da telefonia fixa nos municípios gaúchos, mediante o "Diagnóstico dos Serviços de Telefonia Fixa Comutada nos Municípios do Estado do Rio Grande do Sul". Esta trabalho (doc. em anexo), coordenado pela Secretaria de Estado de Minas, Energia e Comunicações em conjunto com a Federação de Associações dos Municípios do Rio Grande do Sul e Associação Gaúcha Municipalista (AGM), levou em conta a situação de 463 municípios, até a data de 07.12.99, pertencentes à área onde presta serviços a CRT. Destes, 338 responderam ao questionário realizado, correspondendo a 73% do universo pesquisado. A análise das informações prestadas por tais municípios revela a falta de expansão dos serviços de telefonia fora da área básica, o atendimento precaríssimo na área rural, as frequentes interrupções no sistema de telefonia e a redução dos investimentos pela empresa, comprometendo o Plano de Expansão 99 da CRT, especialmente com relação aos pequenos municípios. A pesquisa apontou que 71% dos municípios analisados solicitavam a ampliação dos números de terminais telefônicos e 64,5% a instalação de telefones públicos. As conclusões do diagnóstico apontaram para a constatação de que a CRT estabeleceu diretrizes de investimentos em expansão de curto prazo apenas nos grandes centros, não expandindo a infra-estrutura física da rede onde a maturação destes investimentos necessitasse um prazo maior. Do ponto de vista eminentemente privado a estratégia até justifica-se: Porque investir com retorno a longo prazo quando se sabe que se terá que deixar o controle de determinada empresa em prazo determinado???

Este diagnóstico foi apresentado à ré, por meio do ofício SEMC 1020/99, no

qual se reiterou a necessidade da realização de auditoria, propôs-se a retomada dos investimentos e se demonstrou a necessidade de reavaliação e ampliação das áreas de atendimento básico nas zonas urbanas municipais e o aumento dos telefones públicos de acordo com critérios técnicos a serem definidos junto ao poder público municipal, bem como a retomada dos atendimentos à telefonia rural. Antes do diagnóstico já era do conhecimento da Agência ré que, através do Sr. Luiz Otávio Marcondes, participou de reunião juntamente com as entidades associativas municipais já referida na qual foi exposto dito relatório.

Nada obstante estes apelos e a situação que se revelou após a apresentação do balanço da Companhia, que apresentou um prejuízo da ordem de R\$ 138 milhões de reais no ano de 1999, a ANATEL optou por manter-se distanciada da crise instalada, editando um obscuro ato, o de nº 6.196, de 1º.02.2000, no qual simplesmente determinava fosse vedado o direito a voto ou veto da TBS, ou de suas controladoras, e estabelecia que os acionistas minoritários "adotem as medidas necessárias para assegurar a continuidade da prestação de serviços concedidos, o curso regular dos negócios e o funcionamento da concessionária" (art. 6º). Fixava, por outro lado, o prazo de quarenta e cinco dias, contados a partir de 05 de fevereiro de 2000, para que a TBS depositasse em fundo fideicomisso as ações com direito a voto, representativas do capital social da CRT. Em outras palavras: ficou completamente omissa e afastada de seus deveres de assegurar a continuidade da prestação do serviço público de telecomunicações e de regular transferência da outorga e do controle acionário, como determinado na Lei de Telecomunicações. Deixou exclusivamente ao talante de interesses privados conduzir o delicado processo de transferência do controle acionário e da concessão. E o resultado desta grave omissão não demorou a se fazer sentir.

A Assembléia Geral da CRT, marcada para o dia 05.02.2000, restou frustrada, eis que não realizada a transferência do controle acionário até 04.02.2000. Assim, ficou no comando da Companhia o maior dentre os acionistas minoritários naquela data, a TCS - Tele Centro Sul (hoje renomeada de Brasil Telecom), única pretendente formal à aquisição do controle, mas que, por força do disposto no art. 156 da Lei das S/A não poderia assumir o controle CRT, eis que segundo o mencionado dispositivo é vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores. Este fato ensejou a expedição de novo ofício à ANATEL, datado de 07.02.2000, do qual se transcrevem os principais trechos:

"Os recentes fatos envolvendo a prestadora de serviços de telefonia fixa nos obrigam a aprofundar algumas análises. Desde 1993 a empresa vinha apresentando Lucros Líquidos, com a única exceção de 1996, quando apresentou um prejuízo de R\$ 17 milhões provocado integralmente por um Programa de Desligamento Voluntário que custou a antecipação de despesas da ordem de R\$ 77,5 milhões. Ou seja, até 1998 a empresa sempre apresentou expressivos e atrativos lucros. O balanço da empresa relativo ao exercício de 1999, publicado neste início de mês, traz um resultado negativo de R\$ 138 milhões, absolutamente incompatível com os demais valores alardea-

dos pela CRT, que procura demonstrar crescimento de seu faturamento e atendimento. Ao debitar o resultado final exclusivamente à variação cambial ocorrida no início de 1999, deixa sem uma resposta clara a informação, constante do próprio balanço, de que mantém operação de *hedge* com cobertura quando da desvalorização cambial, haja vista a participação de importante conglomerado bancário espanhol no controle do grupo econômico, ou fez o *hedge* após a desvalorização, o que seria lamentável. Outra informação relevante do balanço a que nos referimos é a confirmação da grande redução de investimentos da empresa. De um orçamento inicial de quase R\$ 450 milhões, a empresa realizou menos de R\$ 270 milhões, o que representa uma queda de 40%, e menos da metade da média de investimentos realizados nos anos de 1997 e 1998. Tudo isso reforça nossa inabalável convicção da absoluta necessidade de uma profunda auditoria na empresa (...) Essas nossas preocupações são ainda maiores, haja vista a forma como está sendo tratada a questão da transferência do controle acionário da CRT. A gestão provisória instituída por essa Agência, colocando no comando da mesma o único grupo publicamente apto e interessado em sua aquisição, somente fez aumentar nossos cuidados (...) Assim é, Senhor presidente, que vimos solicitar a Vossa Senhoria a imediata realização de uma ampla auditoria, capaz de apurar não apenas os índices de atendimento comprometidos pela operadora, mas fundamentalmente, as verdadeiras razões dos prejuízos verificados e da redução dos investimentos e do quadro de pessoal. Lamentamos que tais providências não tenham sido adotadas anteriormente, pois era visível a falta de atenção dos administradores da CRT quanto ao prazo legal para sua saída." (grifou-se).

Seguiu silente a ANATEL, tendo, inclusive, solicitado "autorização" para comparecer à Assembléia Geral Extraordinária convocada para o dia 17 de fevereiro de 2000, para eleição do novo Conselho de Administração. Em tal data, o desmando ficou evidente. A ANATEL, por meio de seu Procurador-Geral, compareceu apenas como "observadora", e a Assembléia não se realizou. Isso porque os acionistas do consórcio TBS, Banco Bilbao Viscaya e Iberdrola, anunciaram sua saída do aludido consórcio. Assim, unidos seriam atualmente os maiores acionistas entre os minoritários e não mais estariam atingidos pelo Ato nº 6.196/2000 da ANATEL. Essa modificação, ao que parece, era desconhecida do administrador provisório da CRT (Tele Centro Sul - Brasil Telecom) e da própria ANATEL. E tendo havido dúvida quanto à sua legitimidade, a Assembléia não foi instalada. Vale dizer: A CRT ficou mais de 15 dias sob administração provisória, e por que não dizer, precária, restando ameaçada a prestação de relevante serviço público. Tudo em razão da omissão do órgão regulador.

Numa última tentativa, o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado endereçou ofício à sua Excelência o Presidente da República, nos seguintes termos:

"Dirigimo-nos a Vossa Excelência para manifestar nossa preocupação

diante do impasse instalado no sistema de telefonia fixa do nosso Estado, cuja gravidade pode colocar em risco a continuidade da prestação deste importante serviço público. Este impasse resulta de conflito de interesses privados em torno do controle acionário e da gestão da Companhia Riograndense de Telecomunicações. Há 18 meses, o acionista majoritário conhecia a determinação legal de que deveria se retirar da Companhia por ter assumido o controle da TELESP. Esta medida veio sendo protelada até a data limite - 4 de fevereiro deste ano - teve como consequência um corte de 67% nos investimentos da empresa e a interrupção dos planos de expansão acordados com os Municípios. Por diversas vezes, o Governo do Estado alertou a ANATEL para os riscos provocados pela demora na troca do controle acionário da CRT e solicitou formalmente uma auditoria que impedisse uma eventual deterioração desse serviço público. Apenas no dia 1º de fevereiro a ANATEL decidiu corretamente, mas tardiamente, suspender o direito a voto, veto e gestão do consórcio que administrava a empresa. A consequência desta medida, na prática, entretanto, conduziu para a gestão temporária da empresa um grupo acionista minoritário com interesses comerciais no leilão de compra da empresa. Tal fato é inadmissível e fere a transparência e a lisura do processo, colocando em risco a própria prestação dos serviços concedidos. (...) Transcorridas duas semanas sem que qualquer solução fosse dada ao episódio e com a intempestiva suspensão da assembleia geral de acionistas marcada para ontem - 17 de fevereiro - que definiria o novo Conselho de Administração, a CRT continua sendo administrada de forma precária. Senhor Presidente, este Ofício lhe é enviado depois de nossa Secretária de Energia, Minas e Comunicações ter tratado do assunto em várias ocasiões com a Presidência da ANATEL e também com o Ministro das Comunicações, para sublinhar a nossa preocupação com a busca de um desenlace urgente para a questão."

Entretanto, a ANATEL prosseguiu em seu comportamento omissivo, deixando de cumprir os deveres que a lei lhe impunha. Ao invés de proceder à imediata intervenção, eis que esgotado o prazo para a alienação e comprovado sério abalo na prestação de serviços da Companhia, preferiu editar mais dois atos. O primeiro, de nº 6.615, de 25 de fevereiro de 2000, explicitando que a titularidade das ações da CRT detidas por pessoa natural ou jurídica, pertencente ou não ao grupo de acionistas da TBS, na vigência do já aludido ato nº 6.196, não conferiam direito a voto e a veto nas deliberações da CRT. O segundo, de nº 7.066, de 15.03.2000, fixando prazo de 90 dias, a contar de 21.03.2000, para a alienação das ações. Assim dispunha o referido Ato nº 7.066:

"Art. 1º O fundo fideicomisso, de que trata o art. 5º do Ato nº 6.196, de 2000, deve ser constituído com a finalidade de alienar as ações detidas pela Tele Brasil Sul Participações S. A. (TBS), na Companhia Riograndense de Telecomunicações (CRT), observando as seguintes características:

I - ser gerido por instituição financeira, constituída como empresa brasileira, devidamente autorizada pelo Banco Central do Brasil, e sem participação societária ou relação de coligação ou controle com a TBS, na vigência do Ato nº 6.196, de 2000;

II - estar investido de poderes especiais para alienar as ações com direito a voto, representativas do capital social da CRT, detidas pela TBS, observadas as condições estabelecidas neste Ato;

III - exercer, sem ingerência da TBS, os direitos da propriedade restrita, decorrentes da condição de mandatário eventual, respeitado o gravame de suspensão do direito de voto ou de veto, nos termos dos Atos nº 6.196 e nº 6.615, ambos de 2000.

Parágrafo único - A instituição financeira de que trata este artigo deverá ser informada à Anatel pela TBS, até 21 de março de 2000.

Art. 2º - A alienação citada no art. 1º deste Ato deve observar as seguintes condições:

I - o prazo para alienação das ações será de até noventa dias, contado a partir de 21 de março de 2000;

II - prévia aprovação pela Anatel da transferência das ações.

Art. 3º - Este Ato entra em vigor na data de sua publicação"

Cumprido noticiar que já na data de 29 de fevereiro de 2000, realizou-se nova Assembleia na qual foi eleito o Conselho de Administração da CRT, todos membros da Tele Centro Sul - hoje Brasil Telecom (acionista majoritária dentre os minoritários). E na data de 27.04.2000, foi realizada Assembleia Geral Ordinária com objetivo principal de aprovar o balanço e demonstrações financeiras, bem como eleger o Conselho Fiscal. De referir-se que os representantes do Banco Opportunity (acionistas da Brasil Telecom - antiga TCS) alegando, após quase dois meses na gestão da empresa, que não se sentem aptos a aprovarem as contas, razão pela qual propuseram adiamento de 60 dias na Assembleia Geral Ordinária. O Estado do Rio Grande do Sul apresentou quesitos acerca das demonstrações financeiras e votou pelo prazo de 30 dias para atendimento. No entanto, a deliberação acerca das contas da CRT foi adiada por 60 dias. A resposta aos questionamentos foi entregue em 12.06.2000, mas não os atendeu satisfatoriamente, pelo que o ente público obrigou-se a realizar novas indagações.

Foi convocada nova Assembleia em prosseguimento daquela realizada em 27.04.2000 no intuito de aprovar as contas para o dia 21.06.2000. No entanto, em face do escoamento do prazo dado para que se procedesse à alienação das ações, a agência-ré decretou intervenção na CRT, mediante a edição do Ato nº 9607, de 19.06.2000. Poder-se-ia pensar que, com a edição deste ato, a ANATEL teria resgatado a legalidade ausente em sua conduta. Infelizmente, não foi o que ocorreu, seja em razão dos termos do mesmo, seja em razão de sua conduta com relação à Assembleia Geral marcada para o já mencionado dia 21.06 p.p.

Com efeito. Na hora aprazada para a Assembleia, não compareceram nem os administradores da CRT e, muito menos, o interventor designado pelo ato já mencionado, embora estivesse nas dependências da mencionada Companhia. Segundo consta, entendeu o Sr. Interventor que não deveria imiscuir-se na Assembleia já convocada, deixando a todos os acionistas a faculdade de deliberarem acerca das contas da Com-

panhia, exceção feita à destinação do resultado.

Impende trazer à baila o magistério de MARÇAL JUSTEN FILHO acerca do instituto da intervenção:

"A intervenção é instituto jurídico muito peculiar, com contornos de grande excepcionalidade. Consiste na assunção pelo poder concedente de uma parcela do poder de controle do concessionário, temporariamente. Não importa, então, na extinção da concessão, que permaneça existindo. Não produz efeitos externos ao concessionário. Perante terceiros, tudo se passa como se nada tivesse mudado. Os contratos de direito privado continuam a ser pactuados e executados. Não significa a perda do domínio dos bens do concessionário em favor do poder concedente: o concessionário continua a ser titular do domínio e da guarda dos bens a ele confiados. Não há transferência para o poder concedente de participações societárias dos sócios do concessionário. Há uma única alteração: o poder de determinar o destino da atuação do concessionário é assumido pelo poder concedente.

Na intervenção, o Estado assume a gestão do concessionário mas não retoma para si a prestação do serviço público. Não se verifica uma espécie de suspensão da concessão, pois os atos praticados pelo agente do Estado, indicado como interventor, são imputados ao concessionário. Tudo se passa como se a concessão permanecesse existindo, com uma alteração fundamental: o particular é afastado do comando do concessionário, que passa a ser exercido, temporariamente, por um sujeito designado pelo poder concedente.

Usualmente, o serviço público é outorgado a uma pessoa jurídica. Admite-se hipótese outra apenas para permissões, quanto às quais o art. 2º inc. IV, admite a possibilidade de outorga em favor de pessoa física. Configurando-se o concessionário (ou permissionário) como pessoa jurídica, a intervenção consiste na transferência compulsória e temporária para o poder concedente do poder de administração empresarial. Daí a referência a que o poder concedente assume o poder de controle. Há uma espécie de suspensão dos efeitos jurídicos derivados da titularidade das participações societárias". (MARÇAL JUSTEN FILHO, In Concessões de Serviços Públicos, ed. Dialética, 1997, p. 305) (grifou-se).

Ora, como poderia o Interventor omitir-se de instalar a Assembléia se todos os administradores estavam automaticamente afastados (art. 40 do Ato 9.607)??? Mais. Depois de realizada a Assembléia, instalada pelo acionista Estado do Rio Grande do Sul, autor da presente demanda, veio a público manifestação do Sr. Interventor, incentivando o voto de todos os acionistas na aprovação das contas, inclusive da TBS, em frontal ofensa aos termos do próprio ato de intervenção, fundamentado no anterior ato (nº 6.196), que havia vedado o direito de voto da TBS!!!! O desvio de finalidade mostrou-se flagrante!!! Veja-se o que diz o ofício do interventor:

"Senhores Acionistas:

Em decorrência do art. 1º do Ato nº 9607 de 20 de julho de 2000 da Agência Nacional de Telecomunicações- ANATEL foi decretada, cautelarmente, a intervenção na Companhia RioGrandense de Telecomunicações - CRT a partir da presente data. Na qualidade de interventor desejo informar a essa Assembléia que o artigo 5º do ato suspendeu de imediato os direitos dos acionistas exceto aqueles previstos no art. 109 da Lei nº 6404 de 15 de dezembro de 1976. Assim, os atos de fiscalização poderão ser exercidos pelos acionistas presentes na assembléia geral extraordinária, inclusive análise e aprovação das contas no exercício de 1999. Para assegurar o cumprimento do estabelecido no art. 2º do referido ato, estamos iniciando uma avaliação da CRT envolvendo todos os seus aspectos, inclusive a necessidade de investimentos. Em decorrência solicito aos senhores acionistas que não aprovelem a destinação dos resultados do exercício de 1999 até a conclusão da avaliação que hoje se inicia.

Atenciosamente.

Ronaldo Rangel de Sá Albuquerque

Interventor."

Ora, os direitos de fiscalização, na esteira da mais abalizada doutrina comercialista, não incluem o direito de voto quanto à aprovação das contas, mormente se tal direito de voto estava suspenso por dois atos. Veja-se a lição de Modesto Carvalhosa:

"Direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais

Essa prerrogativa foi reiterada literalmente na lei vigente. Deveria, porém, ser ampliado o seu enunciado para 'direito de fiscalizar e de ser informado dos negócios sociais.

Com efeito, a dinâmica desse direito pessoal do acionista modificou-se de modo considerável na Lei nº 6.404, de 1976. Nela, o direito de fiscalizar corresponde a um dever da companhia de, espontaneamente, informar os acionistas. Essa orientação foi mantida pela Lei nº 9.457, de 1997.

Iniciativa da Companhia - direito de informação

A iniciativa de manter o acionista informado constitui encargo da companhia, através de seus órgãos de administração, notadamente quando se trata de companhia aberta.

Assim, deve o administrador de companhia aberta declarar os valores mobiliários de que é titular, quer de emissão da companhia; quer de emissão de sociedades controladas ou do mesmo grupo (art. 157). Também devem os acionistas ser informados, em relatório circunstanciado, das razões da não-distribuição dos dividendos (art. 202). Por outro lado, cabe aos administradores de companhia aberta revelar prontamente a existência de atos e fatos que possam influir na

cotação e no curso dos valores mobiliários de emissão da companhia (art. 157).

Devem, outrossim, os acionistas ser informados pelo Conselho Fiscal sobre erros, fraudes ou crimes que os membros deste órgão descobrirem, bem como das providências que a respeito sugerirem (art. 163). A Lei nº 9.457, de 1997, explicitou os poderes individuais dos conselheiros, na alteração feita no art. 154, § 4º.

Iniciativa do acionista individual

O direito de fiscalizar e de inspecionar a gestão dos negócios sociais não tem, nas sociedades anônimas, a mesma amplitude que existe nas demais sociedades mercantis consoante se pode ver, por exemplo, do art. 290 do Código Comercial.

O caráter eminentemente capitalista da companhia pressupõe, na maioria dos casos, que o exercício desses direitos deve originar-se de um efetivo interesse patrimonial, na melhor condução dos negócios sociais, no interesse do próprio acionista e no comum a todos.

O interesse pessoal não prevalece no caso, seja no que respeita ao agente, seja no que se refere aos membros dos órgãos da companhia atingidos pelas medidas propostas de fiscalização e de inspeção.

Dessa forma, a lei exige, quase sempre, que esses direitos sejam exercidos pelos acionistas possuidores de um número mínimo de ações. Daí serem tais prerrogativas atribuídas aos acionistas minoritários e não aos acionistas em geral, levando-se em conta a distinção que antes fizemos entre direitos individuais e direitos de minoria.

Assim, inclui-se entre os direitos individuais de fiscalizar e inspecionar a companhia o de participar das assembleias e, nelas, discutir o assunto em pauta (art. 125); e, ainda, o de exigir os procedimentos daí decorrentes, capitulados nos arts. 130 e 157 da lei, já referidos. Também lhes cabe requerer a liquidação da companhia (art. 206).

Pode, outrossim, o acionista individual convocar a assembleia geral, na forma prevista no art. 123, bem como propor ação de responsabilidade contra administradores por direito próprio, ou por substituição processual (art. 159). A lei também confere ao acionista o direito de propor ação de anulação dos atos constitutivos da companhia (art. 206) e contra o liquidante, além de lhe caber o pedido judicial de sustação da partilha antecipada (art. 215).

Iniciativa dos acionistas minoritários

Ao acionista minoritário, dentro dos pressupostos já comentados, cabe exercer, nessa qualidade, o direito de fiscalização e de inspeção dos negócios sociais, além dos respectivos direitos de ação.

Esses direitos já foram acima mencionados, estando inseridos nos arts. 105, 123, 124, 126, 133, 141, 157 e 161.

Fundamento do direito de informação de fiscalização

Os direitos de informação de fiscalização e de inspeção, e correspondentes direi-

tos de ação, exercidos pelos acionistas individualmente ou na qualidade de minoritários, fundam-se no princípio da verificação da legalidade dos atos praticados pelos órgãos da companhia e pelos controladores, como já vimos anteriormente.

A Lei n. 9.457, de 1997, estendeu aos preferencialistas a competência para convocação da assembleia geral e instalação do Conselho Fiscal (v. nossos comentários ao art. 23).

Qualquer cerceamento ou impedimento, por ação ou omissão do exercício desses direitos, poderá ser objeto de medida judicial de nulidade do ato ilegal praticado, e de reparação por perdas e danos cabíveis."

Em nenhum momento, como se vê, alude o mencionado doutrinador ao direito de voto. Este direito não pode ser exercido pela TBS, ainda que a pretexto de exercício do direito de fiscalização, porquanto encontra-se suspenso por força dos Atos editados pela ANATEL, conforme já referido.

Os quesitos complementares formulados pelo Estado foram atendidos apenas em 29.06.2000, tendo sido complementada a resposta apenas em 05.07.2000.

A cautela do ente público estadual ao formular quesitos não era injustificada. Assim como não é a decisão de ajuizar a presente demanda. Efetivamente, a má gestão havida na Companhia, com flagrantes prejuízos aos usuários, revela-se pelas palavras de seus próprios administradores, em depoimento juntado no Procedimento Administrativo de Apuração de Descumprimento de Obrigações nº 535000008242000 (PADO), instaurado pela Agência-ré, depoimento este que foi colhido em reunião realizada entre a ANATEL e o Banco *Credit Suisse First Boston* Garantia (CSFBG) (instituição financeira que está gerindo o fundo fideicomisso das ações da CRT), a TBS e a TCS (atual Brasil Telecom).

Conforme se lê nos depoimentos, a TBS queria impor à TCS a aprovação das contas como condição para realização do negócio de venda da CRT. Ora, se as contas estivessem aptas a ser aprovadas e demonstrassem uma eficiente gestão, tal condição não precisaria ser imposta. Veja-se o que a respeito diz o depoimento da TCS:

"TCS - (...)

Vou voltar para as contas agora. Pela Lei das Sociedades Anônimas você tem que convocar a Assembleia para aprovar as contas, até quatro meses depois do fechamento do balanço. Em obediência à legislação das Sociedades Anônimas então convocamos a Assembleia Geral Ordinária para ver essas contas, contas essas que primeiro não tínhamos estudado as anteriores porque primeiro não adiantava estudar porque tinha oito por cento do capital votante e não tínhamos poder de aprovar, então começamos a fazer esse estudo das contas que não conhecíamos, pouco antes da assembleia. Com uma responsabilidade muito grande nos nossos ombros, a responsabilidade basicamente sabendo com oitenta e cinco por cento das ações com direito de voto estavam com seu voto suspenso, restando quinze por cento desse quinze por cento nós temos oito por cento, portanto cinquenta e poucos por cento. Era uma responsabilidade perante todo o universo de acionistas de aprovarmos essas contas. Para podermos fazer isso tínhamos e temos que fazer um exercício de conforto, tem que se fazer um estudo de toda a responsabilidade que nós temos, se eu estou

aprovar e aprovar em nome de todos os acionistas. Embora a TBS tenha oitenta e cinco por cento do capital votante ela tem trinta por cento do capital total, então com dois por cento do capital total teria aprovando contas no interesse de universo dos acionistas portanto uma responsabilidade muito grande.

Eram as próprias contas que estavam discutindo. Quando estamos discutindo se o déficit do fundo de pensão estão adequadamente representado, se os planos de expansão estão adequadamente contingenciados, os Contratos com as partes relacionadas, o próprio conteúdo das contas estava sendo discutido por nós. (...)

ANATEL - Evidenciamos uma preocupação da TBS de ter um conforto nas contas de 99, e estamos notando aqui existe um esforço da atual administração de tentar dar esse conforto.

TCS - (...)

Acho que é importante a nossa discussão. Ao longo do Contrato, uma das cláusulas que constava do contrato em discussão era que a gente se obrigava a aprovar as contas da administração da então TBS. O que temos dito para eles é o seguinte: A aprovação de contas não pode ser objeto de uma negociação contratual. A simples presença de uma cláusula dessa natureza do contrato faz supor que estamos negociando nosso voto na Assembleia, dentro de um contexto de negociação. O que temos procurado tranquilizar, é que não queremos criar embaraço, que vamos deixar isso correr normalmente e que pretendemos convocar essa Assembleia já na semana que vem para poder deliberar sobre essas contas. Não existe nenhuma questão de fundo na discussão dessas contas neste momento." (grifou-se).

A má gestão fica também evidenciada nas preocupações manifestadas pela TCS (atual Brasil Telecom) quanto aos problemas enfrentados pela CRT, tais como o passivo de 500 milhões com o fundo de pensão dos empregados da Companhia, dado que não consta no balanço da empresa, mas foi revelado no depoimento, *verbis*:

"ANATEL - A 1ª pergunta que queríamos fazer, tivemos algumas informações boas das primeiras reuniões e qual a situação precisa atual do processo de alienação do controle da CRT.

TCS - Eu e o Pedro conduzimos este assunto desde 21 de março e realizamos uma série de reuniões e sempre com o Credit Suisse. O que se buscava nessas reuniões eram quatro temas essenciais para o fechamento do negócio. O primeiro os Contratos que existem entre a CRT e as partes relacionadas da Telefônica. O segundo era a questão do fundo de pensão, que segundo a nossa avaliação o fundo tem um passivo de mais de 500 milhões de reais, passivo atuarial, o terceiro eram passivos que tinham de 1990 e de 1996 que dizem respeito aos planos de expansão da CRT, havia questionamentos dos promitentes compradores e acionistas com relação aos critérios adotados. O último era a questão que existia no Edital de alienação do controle da

CRT sobre a privatização, uma obrigação que a TBS comprasse as ações remanescentes de propriedade do Governo do Estado após a sua oferta. Esses foram os 4 temas tratados, ao mesmo tempo em que procurávamos melhorar a qualidade das garantias oferecidas em um documento preliminar pela Telefônica que dizia respeito aos passivos de uma ordem mais genérica. O que tem ocorrido desde 21 de março tem sido a discussão do Contrato, a superação dessas divergências nessas 4 áreas principais."

Há mais. A CRT firmou contratos com empresas ligadas ao grupo que estava no seu controle (TBS), em condições que lhe eram prejudiciais. A esse respeito, veja-se o depoimento:

"(...)

Outro conjunto de assuntos, o Contrato em si a solução desses 4 pontos principais, eram os Contratos entre a CRT e parte da Telefônica. Então, existe um contrato com a Atento, já foi renegociado, tem um contrato com a TPI, tem 2 contratos que já foram rescindidos, enfim, de todo o conjunto contratual, aparentemente tem um único que até agora não foi solucionado satisfatoriamente que diz respeito ao uso de ELD's pela Celular. O Contrato foi feito no dia 29 de novembro e somente fomos informados no dia 19 de janeiro, retroativo a julho e tem 3 anos de vigência pela frente e os preços praticados nesse contrato são os preços que no nosso ponto de vista são baixos, comparados com os que estamos praticando com outras empresas. Diria que esse é ainda o único assunto ainda em aberto no âmbito contratual. Todos os outros assuntos na esfera contratual já foram objeto de renegociação." (grifou-se)

Em outras palavras: A CRT firmou contrato com a Telefônica Celular (empresa do grupo Telefônica) cobrando valores inferiores aos de mercado. Tal prática é expressamente vedada pela Lei das Sociedades Anônimas - Lei n° 6.404/76, art. 156, *verbis*:

"Art. 156 - É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do Conselho de Administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse.

§ 1º - Ainda que observado o disposto neste artigo, o administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis ou equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros.

§ 2º - O negócio contratado com infração do disposto no § 1º é anulável, e o administrador interessado será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que dele tiver auferido".

As omissões do balanço da Companhia não se restringiam ao fundo de pensão. Também há dúvida quanto à correção do provisionamento para dívidas decorrentes de sentença judicial, conforme demonstra a seguinte passagem do depoimento do representante da TCS:

"ANATEL — Não existe então nenhuma posição da Tele Centro Sul com relação a Segunda minuta.
TCS - Vamos chamar de Segunda minuta a que recebi ontem à noite.

Na verdade, esse documento vem sendo produzido desde abril, então ela deve refletir as discussões que têm ocorrido e termos fechado a grande maioria dos pontos, diria pontos fundamentais pendentes. A questão com relação aos planos de expansão e obrigação que consta do Edital de Licitação da TBS comprar as ações remanescentes do Governo do Estado. Já que é para informar é interessante que a ANATEL saiba disso, nesses pontos, quando tivemos a 1ª ou 2ª reunião em que levantamos esses 4 pontos o CSF Boston disse-nos, dentro do seu mandato para negociar, que tinha limitações. As limitações diziam que no mandato dele não estava incluído negociação de contratos com as coligadas com a CRT. Então isso não estaria dentro do Mandato do CSF Boston e que teriam que ser negociadas diretamente. De fato aconteceram alguns encontros entre pessoas da Celular da Atento, com o pessoal da CRT discutindo esses contratos e sempre em encaminhamento de uma discussão paralela. Nós dois nunca participamos dessas discussões e também o CSF Boston não o fez porque não estava no seu mandato. Quando colocamos a questão do plano de expansão. Essa questão é o seguinte: se as provisões que existem no balanço da CRT são adequadas para cobrir o risco desse contencioso que já existe e está no Judiciário. A informação que eles nos deram é que esse era um ponto inegociável. O segundo ponto que foi considerado, no Edital de Privatização original da CRT tinha uma obrigação que o Estado disponibilizava ações para serem vendidas aos empregados por um preço mais vantajoso e seus empregados não comprassem essas ações a sobra seria comprada pela adquirente do controle à época da privatização. Sobras. Isso também foi intitulado por eles como *Deal Breaker*, ou seja, sobre isso já não se discute, a gente não aceita responsabilidade nenhuma. (...)"

A simples leitura dos fatos acima narrados revela, sem sombra de dúvidas, a conduta ilegal das rés, o que obrigou o ente público estadual, na defesa dos interesses difusos e coletivos do conjunto dos usuários da telefonia fixa do Estado do Rio Grande do Sul, a ajuizar a presente demanda.

IV - DO DIREITO:

Como já se disse, a simples narrativa dos fatos antes deduzida já demonstra que a conduta da autarquia ré foi omissa e negligente, para dizer-se o mínimo. As normas

legais aplicáveis à espécie exigiam sua atuação positiva no sentido de evitar a má gestão da Companhia e prejuízos aos serviços prestados ao povo gaúcho.

Não é preciso ser nenhum *expert* para saber-se que uma empresa que tem data marcada para deixar determinado negócio certamente deixará de investir no mesmo, prejudicando-o. O ofício SEMC nº 569/2000 deixa muito clara a situação de redução de investimentos na CRT comparativamente aos investimentos feitos em outras empresas do Grupo Telefônica:

"O DESEMPENHO DA COMPANHIA RIOGRANDENSE DE TELECOMUNICAÇÕES - CRT NO PERÍODO 1998-99"

O Estudo, a seguir, tem como finalidade traçar um comparativo entre a CRT e outras Empresas, no que tange a alguns indicadores normalmente avaliados pelas operadoras de telecomunicações. Os dados deste comparativo tem como fontes básicas os Relatórios de Administração da CRT e o Relatório Anual 1999 da Telefônica.

Essa análise foi induzida pela preocupação da Secretaria de Energia, Minas e Comunicações - RS, por parte dos interesses do Governo do Estado e da Comunidade Gaúcha, tendo em vista a queda dos investimentos da Telefônica de Espanha, na Companhia Riograndense de Telecomunicações, enquanto acionista majoritária do consórcio que adquiriu essa empresa.

A CRT e as empresas do Grupo Telefônica no Serviço de Telefonia Fixa

Analizando, comparativamente, alguns indicadores financeiros das empresas do Grupo Telefônica, no período 1998-99, no que compete à telefonia fixa, vê-se a CRT em desvantagem quanto ao crescimento dos lucros e investimentos (tabela 1 e gráfico 1). Uma constatação importante é a inversão lucro/prejuízo ocorrida na CRT - em 1998 o lucro foi de 164,6 milhões, e, no ano seguinte, houve um prejuízo de 138,34 milhões de reais, o que representou uma queda equivalente a R\$ 303 milhões.

Os investimentos de R\$ 269,6 milhões, da CRT, no ano de 1999, foram 49% menores que no ano anterior, onde foram aplicados R\$ 538,2 milhões (gráfico 2).

Tabela 1

Principais Indicadores da CRT e da TELESP				em milhões de Reais		
Dados Financeiros Consolidados	CRT			TELESP		
	1998	1999	%	1998	1999	%
Receita operacional bruta	1.385,90	1.478,90	6,71	5.935,20	7.049,70	18,78
Receita operacional líquida	1.039,90	1.149,20	10,51	4.496,10	5.295,50	17,78
lucro (prejuízo) líquido	164,60	-138,34	-184,05	677,60	735,80	8,59
Lucro (prejuízo) por mil ações (R\$)	81,90	-68,73	-183,92	2,03	1,52	-25,12
Investimentos da empresa	538,20	269,60	-49,91	2.579,90	2.689,90	4,26
Investimentos sobre o total do grupo (%)	15,28	6,97	-54,39	73,24	69,53	-5,07
Fonte: Secretaria de Energia, Minas e Comunicações - R/S						

Fonte: Secretaria de Energia, Minas e Comunicações - RS

Gráfico 1

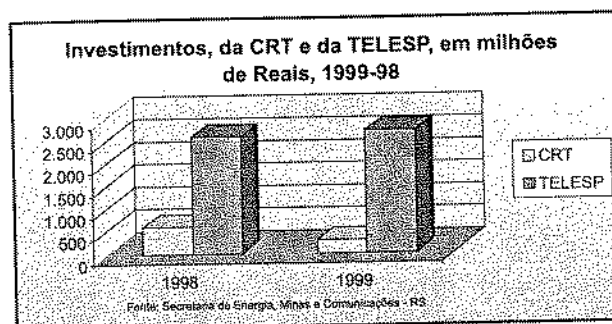
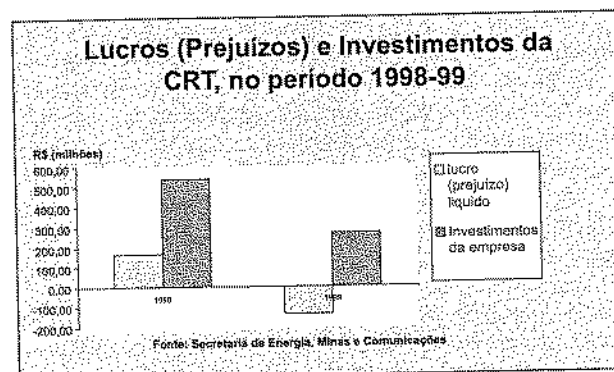


Gráfico 2



Ainda se não bastasse, a participação da CRT sobre os investimentos totais da Telefônica no Brasil caiu de 15,28% em 1998 para 6,97% em 1999.

A Celular CRT e as empresas do Grupo Telefônica no Serviço de Telefonia Móvel

Quanto ao serviço de telefonia móvel celular, o desempenho do crescimento dos indicadores financeiros mostrou resultados bem mais animadores comparado às outras empresas do grupo (tabela 2). Se comparado à TELESP Celular, o crescimento do número de terminais e da densidade telefônica foi, respectivamente, dezoito e quarenta pontos percentuais maior. O aumento da receita operacional líquida, 141,38% (tabela 3), foi maior que o das outras, apontando, no conjunto, para o interesse da Telefônica nesse serviço dentro do Estado.

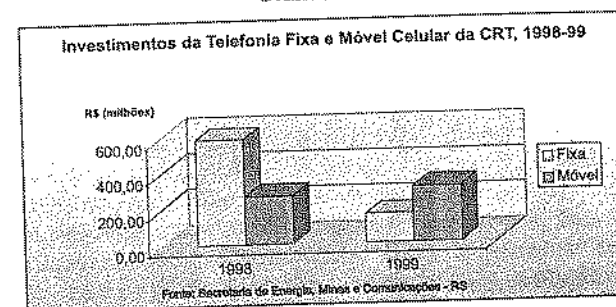
Ainda, pela comparação dos resultados da Telefonia Fixa e da Celular CRT (tabela 4), associada à análise dos dados do Balanço da CRT 1999, conclui-se que:

Os investimentos na Móvel cresceram em 92,3% enquanto os da Fixa baixaram para 46% de seu valor no ano anterior (gráfico 5);

A receita operacional bruta cresceu 132% na Móvel contra apenas 6,7% da Fixa; A receita operacional líquida cresceu 141% na Móvel contra apenas 10,5% da

Fixa;

Gráfico 5



As despesas com interconexão fixa-móvel, pagas à Celular CRT, cresceram de R\$ 60,6 milhões em 1998, para R\$ 156,3 milhões, em 1999, o que representa 85% das despesas da Companhia, tão-somente, com esse serviço.

As despesas com interconexão, no primeiro trimestre de 2000, foram de R\$ 66,6 milhões, e cresceram 133,6% sobre o realizado no mesmo período de 1999 e representam 33,5% das despesas da atividade da Empresa;

Ao projetar os valores do item anterior no que compete a 4 trimestres, ter-se-á, ao final de 2000 despesas com interconexão da ordem de R\$ 266 milhões;

Os minutos fixo-móvel aumentaram, 52,9% no período 1998-99;

Tabela 2

Principais Indicadores das Empresas Controladas pela Telefônica para o Serviço Móvel Celular	Celular CRT			TELESP Celular			Tele Budeste Celular			Tele Leste Celular		
	1998	1999	%	1998	1999	%	1998	1999	%	1998	1999	%
Nº de terminais - total (mil)	543	867	78,08	1804	2893	60,37	772	1831	139,77	270	536	98,52
Nº de terminais - contrato (mil)	543	571	5,18	1804	2030	12,53	772	1010	30,83	270	329	21,85
Nº de terminais - pré-pago (mil)		396			863			841			207	
Densidade telefônica (linhas/100 hab.)	5,8	12,1	108,82	7,8	13,2	69,23	4,7	16,7	256,32	2,4	5,4	125,00

Fonte: Secretaria de Energia, Minas e Comunicações - RS

Tabela 3

Principais Indicadores das Empresas Controladas pela Telefônica para o Serviço Móvel Celular	Celular CRT			TELESP Celular			Tele Budeste Celular			Tele Leste Celular		
	1998	1999	%	1998	1999	%	1998	1999	%	1998	1999	%
Receita operacional bruta	364,5	846,3	132,18	2172,6	3000,5	38,11	1280,5	2019,9	57,74	317,4	425,7	34,12
Receita operacional líquida	272,1	656,8	141,38	1682,5	2311,6	31,45	922,7	1490,9	61,58	249,3	323	29,56
Investimentos	161,2	310	92,31	943,9	1237,9	31,15	184,1	447,2	142,91	57,7	152	163,43

Fonte: Secretaria de Energia, Minas e Comunicações - RS

Tabela 4

Comparação entre os Resultados da Telefonia Fixa e Móvel da CRT	Fixa			Móvel		
	1998	1999	%	1998	1999	%
Receita operacional bruta	1.385,90	1.478,90	6,71	364,5	846,3	132,18
Receita operacional líquida	1.039,90	1.149,20	10,51	272,1	656,8	141,38
Investimentos	590,10	269,60	-54,31	161,2	310	92,31

Fonte: Secretaria de Energia, Minas e Comunicações - RS

normas legais aplicáveis à espécie, por óbvio, são normas de direito público e, como tal, afiguram-se cogentes e devem ser interpretadas de forma estrita. A propósito, traz-se à colação o magistério sempre atual de CARLOS MAXIMILIANO:

"As prescrições de ordem pública, em ordenando ou vedando, colimam um objetivo: estabelecer e salvaguardar o equilíbrio social. Por isso, tomadas em conjunto, enfeixam a íntegra das condições desse equilíbrio, o que não poderia acontecer se todos os elementos do mesmo não estivessem reunidos. Atingido aquele escopo, nada se deve aditar nem suprimir. Todo acréscimo seria inútil; toda restrição, prejudicial. Logo é caso de exegese estrita. Não há margem para interpretação extensiva, e muito menos para analogia.

É sobretudo teleológico o fundamento desse modo de proceder. Só ao legislador incumbe estabelecer as condições gerais da vida da sociedade; por esse motivo, só ele determina o que é de ordem pública, e, como tal, peremptoriamente imposto.(...)" (In *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, ed. Forense, 1994, p. 223).

A Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre os serviços de telecomunicações, estabelece, em seu art. 1º, a competência da União, por intermédio da Agência Reguladora, para organizar a exploração do serviço de telecomunicações.

Dispõe o art. 19 da Lei nº 9.472/97:

"Art. 19 - À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade; e especialmente:

(...)

VI - celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação de serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;

(...)

XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE;"

Impende destacar que a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 - Lei das Telecomunicações - ao tempo em que disciplinou o processo de desestatização dos serviços de telecomunicações, regramento as concessões a serem celebradas com as empresas prestadoras do serviço, tratou de ressaltar expressamente que a abertura de tais serviços à iniciativa privada não poderia acarretar abuso de poder econômico, com prática de infrações à ordem econômica, devendo ser mantida a livre concorrência e a competição entre as empresas privadas concessionárias.

É uma imposição, aliás, da Constituição Federal, conforme se extrai dos artigos 170, inciso IV, e 173, § 4º inseridos no Título VII — "da ordem econômica e financeira", *verbis*:

"Art. 170 — A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV — livre concorrência."

"Art. 173 - ...

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros".

Nesse sentido, os "princípios fundamentais" da referida lei, constantes dos seus primeiros artigos, especialmente dos artigos 50 a 70, os quais transcrevem-se a seguir:

"Art. 5º - Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.

Art. 6º - Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.

Art. 7º - As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§ 1º - Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º - Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE, por meio do órgão regulador.

(...)"

Portanto, a Agência de Regulação deve atuar de maneira a fazer cumprir os mandamentos da lei. Na espécie, evidencia-se que a ANATEL agiu sem o devido rigor, editando, apenas em 20 de junho transato, o Ato nº 9.607, que decreta a intervenção na Companhia.

Constam, do Ato nº 9.607, de 20 de junho de 2000, da ANATEL, dentre outros, os seguintes *consideranda*:

"CONSIDERANDO o descumprimento dos prazos para alienação das ações da TBS, estabelecidos nos Atos nº 672, de 1998, 6.196 e 7.066, ambos de 2000, caracteriza infração grave, nos termos do inciso IV do art. 110 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997;

CONSIDERANDO a instauração, em 12 de maio de 2000, do Procedimento Administrativo de Apuração de Descumprimento de Obrigações nº 535000008242000 (PADO), destinado a apurar infrações por descumprimento de determinações da Anatel, caracterizada pela violação dos prazos estabelecidos nos referidos Atos;

CONSIDERANDO que a instauração do referido PADO poderá resultar na

extinção da concessão, nos termos dos artigos 112 a 117 da Lei nº 9.472, de 1997, bem como na Cláusula 26.1 do Contrato de Concessão;

CONSIDERANDO que a instauração do referido PADO não prejudica a adoção de outras medidas acautelatórias que possam vir a ser tomadas pela Anatel visando assegurar a continuidade na prestação do serviço concedido, observado o modelo de competição preconizado com base na Lei nº 9.472, de 1997, e definido no Plano Geral de Outorgas, aprovado pelo Decreto nº 2.534, de 2 de abril de 1998, e o interesse público envolvido;

CONSIDERANDO a deliberação tomada por meio do Circuito Deliberativo nº 166, de 20 de junho de 2000, resolve:

Determina, então, o Ato:

"Art. 1º - Decretar, cautelarmente, na forma dos artigos 110 e 111 da Lei nº 9.472, de 1997, intervenção na Companhia Riograndense de Telecomunicações - CRT, até a data de 30 de abril de 2001, podendo ser prorrogada.

Art. 2º - A intervenção tem por objetivo a preservação do regime de competição e da gestão eficaz dos negócios da Concessionária, e, especialmente:

I - resguardar o modelo preconizado com base na Lei nº 9.472, de 1997, e definido no Plano Geral de Outorgas;

II - assegurar o cumprimento das obrigações contratuais relacionadas à universalização e à continuidade, inerentes ao regime público, nos termos da Cláusula 4.2 do Contrato de Concessão.

(...)

Art. 6º - Determinar, nesta data, a imediata instauração de procedimento administrativo de intervenção, assegurando-se a ampla defesa e o devido processo legal, nos termos do disposto no § 2º do art. 111 da Lei nº 9.472, de 1997.

Art. 7º - A intervenção poderá ser revogada antes do prazo estabelecido, desde que cessados os motivos que a determinaram."

Da leitura do Ato nº 9.607, de 20 de junho de 2000, evidencia-se que a ANATEL decretou intervenção na CRT em razão das faltas graves perpetradas pela concessionária - TBS -, a qual, inclusive, já estava com seus direitos de voto e de veto suspensos desde 5 de fevereiro de 2000, quando, através do Ato nº 6.196, de 1º de fevereiro de 2000, foi-lhe vedada a participação na gestão ou operação da CRT, em razão do descumprimento do Plano Geral de Outorgas - Decreto nº 2.534, de 2 de abril de 1998, art. 14. Determinou, ainda, que a TBS depositasse em fundo fideicomisso as ações com direito a voto, no prazo de 45 dias, a contar de 5/02/00. A seguir, em 17/03/00, a ANATEL editou o Ato nº 7066, determinando que o fundo fideicomisso seria constituído com a finalidade de alienar as ações detidas pela Tele Brasil Sul Participações S.A. (TBS), na Companhia Riograndense de Telecomunicações S.A. (CRT), fixando o prazo de até noventa dias para tal alienação, contado a partir de 21 de março de 2000, expirando-se, portanto, em 18 de junho de 2000.

Estes dois últimos atos editados pela ANATEL são consequência do descumprimento, por parte da TBS, das disposições contidas no Ato nº 672, expedido pela ANATEL em 03 de agosto de 1998, o qual, com esteio no Plano Geral de Outor-

gas, art. 14, fixava o prazo de até dezoito meses, contados a partir de 04 de agosto de 1998, para que a TeleBrasil Sul Participações S/A deixasse de ser controladora, controlada ou coligada de concessionária de STFC em outra região do Plano Geral de Outorgas.

O mencionado Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações prestado no regime público - aprovado pelo Decreto nº 2.534, de 2 de abril de 1998, assim dispõe em seu artigo 14:

"Art. 14 - A obtenção de concessão em determinada Região por empresa já concessionária do serviço a que se refere o artigo 1º, sua coligada, controlada ou controladora implicará a obrigatória transferência a outrem, de contrato de concessão detido em outra Região, no prazo máximo de dezoito meses, contado da data de obtenção da concessão".

O Contrato de Concessão firmado entre a ANATEL e a CRT - Contrato PBOG/SPB nº 47/98 - contém cláusulas que regulamentam a transferência da concessão ou do controle societário, em cumprimento aos ditames legais acima citados. Assim, dispõe a cláusula 18.1 do contrato:

"Cláusula 18.1—A transferência da concessão ou do controle, direto ou indireto, da concessionária, só será autorizada pela ANATEL, respeitadas as restrições previstas no Plano Geral de Outorgas, quando:

I - o cessionário preencha todos os requisitos estabelecidos pela ANATEL como necessários ao cumprimento das obrigações previstas neste Contrato; e

II - a medida não prejudique a competição e não coloque em risco a execução do Contrato e as normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 1º - As transferências poderão ocorrer em qualquer época com a finalidade de compatibilizar as áreas de atuação das atuais prestadoras com o Plano Geral de Outorgas, nos termos do art. 209 da Lei nº 9.472, de 1997.

§ 2º O descumprimento de qualquer disposição constante desta cláusula importará na caducidade da presente concessão."

O art. 209 da Lei nº 9.472/97, a que remete a cláusula susotranscrita, tem a seguinte redação:

"Art. 209 - Ficam autorizadas as transferências de concessão, parciais ou totais, que forem necessárias para compatibilizar as áreas de atuação das atuais prestadoras com o plano geral de outorgas".

A cláusula 26.4, a seu turno, estabelece:

"Cláusula 26.4 — O presente Contrato poderá ter sua caducidade declarada por ato do Conselho Diretor da ANATEL, precedido de processo administrativo que assegure ampla defesa à Concessionária, nas hipóteses de:

(...)

III - não cumprimento do compromisso de transferência referido na cláusula 18.1 e no art. 87 da Lei nº 9.472, de 1997".

E a cláusula 26.1, que trata da extinção da concessão, prevê:

"Cláusula 26.1 - Considerar-se-á extinto o Contrato de concessão nas seguintes hipóteses:

...III - caducidade, nos termos do disposto no artigo 114 da Lei nº 9.472, de 1997, e no presente contrato".

A Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, assim dispõe acerca da decretação de caducidade da concessão:

"Art. 114 - A caducidade da concessão será decretada pela Agência nas hipóteses:

I - de infração dos disposto no artigo 97 desta Lei ou de dissolução ou falência da concessionária;

II - de transferência irregular do contrato;

III - de não-cumprimento do compromisso de transferência a que se refere o artigo 87 desta Lei;

IV - em que a intervenção seria cabível, mas sua decretação for inconveniente, inócua, injustamente benéfica ao concessionária ou desnecessária".

O que se vê, claramente, portanto, é que a empresa TeleBrasil Sul Participações S.A. - TBS, controladora da CRT (concessionária do serviço telefônico fixo comutado local), não cumpriu as determinações legais e contratuais no sentido de transferir a concessão da CRT à outra empresa, o que deveria ter feito até 4 de fevereiro de 2000, quando expirou o prazo legal de 18 meses para que se efetuassem tal transferência (uma vez que a TBS, em sendo já concessionária da CRT, que integra a Região II, de acordo com o Plano Geral de Outorgas, adquiriu o controle da TELESP, concessionária que integra a Região III).

Mais. Deixou de investir adequadamente na telefonia fixa, consoante já se demonstrou, sendo possível pela análise do balanço e dos documentos apresentados pela empresa identificar-se a negligência e, porque não dizer, os equívocos da administração da empresa CRT que, sendo concessionária do serviço público, deveria estar, sempre, sendo fiscalizada pela Agência de Regulação.

Por ocasião da Assembléia-Geral, o ente público estadual fez vários questionamentos quanto ao balanço publicado, inclusive quanto aos custos com a prestação de serviços por empresas integrantes do Grupo Telefônica. O documento em anexo, enviado pela Secretaria de Estado de Minas, Energia e Telecomunicações bem retrata tais problemas:

QUESTÃO Nº 3, 4 e 5

Pergunta formulada pelo Governo do Estado na AGO de 27/04/2000.

Demonstrar o montante do custo mensal dos serviços de telemarketing antes da contratação da empresa Atento

Relacionar, mês a mês, os pagamentos realizados à empresa Atento, por tipo de serviço prestado, bem como apresentar os documentos nos quais a Companhia se ba-

seou para firmar convicção de que as condições do(s) contrato(s) são idênticas às que prevalecem no mercado (art. 156, par. 1º da Lei das S/A).

Solicita-se cópia do contrato firmado com a empresa Atento e planilha de custos dos serviços prestados pela mesma.

Perguntas formuladas pelo Governo do Estado em 23/06/2000.

Quais são os estudos que estão sendo realizados para estabelecer a melhor alternativa para o "call center" da CRT? Em que bases a Diretoria está renegociando o contrato com a Atento? Quais são os itens em que a CRT acredita que irá reduzir os preços? Como a Diretoria da CRT chegou à conclusão que o preço atual é exagerado?

Por que a CRT só informou preços de serviços prestados pela Atento nas operadoras em que o grupo controlador, no período analisado, era o mesmo da CRT? Por que não houve pesquisa de preços com outras empresas similares que poderiam prestar serviços de telemarketing?

Reiteramos a solicitação de cópia da planilha de custos dos serviços prestados pela empresa Atento. Solicita-se, ainda, cópia do contrato social e respectivas alterações, se houver, da empresa Atento.

Discriminar todos os recursos materiais de hardware e mobiliário, com o respectivo valor recebido pela CRT, quando da aquisição destes ativos pela empresa Atento, conforme cláusula primeira do Termo de Compromisso de Aquisição de Ativos e Outras Avenças, firmado pela CRT e a Atento, incluso no anexo 10. Relacionar os valores de penalidades pagos pela empresa Atento, a título de reembolso à CRT, decorrentes da rescisão antecipada dos contratos dos serviços de terceiros, bem como, informar o montante desembolsado pela CRT para rescindir os referidos contratos, nos termos da cláusula Quarta do Termo de Compromisso de Aquisição de Ativos e Outras Avenças firmado pela CRT e Atento.

Análise das respostas e documentos apresentadas pela CRT

A 2ª E 3ª ALTERAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL DA ATENTO

A 2ª Alteração do Contrato Social da Empresa ATENTO BRASIL LTDA, assinada em São Paulo em 13 de maio de 1999, anexo 1, e registrada na junta comercial do Estado do Rio Grande do Sul em 06 de julho de 1999, ressalta a seguinte composição acionária

"5. O capital da Sociedade é de R\$ 16.495.002,00 (dezesesseis milhões, quatrocentos e noventa e cinco mil e dois reais), dividido em 16.495.002, (dezesesseis milhões, quatrocentos e noventa e cinco mil e duas) quotas, no valor nominal de R\$ 1,00 (um real) cada uma, assim distribuídas entre os sócios:

(a) a sócia TELEFÔNICA S.A. possui 16.495.000 (dezesesseis milhões, quatrocentos e noventa e cinco mil) quotas, no valor total de R\$16.495.000,00 (dezesesseis milhões, quatrocentos e noventa e cinco mil reais);

(b) a sócia ATTENTO HOLDING TELECOMUNICACIONES S.A. possui 01 (uma) quota, no valor total de R\$ 1,00 (um real); e

(c) o sócio MOSHE B. SENDACZ possui 01 (uma) quota, no valor total de R\$ 1,00 (um real);

O capital social total subscrito encontra-se inteiramente integralizado pelos sócios

os TELEFÓNICA S.A., ATTENTO HOLDING TELECOMUNICACIONES S.A. e MOSHE B. SENDACZ."

A 3ª Alteração do Contrato Social da Empresa ATENTO BRASIL LTDA, assinada em São Paulo em 15 de junho de 1999, anexo 2, e registrada na junta comercial do Estado de São Paulo em 16 de agosto de 1999, registra a seguinte composição acionária

"5. O capital da Sociedade é de R\$ 16.495.002,00 (dezesesseis milhões, quatrocentos e noventa e cinco mil e dois reais), dividido em 16.495.002 (dezesesseis milhões, quatrocentos e noventa e cinco mil e duas) quotas, no valor nominal de R\$1,00 (um real) cada uma, assim distribuídas entre os sócios:

(a) ATTENTO HOLDING TELECOMUNICACIONES S.A. possui 16.495.001 (dezesesseis milhões, quatrocentos e noventa e cinco mil e uma) quotas, no valor total de R\$ 16.495.001,00 (dezesesseis milhões, quatrocentos e noventa e cinco mil e um reais);

(b) o sócio MOSHE B. SENDACZ possui 01 (uma) quota, no valor total de R\$ 1,00 (um real);

O capital social total subscrito encontra-se inteiramente integralizado pelos sócios ATTENTO HOLDING TELECOMUNICACIONES S.A. e MOSHE B. SENDACZ."

A 3ª Alteração do Contrato Social da Empresa Atento correspondeu a retirada da sociedade da sócia quotista Telefónica S.A., titular de 16.495.000 (dezesesseis milhões e quatrocentos e noventa e cinco mil) quotas do capital da sociedade, oportunidade em que cedeu e transferiu à ATTENTO HOLDING TELECOMUNICACIONES S.A., a totalidade das 16.495.000 quotas da sociedade de que era possuidora, com tudo o que representavam, conforme ajustado entre as partes no exterior. Também foi alterado o tipo jurídico da sociedade, que de sociedade comercial por quotas de responsabilidade limitada passou para sociedade por ações, sob a denominação de "ATENTO BRASIL S.A.", mediante a conversão de cada quota em uma ação e da aprovação do Estatuto Social pelos quotistas. A transferência das ações da Telefónica para a Atento Holding corresponde ao novo modelo de organização da Telefónica, que agrupa suas empresas por linhas de negócios de âmbito global, com objetivo de situar a cada uma delas entre os líderes mundiais de seus respectivos setores de atividade.

B) A PARTICIPAÇÃO DO SENHOR MOSHE BORUCH SEDACZ

A 2ª Alteração do Contrato Social da Empresa ATENTO BRASIL LTDA é assinada pelo senhor Moshe Boruch Sendacz, na condição de procurador da ATTENTO HOLDING TELECOMUNICACIONES S.A. e da TELEFÓNICA S.A.

A 3ª Alteração do Contrato Social da Empresa ATENTO BRASIL LTDA é assinada pelo senhor Moshe Boruch Sendacz, na condição de procurador da ATTENTO HOLDING TELECOMUNICACIONES S.A. e da TELEFÓNICA S.A.

O Sr. Moshe Boruch Sendacz foi eleito conselheiro fiscal titular da CRT, na Assembleia Geral Ordinária da CRT, conforme a Ata nº 117, de 16 de março de 1999, anexo 3.

Em 1º de janeiro de 2000 foi assinada pelo Sr. Fernando Fournoun González-Barcia, Diretor Presidente da TBS PARTICIPAÇÕES S.A., procuração, anexo 4, que nomeia e constitui procurador o Sr Moshe Boruch Sendacz, a quem lhe confere os

seguinte poderes:

"1. Representar a Outorgante na República Federativa do Brasil, em juízo ou fora dele, perante quaisquer terceiros, inclusive repartições públicas federais, estaduais ou municipais, bancos, inclusive o Banco Central do Brasil, Banco do Brasil S.A., e outras instituições financeiras, públicas ou privadas, em quaisquer de seus departamentos e divisões; Representar a Outorgante como sócia ou acionista de quaisquer sociedades, civis ou comerciais, das quais o Outorgante seja ou venha a ser quotista ou acionista;

Subscrever, em nome da Outorgante, quotas ou ações de sociedades de qualquer natureza, integralizando-as, total ou parcialmente, em dinheiro, bens, direitos ou valores, assinando os instrumentos públicos ou particulares de incorporação ou constituição, contratos sociais e quaisquer de suas subseqüentes alterações, inclusive aquelas relativas à sua transformação ou conversão de um tipo em outro;

Comparecer e votar, tomando parte em assembleias gerais, ordinárias ou extraordinárias, de sociedade das quais a Outorgante seja ou venha a ser acionista ou quotista;

Adquirir, em nome da Outorgante, quotas ou ações de quaisquer sociedades bem como alienar ou transferir as que o Outorgante possua ou venha a possuir, assinando os respectivos instrumentos e termos de transferência;

Exercer, em geral, todos os direitos e privilégios conferidos pela lei, pelos estatutos e pelo contrato social às quotas ou ações de quaisquer sociedades das quais a Outorgante seja ou venha a ser possuidora, cumprindo, ainda, as obrigações decorrentes de sua qualidade de quotista ou acionista;

Receber citações ou notificações relacionadas a processos judiciais ou administrativos que venham a ser propostos contra a Outorgante no Brasil, com relação ou decorrente dos investimentos efetuados pela Outorgante em sociedades das quais participe como sócia, acionista ou quotista."

O procurador da TBS Participações S.A, Senhor Moshe Boruch Sendacz, foi designado pela mesma para representar o Consórcio, por ocasião das reuniões entre a ANATEL, o Banco Credit Suisse First Boston Garantia, a TBS Participações S.A. e a Tele Centro Sul Participações S.A., realizadas em 09 de junho de 2000, para avaliar a situação do processo de alienação das ações da TBS para a TCS. Destas reuniões resultou um documento intitulado "SELEÇÃO DE PERGUNTAS E RESPOSTAS ELABORADAS DURANTE A REUNIÃO COM BASE NO DOCUMENTO DE DEGRAVAÇÃO DAS FITAS", anexo 5. Registre-se que nesta reunião a ANATEL ao questionar a TBS sobre a afirmação do Governo do Estado do Rio Grande do Sul de que houve uma redução dos fluxos de investimento na CRT, desde o prazo estabelecido em Lei, de 18 meses para alienação de ações por parte do grupo controlador, obteve a seguinte resposta dos Srs. Mosche Sendacz, Procurador da TBS, e Pedro Riviere, Secretário Geral do Grupo Telefónica no Brasil e Procurador da TBS:

"TBS — Pessoalmente desconheço os dados da operação. O Fernando Fournón, na verdade, colocou-se à disposição, não só do Governo do Rio Grande do Sul, esteve visitando cada estado e esteve na CRT também e como responsável pela gestão e pelo período em que os questionamentos foram feitos, colocou-se à disposição para poder respondê-los e solicitou à CRT que estivesse pessoalmente envolvida na elaboração das informações e respostas porque hoje o controle de todas as informações estão na Tele

Centro Sul. Não sei qual seria a justificativa mas podemos verificar e na 2ª feira mandamos por escrito.

Também não conheço os números. Acredito que o grupo Telefônica tem utilizado muitas energias aqui com outros negócios no Brasil e que às vezes, interpretações de investimento estavam sendo diminuídas por originar sinergias em todo o grupo. Repito que não conheço os números, concretamente mas não vejo nenhum inconveniente para os providenciar.

Como leigo, acompanhei que ela foi a única operadora que cumpriu todas as metas e provavelmente não foi por deficiência de investimentos, porque senão não teria atingido essas metas. Alguma explicação técnica deverá existir."

Chama a atenção que os representantes constituídos pela TBS, não saibam informar sobre os investimentos realizados pela CRT no período em que este consórcio administrou a empresa, ainda mais quando se constata que o Sr. Moshe Boruch Sendacz, na qualidade de Conselheiro Presidente do Conselho Fiscal da CRT, em 29 de janeiro de 2000, aprovou o seguinte parecer do conselho fiscal da CRT:

"O Conselho Fiscal da Companhia Riograndense de Telecomunicações - CRT, tendo examinado o Relatório da Administração, as Demonstrações Financeiras de Encerramento do Exercício Social de 1999, integradas pelo Balanço Patrimonial, Demonstração do Resultado do Exercício, Demonstração das Mutações do Patrimônio Líquido, Demonstrações das Origens e Aplicações de Recursos, Notas Explicativas, Proposta da Administração quanto a não distribuição de dividendos, Parecer dos Auditores Independentes Arthur Andersen S/C, datado de 20 de janeiro de 2000, prestados os esclarecimentos pela CRT, aprova os referidos documentos e as propostas neles contidas, opinando que o citado Relatório e as Demonstrações Financeiras atendem às disposições estatutárias e legais, merecendo aprovação pela Assembleia Geral de Acionistas."

Em ofício remetido à ANATEL, em 15 de junho de 2000, anexo 6, o Senhor Moshe Boruch Sendacz, na qualidade de *procurador da TBS Participações S.A.*, declara que exerceu seu mandato no Conselho Fiscal da CRT até o mês de abril do corrente ano;

C) O PROCESSO DE CONTRATAÇÃO DA ATENTO BRASIL LTDA.

Em relação a contratação de empresa prestadora de serviços de "Call Center", constata-se que não houve pesquisa ou tomada de preços por parte da CRT para contratar estes serviços as informações sobre os preços praticados referem-se aos preços prestados pela Atento nas operadoras em que o grupo controlador, no período analisado, era o mesmo da CRT.

Na resposta apresentada pela CRT de que "a administração entendeu que deveria terceirizar os Serviços de 'Call Center' através da contratação da empresa Atento, por ser a única empresa, naquele momento, instalada no Rio Grande do Sul, com infraestrutura adequada para atender estes serviços.", não corresponde aos atos descritos a seguir:

Na 2ª Alteração do Contrato Social da Atento Brasil Ltda. os sócios resolvem constituir filiais da sociedade, as quais "exercerão as mesmas atividades desenvolvidas na sede social, a serem localizadas nos seguintes endereços:

...

1.2. Filial Porto Alegre - situada na Avenida Júlio de Castilhos, 505 - 10º andar, Porto Alegre/RS".

A 2ª Alteração do Contrato Social da Atento Brasil Ltda. é assinada em 13 de maio de 1999, registrada na Junta Comercial do Estado de São Paulo em 31 de maio de 1999 e na Junta Comercial do Rio Grande do Sul em 06 de julho de 1999.

Os documentos referentes à contratação da Atento apresentados pela CRT, anexos 3, 4 e 5 das respostas às perguntas do Estado na AGO de 27.04.2000, são os seguintes:

- a) Proposta Sumária apresentada pelo Diretor Comercial da Atento Brasil Ltda. à CRT, datada: São Paulo, 19 de maio de 1999;
- b) Expediente para REDIR (Reunião de Diretoria) emitido pela Diretoria de Operações da CRT, com data de 04 de junho de 1999;
- c) Reunião de Diretoria, Ata Redir nº 1220 de 09 de junho de 1999, aprova a contratação do Call Center - Atento Brasil;
- d) Reunião do Conselho de Administração, Ata da Reunião nº 355 de 22 de junho de 1999, apresentada as condições da contratação da Atento - Call Center;
- e) Termo de Compromisso de Aquisição de Ativos e Outras Avenças, firmado em 02 de setembro de 1999;
- f) Contrato CRT-CSU-OOC-109/99, contratação da empresa Atento Brasil Ltda., em 08 de setembro de 1999.
- g) Aditivo ao Contrato CRT-CSU-OOC-109/99 firmado em 15 de setembro de 1999.

Na Ata nº 355 do Conselho de Administração não há referência à aprovação da contratação da Atento, registra apenas no item 4.6 Assuntos Gerais que foram apresentadas as condições da contratação da Atento - Call Center.

No Termo de Compromisso de Aquisição de Ativos e Outras Avenças, firmado entre a CRT e a Atento em 02 de setembro de 1999, é afirmado que a implantação dos serviços contratados com a Atento deveria ser abreviado ao máximo, requerendo da Atento a infra-estrutura necessária para execução dos serviços. Também são estabelecidas cláusulas e condições para aquisição pela Atento de ativos e recursos materiais da CRT, inclusive parte dos ativos correspondentes às posições de atendimento utilizadas por mão-de-obra terceirizada.

Conclui-se observando os documentos e as datas em que foram assinados, que a empresa Atento não foi contratada por esta ser a única empresa, naquele momento, instalada no Rio Grande do Sul, com infra-estrutura adequada para atender estes serviços". A decisão de constituir uma filial em Porto Alegre e a Proposta Sumária apresentada pela Atento à CRT totalizam 5 dias de diferença, sem considerar que os registros na Junta Comercial de São Paulo e do Rio Grande do Sul foram feitos após a apresentação da Proposta à CRT. A empresa não estava instalada no Rio Grande do Sul e tampouco possuía infra-estrutura adequada, naquele momento, para prestar o serviço.

Não houve comprovação de que as condições do contrato firmado entre a CRT e a empresa Atento são idênticas àquelas que prevalecem no mercado. A demonstração de preços dos contratos firmados entre a Atento e a TELESP e Telefônicas Celulares do RS, RJ e ES não servem para comprovar o preço praticado no mercado, pois tais empresas também são controladas pelo mesmo grupo que detém o controle da CRT. A

CRT informou que não dispõe de relação de preços praticados por outras empresas no País, além destas mencionadas anteriormente.

D) OS CUSTOS DOS SERVIÇOS DE CALL CENTER

A CRT apresentou as planilhas relativas aos custos de contratação para prestação de serviços de atendimento dos serviços especiais.

Com base nos dados fornecidos chegou-se à tabela de comparação dos custos dos serviços, antes e após a contratação da Atento, anexo 7.

Analisando a tabela, constata-se que houve um aumento de 62% no custo médio mensal (R\$/chamada) do serviço 102/121/CSP - Auxílio à lista e informações sobre código de seleção de prestadoras. Em relação ao serviço 103/129 - CRT Consertos, o aumento no custo médio mensal (R\$/chamada) foi de 67%.

Com relação ao serviço 104 - CRT Serviço ao Cliente, conclui-se que houve uma redução no seu custo médio mensal (R\$/chamada), em função do aumento da produção (chamadas).

Ressalte-se que a CRT dispendeu, ao término do contrato para prestação dos serviços 102/121 com a empresa Exímia Serviços Temporários Ltda., o valor de R\$ 345.962,02 a título de equilíbrio econômico financeiro do contrato. Esse valor não foi considerado nos custos de contratação da Atento.

Conclui-se que os serviços 102/121 e 103/129 tiveram um considerável aumento em relação aos preços praticados anteriormente à contratação da Atento. Em relação ao serviço 104, embora tenha havido redução no custo, obriga a CRT a possuir uma plataforma para atendimento no 2º nível, com as mesmas despesas realizadas anteriormente à contratação da Atento.

E) A REDUÇÃO DOS PREÇOS PELA BRASIL TELECOM

A resposta apresentada pela CRT sobre a renegociação do contrato com a Atento revela que a CRT obteve as seguintes reduções de preços para os serviços prestados a partir de maio de 2000:

7,5% do valor por minuto;

Desconto de 1% a cada 10% do volume de chamadas ofertadas a maior em relação ao volume de dezembro 1999;

Desconto de 1% referente a item do contrato ainda não atendido.

A CRT ao explicar os objetivos da renegociação diz que "As negociações realizadas com a Atento objetivaram atender o contrato às condições atuais de mercado".

Na reunião entre a ANATEL, o Banco Credit Suisse First Boston Garantia, a TBS Participações S.A. e a Tele Centro Sul Participações S.A., realizada em 09 de junho de 2000, os representantes da Brasil Telecom (TCS) destacaram que um dos itens para fechamento do negócio referia-se aos contratos existentes entre a CRT e as partes relacionadas da Telefônica, neste sentido citou a renegociação do contrato da CRT com a Atento.

A Brasil Telecom definiu premissas para o Ciclo de Planejamento 2001/2003 e estabeleceu duas alternativas para o "call center", sendo que na primeira a CRT estabelecerá estrutura própria e na outra manteria a terceirização, confirmando tratar-se de matéria em discussão dentro da própria empresa.

QUESTÃO Nº 14

Pergunta formulada pelo Governo do Estado na AGO de 27/04/2000.

Relacionar os contratos, montantes e empresas ou pessoas físicas contratadas, um a um, de assistência técnica internacional, bem como os montantes pagos e creditados em 1999 a cada empresa ou pessoa.

Perguntas formuladas pelo Governo do Estado em 23/06/2000.

Cópia do contrato firmado com a empresa TS TELEFÔNICA SISTEMAS S/A, a título de assistências técnica internacional, com orçamentos de outros concorrentes, além do Contrato Social e alterações, se houver desta empresa.

Análise da resposta e documentos apresentados pela CRT

Na resposta à questão nº 14, é relacionado o Contrato SSI-DI 0186/98, anexo 8, firmado pela CRT com a empresa TS TELEFÔNICA SISTEMAS S/A, em 3 de agosto de 1998, e respectivo aditivo nº 1, anexo 9, assinado em junho de 1999, a título de assistência técnica internacional.

O capital da empresa TS TELEFÔNICA SISTEMAS S/A, expresso no Contrato Social, anexo 10, é de dez mil ações nominais ao portador, cada uma com valor de dez mil pesetas, numeradas sucessivamente de 1 a 10.000 inclusive, representativas do capital social, e assim subscritas:

T.I. TELEFÔNICA INTERNACIONAL DE ESPAÑA S.A. subscrive nove mil novecentos e noventa e oito ações, numeradas de 1 a 9.998 inclusive;

SR. VICTOR GOYENCHEA FUENTES subscrive uma ação, nº 9.999;

SR. LUIZ EUGÊNIO REDONET DE LA VEGA subscrive uma ação, nº 10.000.

Conforme a justificativa apresentada, a CRT não efetuou levantamento de preços de mercado, uma vez que "a referida empresa já vinha executando trabalhos de adequação de "hardware" e "software" em outras Companhias controladas pela Telefônica, objetivando evitar problemas na virada do milênio".

Esta empresa é integrante do grupo Telefônica, ao qual pertence a CRT, tendo recebido, no ano de 1999, a importância de R\$ 2.852.110,66 a título de assistência técnica internacional.

Na justificativa de provisão de prêmio de "contrato de gestão", a CRT considera o pagamento a título de prestação de serviço de gerência e reporta-se ao contrato de concessão do serviço telefônico fixo comutado local/longa distância nacional (PB06/SPB nº 07/98 e 84/98 — ANATEL), anexo 11, celebrado entre a ANATEL e a CRT em 02/06/98. No capítulo XV, cláusula 15.1, item XXXIII, é estabelecido que:

"XXXIII - não despende com contratos de serviços de gerência, inclusive assistência técnica, com entidades estrangeiras, em relação à receita anual do Serviço Telefônico Fixo Comutado, líquida de impostos e contribuições, valores superiores a:

1% (um por cento) ao ano, até 31/12/2000;

0,5% (zero vírgula cinco por cento) ao ano, de 01/01/2001 a 31/12/2002; e

0,2% (zero vírgula dois por cento) ao ano, a partir de 01/01/2003;"

Na Demonstração de Resultados do Exercício, publicada em conjunto com as Demonstrações Financeiras da CRT no ano de 1999, a receita líquida dos serviços totalizou R\$ 1.149.239 mil (um bilhão, cento e quarenta e nove milhões e duzentos e

trinta e nove mil reais) e a provisão para prêmio de contrato de gestão atingiu o montante de R\$ 11.492 mil (onze milhões e quatrocentos e noventa e dois mil reais), ou seja, exatamente 1% (um por cento) da Receita Líquida dos serviços.

Constata-se dessa forma, somados os montantes pagos a título de remuneração do contrato de gestão e de remuneração do contrato de assistência técnica internacional, o pagamento indevido de R\$ 2.852 mil (dois milhões, oitocentos e cinquenta e dois mil reais) e, conseqüentemente, o descumprimento à cláusula 15.1, item XXXIII, dos Contratos de Concessão firmado pela CRT e ANATEL. Configura-se, também, infração ao artigo 156, parágrafo 1º da Lei 6.457/94, que regula as Sociedades Anônimas."

Por outro lado, importante destacar que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE -, quando da análise do Ato de Concentração nº 53500.002126/98, em 24 de fevereiro de 1999, em que figuravam como requerentes a Tele Brasil Sul Participações S/A (TBS) e a TELESP Participações S/A, motivado pela aquisição do controle acionário da TELESP pela TBS, já manifestara que, com tal aquisição, configurava-se imperativo o cumprimento do disposto no art. 14 do Plano Geral de Outorgas, o que deveria ser fiscalizado pela ANATEL. Veja-se passagem do Relatório:

"A Procuradoria-Geral do CADE manifestou preocupação com a existência de participações cruzadas da Telefônica Internacional S/A em outras empresas de telefonia e salientou que a ANATEL deverá zelar pelo cumprimento do art. 14 do Plano Geral de Outorgas. Sugeriu, por fim, a aprovação sem restrições da operação, submetida ao CADE por força do art. 7º, § 1º da Lei 9.472/97, c/c o art. 54, § 3º da Lei 8.884/94, e ressaltou que 'Trata-se de operação *sui generis* que abriga peculiaridades, devendo ser analisada no contexto de transformação por que passa o país, não se adstringindo aos dispositivos anunciados. Esta deve ser analisada como uma etapa, inicial, que não esgota o controle dos órgãos na tutela dos direitos da coletividade".

E, na parte final do voto do referido Ato, assim consta:

"A operação em tela não gera, pois, modificação no grau de concentração existente no mercado relevante e foi submetida ao CADE com base no art. 7º, § 1º da Lei 9.472/97 c/c art. 54, § 3º da Lei 8.884/94. Entendo, então, que a aquisição da holding Telesp Participações S/A pela Tele Brasil Sul Participações S/A não é, por si só, capaz de 'limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercado relevantes de bens ou serviços', na forma do *caput* do art. 54 da Lei 8.884/94. Voto, portanto, como sugeriram a ANATEL e a Procuradoria-Geral do CADE, pela aprovação da operação sem restrições, com a observação de que, tendo em vista a existência de participações cruzadas, deve ser ressaltada à ANATEL a importância do cumprimento da obrigação legal contida no artigo 14 do Plano Geral de Outorgas (Decreto nº 2.534, de 02 de abril de 1998)." (grifou-se).

Além disso, expirado o prazo legal de 18 meses sem que a TBS tivesse transferido o controle da CRT à outra empresa, o que ocorreu em 4 de fevereiro de 2000, impunha-se à ANATEL - como dever legal - decretar a intervenção na concessionária, afastando a TBS da direção da CRT e tomando para si a administração da Companhia,

enquanto procederia a processo administrativo que apuraria as infrações. Entretanto, não foi isso que fez a Agência Reguladora: entendeu de tão-somente suspender o direito de voto da TBS, determinando que "os demais acionistas da CRT adotem, a partir de 5 de fevereiro de 2000, as medidas necessárias para assegurar a continuidade da prestação dos serviços concedidos, o curso regular dos negócios e o normal funcionamento da concessionária" (conforme art. 60 do Ato nº 6.196, de 1º/02/00). T tamanha omissão diante de ameaça ao interesse público não encontra justificativa.

Data *venia*, mas a ANATEL, ao assim proceder, não exerceu seus deveres legais como agência reguladora que é, pois, expirado o prazo legal de 18 meses para a transferência do controle da CRT, ao invés de decretar a intervenção na concessionária e instaurar o devido processo administrativo para apurar as infrações, deixou que os acionistas minoritários tomassem conta da concessionária de serviço público, em procedimento totalmente temerário ao interesse público, aos interesses dos usuários da telefonia.

Com efeito, mais temerário se mostra o procedimento da ANATEL quando se verifica que o acionista minoritário que passou a administrar a CRT - a Telecentro Sul (TCS), hoje renomeada de Brasil Telecom - é exatamente a empresa que pretende comprar a companhia da TBS! Ora, é evidente que os interesses da empresa compradora são conflitantes com os interesses da empresa a ser vendida, pois o interesse do empresário que vai adquirir o bem é que o valor de tal bem seja o mais baixo possível. Portanto, deixar que a TCS (Brasil Telecom) administrasse a CRT, quando era a única empresa de telefonia que estava negociando com a TBS a compra da concessionária, é procedimento totalmente condenável, que lesa os interesses dos usuários de telefones, pois toda a má gestão da concessionária acaba por prejudicar aos usuários.

Aliás, a administração da companhia por quem tenha interesse conflitante com a mesma é vedada pela Lei das Sociedades Anônimas, conforme art. 156.

O que se evidencia, portanto, é que a Agência de Regulação não zelou pelo interesse público conforme lhe determinava a lei, agindo em desacordo com as normas, violando o princípio da indisponibilidade do interesse público. A propósito do referido princípio, vale citar os ensinamentos de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

"A indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público - não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los - o que é também um dever - na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.

É sempre oportuno lembrar a magistral lição de Cirne Lima a propósito da relação de administração. Explica o ilustrado mestre que esta é a 'relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente'. Nela não há apenas um poder em relação a um objeto, mas, sobretudo, um dever, cingindo o administrador ao cumprimento da finalidade, que lhe serve de parâmetro.

(...)

Em suma, o necessário - parece-nos - é encarecer que na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a

que estão adstritos. E a ordem legal que dispõe sobre ela.

(...)

As pessoas exclusivamente administrativas, autarquias, tal como as demais pessoas da administração indireta ou fundacional, precisamente em razão do fato de assim se qualificarem, são entidades servientes. Isto significa que, por serem pessoas, podem - ao contrário da Administração - titular interesses públicos, mas, apenas, na condição de servas de uma vontade anterior, jungidas ao cumprimento exato dos fins que aquela vontade, por lei, lhes assinalou.

Sendo pessoas administrativas, sua província é a da relação de administração e, por isso mesmo, estão adstritas ao cumprimento de uma finalidade. Ainda aí, é o dever, a finalidade e não a vontade, que comandam sua ação. Não dispõem a seu talante sobre os interesses públicos; não os comandam com sua vontade; apenas cumprem, ainda quando o fazem discricionariamente, em muitos casos, a vontade da lei. Esta, em toda e qualquer hipótese, lhes serve de norte, de parâmetros e de legitimação.

As pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso a Administração e suas pessoas auxiliares têm caráter meramente instrumental". (In Curso de Direito Administrativo, ed. Malheiros, 6ª ed., 1995, pp. 23/24).

Ora, in casu, a ANATEL não pautou seu procedimento no exato cumprimento da lei, não agiu como "serva de uma vontade anterior" (do legislador), como dito pelo insigne administrativista acima citado, mas procedeu de maneira diversa daquela que lhe determinava a lei.

Com efeito. A curadoria do interesse público na espécie impunha à Agência Reguladora fazer cumprir exatamente o que dispõem as normas aplicáveis: primeiro, velar para que a TBS deixasse de ser controladora da CRT, no prazo de 18 meses da aquisição pela empresa do controle acionário da TELESP, conforme determinado pelo Plano Geral de Outorgas. Depois, escoado tal prazo sem a transferência do controle da CRT, incumbia-lhe decretar a intervenção na companhia, ao tempo em que apuraria a infração cometida pela controladora, decretando a caducidade da concessão e abrindo novo certame licitatório. Assim teria zelado pelo interesse público, resguardando o direito dos usuários da telefonia fixa à universalidade, à continuidade, à eficiência do serviço público de telecomunicações, bem como impedindo a concretização de monopólio e a concentração econômica.

O procedimento da ANATEL, contudo, afasta-se da concretização do interesse público e reveste-se de desvio de finalidade. O que se vê claramente da análise de todo o desdobramento dos fatos que foram-se desenrolando desde que a TBS adquiriu o controle da TELESP e, portanto, deveria vender o controle acionário da CRT, é que a Agência de Regulação dos Serviços de Telecomunicações agiu como intermediária em um negócio que foi-se entabulando entre duas grandes empresas multinacionais de telecomunicações - a Telefônica de Espanha (TBS) e a Telecom (TCS), agindo como se fora uma corretora intermediando interesses privados!

A respeito do desvio de finalidade, leciona SEABRA FAGUNDES:

"A atividade administrativa sendo condicionada, pela lei, à obtenção de determinadas consequências, não pode o administrador, ao exercê-la, ensejar consequências diversas das visadas pelo legislador. Os atos administrativos devem procurar atingir as consequências que a lei teve em vista quando autorizou a sua prática, sob pena de nulidade. Tratando, por exemplo, de desapropriação, a Carta Constitucional a permite para atender a interesse social e a necessidade ou utilidade pública. Decretada a expropriação de um imóvel no interesse direto de pessoa privada, o ato será inválido por falta de finalidade legal. Terá havido aí desvio de finalidade, ou seja, o que os franceses denominam *détournement de pouvoir*. A lei previu que o ato fosse praticado visando a certa finalidade, mas a autoridade o praticou com finalidade diversa. Houve uma burla da intenção legal. A autoridade agiu contrariando o espírito da lei. Não importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja moralmente lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será inválido, por divergir da orientação legal". (In O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, ed. Saraiva, 1984, pp. 61/63).

A intervenção agora decretada afigura-se, pois, tardia. Já em 4 de fevereiro, quando evidenciado que a TBS não transferira o serviço para outra empresa, deveria ter a ANATEL decretado a intervenção. Mas, agora editado o ato, mister que se impeçam novos procedimentos temerários por parte da Agência Reguladora, os quais, ao fim e ao cabo, estão prejudicando os direitos do povo gaúcho a gozar de um serviço eficiente de telefonia.

Neste sentido, não é possível admitir-se que a intervenção agora decretada, e que tem o prazo legal de 180 dias, seja levantada, nos termos do art. 70 do Ato nº 9.607, de 20/06/00, "desde que cessados os motivos que a determinaram". Considerando o procedimento que até agora adota a ANATEL, a simples realização do negócio entre a TBS e a possível compradora - Brasil Telecom (antiga Tele Centro Sul) seria razão suficiente para levantar-se a intervenção, o que não se pode admitir, diante das graves violações até agora perpetradas. Afinal, se efetivada a alienação, que sentido teria concluir-se o procedimento instaurado que pode culminar com a caducidade da concessão??? Levantar-se intervenção e permitir-se a alienação antes de concluir-se o aludido procedimento seria, desde já, afastar-se a possibilidade de decretar-se a caducidade, penalidade que, salvo melhor juízo, aplica-se na espécie. Impende que a intervenção prossiga enquanto se desenrola o Procedimento Administrativo de Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO) nº 535000008242000, instaurado para apurar infrações por descumprimento de determinações da ANATEL, pela violação aos prazos já mencionados para transferência da concessão, e que poderá levar à decretação de caducidade da concessão.

A intervenção deve durar enquanto perdurar a apuração das infrações que está sendo efetivada através do PADO antes citado, o qual poderá ter dois desfechos: (a) concluir pela caducidade da concessão, eis que comprovada a infração à normas legais que determinam a transferência da concessão à concessionária que explore o serviço em outra região; (b) concluir que não é caso de decretar a caducidade, se a concessionária provar alguma causa que afaste o dever que tinha de operar aquela transferência.

Entretanto, não é este o procedimento que será adotado pela ANATEL, que admite levantar a intervenção se houver acerto na compra da CRT entre a TBS e a Brasil Telecom. E o que demonstra a declaração do Interventor nomeado pela ANATEL,

Dr. Ronaldo Rangel de Albuquerque Sá, publicada no jornal Correio do Povo do dia 22/06/00, página central, *verbis*:

"Sá ressaltou que, nesse período, só os consórcios TBS e a Brasil Telecom poderão continuar negociando a venda e compra da CRT. 'A intervenção se restringe à administração da empresa, não interferindo nos acordos e negócios entre as partes', declarou. De acordo com ele, mesmo que a Anatel aprove um futuro negócio e suspenda a intervenção, a auditoria será mantida. Por outro lado, se o negócio não for fechado em 180 dias, a concessão deve ser retomada".

Importante que se ressalte que, de acordo com a Lei nº 9.472/97, a decretação de caducidade da concessão é ato vinculado, devendo haver a decretação desde que ocorrida alguma das hipóteses legais, dentre as quais está o descumprimento do compromisso de transferência. A conclusão exsurge da própria norma legal, que diz: "a caducidade da concessão será decretada pela Agência nas hipóteses: III — de não-cumprimento do compromisso de transferência a que se refere o artigo 87 desta Lei". No mesmo sentido dispõe a cláusula 26.1 do contrato de concessão: "considerar-se-á extinto o contrato de concessão nas seguintes hipóteses: III — caducidade, nos termos do artigo 114 da Lei nº 9.472, de 1997, e no presente contrato". E tal poder é vinculado, sobretudo pela necessidade de tutelar um valor constitucional, a repressão ao abuso do poder econômico, caracterizada, *in casu*, pela dominação do mercado (CF, art. 173, § 4º).

A propósito do poder vinculado, leciona MARCELLO CAETANO:

"Os poderes que integram a competência devem ser exercidos sempre que os interesses servidos o imponham. Por isso alguns lhes chamam poderes-deveres.

Mas, umas vezes, a lei ou os estatutos regulam as circunstâncias em que o órgão deve exercer o poder que lhe está confiado, impondo-lhe que atue sempre que concorram essas circunstâncias, e determinam o modo de atuar e o conteúdo do ato.

Outras vezes, a norma deixa ao órgão certa liberdade de apreciação acerca da conveniência e da oportunidade de exercer o poder, e até sobre o modo desse exercício e o conteúdo do ato, permitindo-lhe que escolha uma das várias atitudes ou soluções que os termos da lei admitem. Isso porque o legislador entende que se entra numa zona que pericla preferentemente, ou até exclusivamente, a uma função que não é jurídica e sim política ou técnica.

No primeiro caso o poder funcional está vinculado no seu exercício pela norma. No segundo o exercício do poder funcional é discricionário.

O poder é vinculado na medida em que o seu exercício está regulado por lei.

O poder será discricionário quando seu exercício fique entregue ao critério do respectivo titular, deixando-lhe liberdade de escolha do procedimento a adotar em cada caso como mais ajustado à realização do interesse público protegido pela norma que o confere." (In *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, ed. Almedina, Coimbra, Portugal, 1996, pp. 119/120).

Nesse passo, forçoso conduir que, ocorrida a hipótese legal e contratual - de não transferência da concessão pela TBS, no prazo legal, à outra empresa - deverá ser de-

cretada a caducidade da concessão, após regular procedimento administrativo.

Todavia, como se disse, este não é o objetivo da ANATEL. Segundo depoimento do Interventor, publicado no mesmo jornal acima citado, o procedimento administrativo adotado pela Agência pode resultar na aplicação de multas à concessionária. Assim está publicado no referido jornal: "O interventor rechaça a acusação do governo estadual, de que a medida devia ter sido tomada pela ANATEL em fevereiro. 'A lei prevê um tempo para cada coisa', disse, explicando que, embora a ANATEL não tenha tomado uma atitude na época, o esgotamento do primeiro prazo gerou um procedimento administrativo para apuração de falhas cometidas pelo controlador. Em andamento, o processo poder resultar em sanções que vão da multa até R\$ 50 milhões, conforme a gravidade da falha, à extinção da concessão".

Data venia, mas a infração cometida pela TBS não comporta outra penalidade senão a decretação de caducidade da concessão, conforme expressamente previsto na Lei e no contrato. Mais. A negociação entre as empresas gerou um imenso desgaste entre os acionistas da possível compradora, como se demonstrou. Ora, como ficará a empresa e os usuários gaúchos se vier a ser efetivada neste momento a alienação??? Seguirão a mercê da disputa de grupos privados que pouco ou nada se importam com o interesse público.

Tudo, pois, recomenda a conclusão do Procedimento Administrativo já referido, eis que extinta a concessão, deverá ser novamente licitado o serviço de telefonia fixa no Estado.

V- DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO DA LIMINAR:

Dispõe o art. 4º da Lei nº 7.347/85:

"Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico."

Já é assente na doutrina e na jurisprudência pátrias a possibilidade de postular-se medida liminar na própria inicial da ação civil pública. Na espécie, a argumentação acima expendida e os documentos em anexo demonstram, sem dúvida, a aparência do bom direito. O perigo na demora, contudo, também se faz presente. Com efeito. Se não for deferida a medida liminar impedindo a ANATEL de efetuar o levantamento da intervenção antes da conclusão do Processo Administrativo nº 535000008242000, a intervenção poderá ser encerrada antes de apuradas e avaliadas corretamente as faltas dos gestores da CRT, mediante a simples concretização de negócio deveria ter havido já em fevereiro de 2000. A Agência nada poderá fazer quanto à atual situação contábil, financeira e operacional da Companhia, restando mantida a precariedade de investimentos e prestação de serviços aos usuários gaúchos. E esse prejuízo, dizendo respeito a serviço essencial de comunicação, necessário para quase todas as atividades da vida moderna, jamais poderá ser reparado. Vale dizer: levantada a intervenção antes de encerrado o procedimento antes citado o prejuízo será irreparável, pois a empresa que descumpriu a lei corre o risco de não ter nenhuma penalidade, suplantando-se, assim, com a anuência da agência de regulação, o interesse público consubstanciado nas normas em vigor.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior, a atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do profícuo resultado das atividades de cognição e execução, concorrendo, desta forma, para o atingimento do escopo geral da jurisdição (in *Processo Cautelar*, pág. 42). Para o renomado doutrinador, a tutela cautelar, diversamente da tutela de mérito, é, por sua própria natureza, provisória e subsidiária. Corresponde ao direito de provocar a parte o órgão judicial a tomar providências para conservar e assegurar o perigo de prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer, a ação cautelar consiste no direito de "assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil." (págs. 43/44).

O Poder Judiciário, em situação semelhante, tem assegurado liminarmente os direitos dos usuários dos serviços de telefonia:

"Processual. Civil. Constitucional. Ação Civil Pública. Serviços de valor adicionado (serviços telefônicos 0900 e utilidade pública prestados pela TELESP). Serviço. Prestação. Garantia. Matéria de interesse coletivo. Tutela Antecipada. Cabimento. Verossimilhança das alegações. 'Periculum in mora'. Existência. Serviço de informação e utilidade pública. Exceção.

I - A exploração de serviço de telecomunicação, cuja prestação regida pelo regime jurídico público, outorgado mediante concessão, assim como sem caráter de exclusividade, regulada por regramento de competência da União e cujas obrigações de universalização e em continuidade são atribuídas às prestadoras, é, indiscutivelmente, matéria de interesse coletivo.

II - Verossimilhança das alegações caracterizada em razão de ser dever da concessionária de serviço sob o regime jurídico público, quando explorar também o serviço pelo regime privado, a adoção de medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação sob o regime público, assim como dever de assegurar a universalização e continuidade de possibilidade de todos ao referido serviço público, em razão de sua essencialidade (Art. 66 e 82 da Lei 9.472/97).

III - A disponibilidade da denominada linha 0900 ou 900 serviços (dependendo do serviço prestado) importa prejuízo ao interesse coletivo do serviço prestado sob o regime público, em função da universalização e continuidade.

IV - Necessidade de manutenção de serviços de utilidade pública, de interesse da comunidade, cujo conhecimento relativo à existência destes serviços de cunho informativo está restrito àquelas pessoas que têm necessidade de acessá-los.

V - Existência do 'periculum in mora', em razão de que a prestação desordenada dos 'serviços', sob regime privado comprometem aqueles a provocar dano de difícil reparação, não se justificando, entretanto, com relação aos serviços prestados com o caráter de informação e utilidade pública, como o caso da linha 102.

VI - Agravo de instrumento improvido." (AG nº 03082484 - TRF 3ª Região - 3 Turma - j. 12/05/99 - DJU 30/06/99 —Rel Des. Fed. Cecilia Hamati)

Veja-se que na imprensa de hoje foram divulgadas matérias que bem demonstram a ação da ANATEL apenas no sentido de intermediar a venda, o que poderá ocorrer nos próximos, prejudicando sobremaneira o procedimento administrativo instaurado e a apuração das irregularidades aqui denunciadas. Se não for deferida a liminar pleiteada, a presente ação civil pública, voltada a assegurar o cumprimento da lei e a

sustar os prejuízos que vêm sofrendo os usuários gaúchos, poderá ser inócua.

Em conclusão:

1. Por força de lei, o controle acionário da CRT deveria ter sido alienado ainda em 04.02.2000, o que não ocorreu. A ANATEL não cumpriu o que a lei lhe impunha, limitando-se a editar atos totalmente insuficientes ao controle da grave situação da administração da empresa, que ficou totalmente precária;

2. De há muito o serviço de telefonia fixa do Estado apresenta graves problemas, havendo total insatisfação dos usuários gaúchos, fatos sempre informados à ANATEL;

3. Houve prejuízo operacional na CRT, notável queda nos investimentos e problemas com os contratos firmados pela mesma, o que deveria ter sido objeto de auditoria, o que ainda não ocorreu;

4. Mesmo após a intervenção, as ilegalidades perpetradas pela ANATEL prosseguem, eis que o ato traz a possibilidade de seu levantamento antes mesmo da apuração das faltas cometidas pela controlada da CRT, e restou descumprido pelo interventor no seu primeiro dia, quando incentivado o voto da TBS na aprovação das contas;

5. Diante da conduta flagrantemente ilegal da ANATEL, faz-se necessária a intervenção do Poder Judiciário para assegurar o cumprimento da lei, resguardando os interesses dos usuários gaúchos.

ANTE O EXPOSTO, O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL REQUER:

a) o deferimento de medida liminar, para que se suspenda o art. 7º do Ato nº 9.607, determinando-se à agência-ré que se abstenha de encerrar o processo de intervenção antes de concluído o Procedimento Administrativo de Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO) nº 53500008242000, destinado a apurar infrações por descumprimento de determinações da ANATEL, bem como para que seja impedida a vedação da alienação do controle acionário da CRT, enquanto não finalizado tal procedimento;

b) a citação das rés no endereço acima indicado, para que contestem a demanda, querendo, sob as penas da lei;

c) seja oportunizada a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a prova pericial e o depoimento pessoal do representante legal da ré, o que desde já se requer;

d) a procedência da presente ação para (1) determinar-se que a ANATEL se abstenha de levantar a intervenção decretada antes da conclusão do processo administrativo referido na alínea a; (2) decretar-se a nulidade do art. 7º do Ato nº 9.607, que permite à agência o levantamento da intervenção antes do evento mencionado."

IV - DOS EQUÍVOCOS DA DECISÃO AGRAVADA

O *decisum* ferreteado parte de uma premissa equivocada, que é a de que, pelo fato de haver sido entregue à gestão privada a CRT, sua atuação seguiria a lógica do mercado. E a premissa é equivocada pela seguinte razão: é que a prestação dos serviços de telecomunicações, pelo simples fato de estar delegada à empresa privada, não deixa

de ser serviço público. E, como tal, não pode sofrer solução de continuidade. E foi justamente para evitar que, pela privatização, o atendimento a necessidades coletivas dependesse da conveniência e oportunidade do agente econômico privado no tocante à obtenção do lucro, que se criaram as Agências de Regulação. E se existe documentação nos autos reclamação feita pelos Municípios, está, no mínimo, configurada a omissão da ANATEL com relação ao atendimento a estas reclamações, prejudicando a toda uma coletividade, independentemente de raça, cores partidárias, sexo ou idade. O Poder Público, em face dos pedidos que lhe sejam feitos - isto é considerado axiomático desde o *Bill of Rights* da Revolução Gloriosa ocorrida na Inglaterra no século XVII -, não pode se dar ao luxo de ignorá-los. Deve respondê-los, ainda que para os declarar inadmissíveis ou improcedentes, mas jamais ignorá-los, sobretudo quando se trata de apurar a ocorrência de irregularidades na própria prestação do serviço.

A respeito da criação das agências de regulação e suas funções, traz-se à colação o magistério de RICARDO ANTÔNIO LUCAS CAMARGO:

"Um dos argumentos mais fortes contra a privatização tem sido, justamente, que as atividades que se pretenderia entregar à iniciativa privada não poderiam jamais ser exploradas em regime de concorrência, precisamente por serem vitais não só ao funcionamento das atividades econômicas públicas e privadas como um todo como também ao próprio funcionamento da vida em sociedade, cabendo lembrar que o pressuposto da concorrência é a luta entre interesses egoísticos, que procuram obter o máximo proveito da necessidade alheia.

A saída que se encontrou para, ao mesmo tempo em que se entregava a prestação dos serviços públicos à iniciativa privada, através de instrumentos clássicos como os contratos administrativos de concessão ou de permissão de serviços públicos, evitar que a prestação destes serviços à coletividade ficasse à mercê do egoísmo do agente econômico privado foi a criação das Agências de Regulação - estruturadas sob a forma autárquica" (*"Apontamentos sobre a regulação e política econômica: a modernidade medieval. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 37/263-264*).

Na r. decisão que indeferiu a medida liminar postulada, assim aduz a ilustre Magistrada:

"Quanto às irregularidades supostamente cometidas pela TBS, entre as quais se inclui a não-alienação do controle acionário no prazo previsto, efetivamente há fortes indícios, consubstanciados na prova documental trazida aos autos. No entanto, a vedação à transmissão do controle acionário em nada contribui para elucidar tais irregularidades. Caso a empresa as tenha cometido, a melhor solução é seu afastamento definitivo da administração da companhia, afastamento esse que restará perfectibilizado com a alienação do controle acionário. Tal não impedirá a aplicação eventual de penalidades à concessionária (a qual poderá vir a exercer direito de regresso) ou mesmo à TBS. O que se verifica é que não há relação lógica entre a vedação à transmissão do controle acionário e a solução ou penalização das irregularidades porventura perpetradas. Por outro lado, a eventual prática de irregularidades não enseja a manutenção da intervenção da ANATEL na CRT. A intervenção foi decretada para atender a uma situação específica (a não-alienação, no prazo, do controle acionário). É lógico que, uma vez

superada tal situação, a intervenção seja levantada, possibilitando-se ao adquirente do controle da CRT o início de sua gestão."

Com a devida vênia da Magistrada de primeira instância, mas, primeiramente, há que se dizer que a irregularidade cometida pela TBS, consistente em não proceder à alienação do controle acionário da CRT no prazo legal previsto - 18 meses, contados da obtenção da concessão na Região III do Plano Geral de Outorgas, com a assunção da concessão da TELESP -, está provada documentalmente e, aliás, é o fato principal do qual se originam as irregularidades apontadas nesta ação. Este fato, aliás, é público e notório, e contra ele nem os réus insurgem-se - mesmo porque, seria de todo impossível. Portanto, não há fortes indícios com relação a tal irregularidade. Há, isto sim, plena certeza.

Por óbvio que, tendo a empresa controladora da CRT cometido tais irregularidades, a melhor solução - e imperativa, aliás, - e seu afastamento da administração da companhia. Mas este afastamento já houve, ainda que tardiamente, através do ato de intervenção editado pela ANATEL. O que se propugna é que seja mantido o afastamento da TBS da gestão da CRT, mediante a continuidade do processo interventivo, até que se ultimem as apurações das infrações cometidas pela empresa, o que está sendo feito pela ANATEL no PADO nº 535000008242000. A continuidade da intervenção impõe-se como medida necessária a não deixar com que a concessionária fique acéfala, vez que a controladora - TBS - está afastada de sua gestão.

E nesse sentido, mister pedir novamente vênia à ilustre Magistrada de primeira instância para dizer que há, sim, relação lógica entre a vedação da alienação do controle acionário da CRT e a finalização do PADO nº 535000008242000, como explicitado na inicial. Tal relação está em que o desfecho do referido procedimento administrativo pode ser a declaração de caducidade da concessão que se pretende autorizar a transferência. Ora, é evidente, pois, que a conclusão de tal procedimento é prejudicial à autorização que pretende a ANATEL - com a chancela da r. decisão ora agravada - dar à alienação do controle acionário da CRT Estar-se-ia, ao fim e ao cabo, admitindo a possibilidade de operar transferência de concessão extinta, pela aplicação da pena de caducidade, caso tal pena venha a ser aplicada no PADO antes mencionado.

É de se perguntar, aliás, como restaria a situação da empresa adquirente, in casu, a Brasil Telecom, caso viesse ser declarada a caducidade da concessão no procedimento administrativo instaurado para apurar as infrações cometidas. Perderia, a empresa, a concessão do serviço, ensejando a responsabilização da própria ANATEL, que teria autorizado a transferência temerária da concessão, sob a qual pesa o risco de extinção.

E nesse passo, importante ressaltar que a penalidade para a infração cometida pela TBS é, sim, a caducidade. A uma, porque o artigo 114, inciso III da Lei nº 9472/97, prevê seja declarada a caducidade nos casos de não-cumprimento do compromisso de transferência a que se refere o artigo 87 da lei; a duas, porque o contrato de concessão firmado entre a ANATEL e a CRT contém previsão expressa, nas cláusulas 18.1, § 2º, e 26.4, inc. III, de aplicação da pena de caducidade para a hipótese de descumprimento do compromisso de transferência da concessão ou do controle acionário.

Veja-se que a interpretação sistemática da legislação, e mesmo lógica, pertinente às telecomunicações, tendo-se presentes os princípios constitucionais que a informam,

conduz à conclusão de que a mesma penalidade prevista na lei para a infração ao art. 87 - que trata da obrigatoriedade de transferência de concessão obtida por empresa que já preste o mesmo serviço dentro da mesma área, região ou localidade - aplica-se ao descumprimento ao art. 14 do Plano Geral de Outorgas - que trata da obrigatoriedade de transferência de concessão obtida por empresa que preste o mesmo serviço em outra região. Trata-se de suporte fático de mesma natureza e proteção ao mesmo valor jurídico: livre concorrência e impedimento aos monopólios. Portanto, não pode vingar a conclusão exarada na r. decisão agravada de que as disposições do art. 114, que remetem ao art. 87, não se aplicariam ao caso telado porque tratam de hipóteses diversas.

Mas, ainda que assim fosse, seguindo a interpretação dada pela ilustre Magistrada, de que o art. 14 do Plano Geral de Outorgas encontra seu suporte legal no art. 201 da Lei 9472/97, da mesma forma chegar-se-ia à conclusão de que a pena a ser aplicada na espécie é a caducidade.

Com efeito, como reconhecido na própria decisão ora agravada, o art. 173 da Lei 9472/97 prevê a possibilidade da declaração de caducidade quando ocorrida infração à esta lei, às demais normas aplicáveis ou aos deveres decorrentes dos contratos de concessão. E o contrato de concessão firmado entre ANATEL e CRT impôs a caducidade como penalidade ao descumprimento da transferência da concessão, nas cláusulas 18.1 e 26.4. Frise-se que as cláusulas referem-se à toda obrigação de transferência, seja aquela expressamente prevista na Lei 9472/97, art. 87, seja aquela que deflui do art. 14 do PGO e do art. 201 da Lei 9472/97.

A bem da clareza, transcrevem-se as cláusulas citadas:

"Cláusula 18.1 - A transferência da concessão ou do controle, direto ou indireto, da concessionária, só será autorizada pela ANATEL, respeitadas as restrições previstas no Plano Geral de Outorgas, quando:

I - o cessionário preencha todos os requisitos estabelecidos pela ANATEL como necessários ao cumprimento das obrigações previstas neste Contrato; e

II - a medida não prejudique a competição e não coloque em risco a execução do Contrato e as normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 1º As transferências poderão ocorrer em qualquer época com a finalidade de compatibilizar as áreas de atuação das atuais prestadoras com o Plano Geral de Outorgas, nos termos do art. 209 da Lei nº 9.472, de 1997.

§ 2º - O descumprimento de qualquer disposição constante desta cláusula importará na caducidade da presente concessão"

A cláusula 26.4, a seu turno, estabelece:

"Cláusula 26.4 - O presente Contrato poderá ter sua caducidade declarada por ato do Conselho Diretor da ANATEL, precedido de processo administrativo que assegure ampla defesa à Concessionária, nas hipóteses de:

(...)

III - não cumprimento do compromisso de transferência referido na cláusula 18.1 e no art. 87 da Lei nº 9.472, de 1997".

As cláusulas contratuais acima transcritas demonstram que o descumprimento do compromisso de transferência foi eleito no contrato como infração grave, tanto que a pena para seu descumprimento é a caducidade. O contrato, portanto, já valorou a infração, nos limites permitidos pelo art. 176 da Lei 9472/97.

Ademais, o próprio ato da ANATEL que instaurou o procedimento administrativo nº 53500000824000 referia a possibilidade de ser aplicada a caducidade, o que, de resto, encontra previsão no já mencionado art. 173.

Na mesma esteira, a manifestação acostada aos autos pela ANATEL, que, embora negue o caráter vinculado da aplicação da pena de caducidade na espécie, admite expressamente a possibilidade de tal aplicação.

Demonstrada, pois, a relação lógica entre o impedimento da alienação do controle acionário da CRT, o conseqüente impedimento do levantamento da intervenção - porque, do contrário, a concessionária ficaria acéfala - e a conclusão do procedimento administrativo instaurado pela Agência Reguladora para apurar as infrações cometidas pela TBS: o desfecho de tal procedimento poderá ser a declaração de caducidade da concessão, não sendo possível, portanto, autorizar de imediato a transferência de concessão que poderá ser declarada extinta. Recomendável que seja inatida a intervenção, enquanto se ultima tal procedimento administrativo e, caso aplicada a pena de caducidade, proceda-se à nova licitação do serviço de telefonia fixa no Estado.

Por outro lado, não se pode conformar o agravante com a conclusão posta na decisão agravada no sentido de que "no que respeita à atuação da ANATEL, não restou claramente demonstrada a omissão da agência reguladora. Os atos por ela editados foram devidamente motivados. Não cabe ao Poder Judiciário analisar se foram convenientes e oportunos. Os reparos feitos pelo autor a tais atos são todos calcados em fatores de conveniência e oportunidade. No entanto, ainda que se ingressasse nessa seara, verificar-se-ia que os referidos atos procuraram atender da melhor forma possível à situação que se apresentava."

Data venia, mas é preciso ir mais longe na análise do procedimento adotado pela ANATEL ao longo de todo este período, desde que a TBS adquiriu o controle da TELESP em 04 de agosto de 1998, data a partir da qual começou a correr o prazo de 18 meses para que a empresa deixasse de ser controladora da CRT. A análise meramente formal da conduta da ANATEL, tal como parece ter sido procedida pela decisão agravada, pode conduzir, como conduziu a Magistrada, à conclusão equivocada de que não houve comportamento omissivo da Agência Reguladora, que bem teria agido no caso em tela.

Todavia, assim não é. Resta evidente do exame do procedimento tímido adotado pela ANATEL na condução deste processo, que houve, sim, omissão da Agência Reguladora, a quem competiria agir com rigor e de forma positiva no sentido de assegurar que as normas postas na Lei de Telecomunicações - normas de ordem pública, diga-se de passagem -, as quais vedam haja concentração econômica, abuso do poder econômico, prejuízo à continuidade e eficiência do serviço público, fossem perfeitamente cumpridas pela empresa concessionária, que, apesar de ser uma empresa privada, está amplamente sujeita aos controles e fiscalizações do Poder Público, porque prestadora de um serviço público.

Com efeito, da leitura do Ato nº 9.607, de 20 de junho de 2000, evidencia-se que a ANATEL decretou intervenção na CRT em razão das faltas graves perpetradas pela concessionária - TBS -, a qual, inclusive, já estava com seus direitos de voto e de veto suspensos desde 5 de fevereiro de 2000, quando, através do Ato nº 6.196, de 1º de fevereiro de 2000, foi-lhe vedada a participação na gestão ou operação da CRT, em razão do descumprimento do Plano Geral de Outorgas - Decreto nº 2.534, de 2 de abril

de 1998, art. 14. Determinou, ainda, que a TBS depositasse em fundo fideicomisso as ações com direito a voto, no prazo de 45 dias, a contar de 5/02/00. A seguir, em 17/03/00, a ANATEL editou o Ato nº 7066, determinando que o fundo fideicomisso seria constituído com a finalidade de alienar as ações detidas pela Tele Brasil Sul Participações S.A (TBS), na Companhia Riograndense de Telecomunicações S. A (CRT), fixando o prazo de até noventa dias para tal alienação, contado a partir de 21 de março de 2000, expirando-se, portanto, em 18 de junho de 2000. Estes dois últimos atos editados pela ANATEL são consequência do descumprimento, por parte da TBS, das disposições contidas no Ato nº 672, expedido pela ANATEL em 03 de agosto de 1998, o qual, com esteio no Plano Geral de Outorgas, art. 14, fixava o prazo de até dezoito meses, contados a partir de 04 de agosto de 1998, para que a TeleBrasil Sul Participações S/A deixasse de ser controladora, controlada ou coligada de concessionária de STFC em outra região do Plano Geral de Outorgas.

Da simples análise dos atos editados pela ANATEL percebe-se claramente que a Agência agiu sem o rigor necessário diante dos fatos que se desenrolavam, procedendo em desacordo com a Lei nº 9.472/97 e com o Plano Geral de Outorgas. Nada fez para assegurar que a empresa mantivesse seus investimentos e a correta administração, mesmo diante da iminência da alienação de seu controle acionário.

Além disso, expirado o prazo legal de 18 meses sem que a TBS tivesse transferido o controle da CRT à outra empresa, o que ocorreu em 4 de fevereiro de 2000, impunha-se à ANATEL - como dever legal - decretar a intervenção na concessionária, afastando a TBS da direção da CRT e tomando para si a administração da Companhia, enquanto procederia a processo administrativo que apuraria as infrações. Entretanto, não foi isso que fez a Agência Reguladora: entendeu de tão-somente suspender o direito de voto da TBS, determinando que os demais acionistas da CRT adotem, a partir de 5 de fevereiro de 2000, as medidas necessárias para assegurar a continuidade da prestação dos serviços concedidos, o curso regular dos negócios e o normal funcionamento da concessionária" (conforme art. 6º do Ato nº 6.196, de 1º/02/00). Tanta omissão diante de ameaça ao interesse público não encontra justificativa.

Data venia, mas a ANATEL, ao assim proceder, não exerceu seus deveres legais como agência reguladora que é, pois, expirado o prazo legal de 18 meses para a transferência do controle da CRT, ao invés de decretar a intervenção na concessionária e instaurar o devido processo administrativo para apurar as infrações, deixou que os acionistas minoritários tomassem conta da concessionária de serviço público, em procedimento totalmente temerário ao interesse público, aos interesses dos usuários da telefonia.

Poderia a Agência ter assim procedido, sob o manto do poder discricionário? A resposta é negativa. Na espécie, a única alternativa que se afigurava viável legalmente era a decretação de intervenção na companhia, já naquela data em que se concretizou a violação ao prazo de 18 meses para transferência da concessão. E isto por dois motivos: (a) porque o Plano Geral de Outorgas, em seu art. 14, é peremptório ao determinar que "a obtenção de concessão em determinada Região por empresa já concessionária do serviço a que se refere o artigo 1º, sua coligada, controlada ou controladora implicará a obrigatória transferência a outrem, de contrato de concessão detida em outra Região, no prazo máximo de dezoito meses, contado da data de obtenção da concessão; (b) porque a "solução" encontrada pela ANATEL, de deixar que o maior dentre os

acionistas minoritários gerisse a companhia, em razão do afastamento da TBS, com a suspensão de seus direitos de voto e veto, configura-se ilegal, porquanto o acionista minoritário que assumiu a direção da concessionária é exatamente a empresa Brasil Telecom, única interessada na compra do controle acionário.

Com relação ao item "a" acima destacado, ressalta da norma que, vencido o prazo de 18 meses, não há mais a faculdade de transferir a concessão. Se a controladora não o fez durante o prazo legal, assumindo o risco daí advindo, deve agora suportar a sanção para o descumprimento legal em que incidiu. Portanto, expirado o prazo de 18 meses não cabia à ANATEL apenas afastar a TBS da gestão da CRT, dando prazo para que a mesma operasse a transferência do controle acionário da empresa concessionária, pois o prazo para fazê-lo expirou. Não há, pois, já por este prisma, legalidade no ato da Agência Reguladora.

No caso concreto, parece ser a decisão agravada que utiliza critérios de conveniência e oportunidade para afirmar que o melhor, a este ponto, seria a alienação, quando, como se viu, o prazo para tanto já decorreu e a lei prevê penalidades a serem aplicadas. Se a ANATEL pretende desautorizar-se totalmente, deixando de cumprir os deveres que a lei lhe impõe, certamente com isso não pode concordar o Poder Judiciário. Caso contrário, chegar-se-á à conclusão de que as normas legais de ordem pública podem ser descumpridas em razão da realização de negócios entre particulares.

De outra banda, no tocante ao item "b" antes ressaltado, é evidente que os interesses da empresa compradora são conflitantes com os interesses da empresa a ser vendida, pois o interesse do empresário que vai adquirir o bem é que o valor de tal bem seja o mais baixo possível. Portanto, deixar que a TCS (Brasil Telecom) administrasse a CRT, quando era a única empresa de telefonia que estava negociando com a TBS a compra da concessionária, é procedimento totalmente condenável, que lesa os interesses dos usuários de telefones, pois toda a má gestão da concessionária acaba por prejudicar aos usuários. É procedimento ilegal, porque expressamente vedado pelo artigo 156 da Lei das Sociedades Anônimas, que dispõe:

"Art. 156 - É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do Conselho de Administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse.

§ 1º - Ainda que observado o disposto neste artigo, o administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis ou equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros.

§ 2º O negócio contratado com infração do disposto no § 1º é anulável, e o administrador interessado será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que dele tiver auferido".

Logo, não pode prevalecer o entendimento esposado na decisão agravada, de que "o que se verifica é que a ANATEL, na condição de agência reguladora, tendo que zelar pela prestação dos serviços públicos em meio a um emaranhado de interesses privados, editou os atos que entendeu cabíveis, e que, ao menos em sede de cognição sumária, apresentam-se perfeitos do ponto de vista da legalidade."

Os atos da ANATEL não se apresentam perfeitos do ponto de vista da legalidade. Como aduzido acima, deixar que a empresa pretendente à compra do controle

acionário da CRT gerisse a empresa concessionária não se afigura como ato legal, também não sendo legal protelar o prazo de 18 meses para a transferência do controle.

Como dito na decisão agravada (passagem acima transcrita), a ANATEL viu-se envolvida em meio a um emaranhado de interesses privados e, ao que se evidencia, não soube dele desvencilhar-se a contento, quer dizer, de acordo com o que manda a lei.

O procedimento da ANATEL, portanto, afasta-se da concretização do interesse público e reveste-se de desvio de finalidade. O que se vê claramente da análise de todo o desdobramento dos fatos que foram-se desenrolando desde que a TBS adquiriu o controle da TELESP e, portanto, deveria vender o controle acionário da CRT, é que a Agência de Regulação dos Serviços de Telecomunicações agiu como intermediária em um negócio que foi-se entabulando entre duas grandes empresas multinacionais de telecomunicações - a Telefônica de Espanha (TBS) e a Telecom (TCS), agindo como se fora uma corretora intermediando interesses privados!

Portanto, e com a devida *venia* da ilustrada Magistrada, a leitura da lei e do contrato e, bem assim, o diagnóstico de reclamações dos usuários demonstram a omissão da ANATEL, o que autoriza, obviamente, a intervenção do Poder Judiciário para garantir o cumprimento da lei. E nem se diga que o prazo marcado para a venda autorizava a empresa a investir menos, como referiu a MM. Juíza, *verbis*: "Tendo dezoito meses para desfazer-se do controle acionário da CRT, evidentemente a empresa então controladora não investiria na mesma intensidade do que o faria caso tivesse a perspectiva de manter a concessão". Ao contrário. A TBS tinha ciência das normas legais quando adquiriu a TELESP e o usuário gaúcho não pode arcar com as consequências negativas da opção de determinada empresa. Seria uma total inversão de valores!!! A circunstância de ser a CRT, alegadamente a empresa que cumpriu a maior parte das metas estipuladas pela ANATEL, só comprova os seguintes fatos: (a) efetivamente assiste razão aos usuários gaúchos em suas reclamações, já que as metas não foram atingidas; (b) efetivamente, a ANATEL não vem cumprindo adequadamente o papel de reguladora.

Ao contrário do que afirmado pela r. decisão agravada, o que se discute nestes autos não é conveniência e oportunidade: é a agressão real à Lei de Telecomunicações e ao art. 173, par. 4º da Constituição Federal de 1988.

E com a devida *venia* da ilustrada Magistrada, o levantamento da intervenção após a alienação do controle acionário afasta, desde já, qualquer possibilidade de decretação de caducidade, pois se estará permitindo a transferência da concessão, que então será fato consumado. Mesmo que se admita a possibilidade de a ANATEL, após a alienação, vir a decretar a caducidade, tudo recomenda seja impedida a alienação e mantida a intervenção de modo a que não sejam prejudicados direitos de terceiros envolvidos na negociação, que poderão estar adquirindo concessão já extinta.

A simples alienação do controle acionário não representa solução imediata para os problemas da CRT, como afirmado no *decisum*. Diante das graves faltas na gestão da empresa e, ainda, a convivência dos prováveis adquirentes, não se pode afirmar, *a priori*, que sua alienação, a esta altura, seja a melhor solução, até porque, em muito dificultará a apuração das irregularidades.

Este, aliás, o interesse primordialmente defendido pelo Estado que não pode submeter-se aos interesses privados. O diagnóstico juntado, que demonstra a ineficiên-

cia dos serviços prestados nos Municípios e os problemas na gestão da empresa, ambos sem qualquer importância, ao que parece, para a r. decisão ora hostilizada, bem demonstram que, na espécie, a aplicação de simples multa pode ser ineficaz. Mas, ao contrário da decisão agravada, o Estado não quer fazer juízo de conveniência e oportunidade dos atos da ANATEL. Apenas pretende que o procedimento administrativo nº 53500000824000 tenha consequência e conclusão que pode, ou não, ser a caducidade.

Aliás, contrariamente ao afirmado na decisão, todas as divergências havidas no âmbito dos controladores da empresa CRT e dos possíveis adquirentes podem e devem ser objeto de investigação no aludido Procedimento, destinado a apurar as razões da não alienação oportuna. De outra parte, afirmar que as divergências no âmbito dos acionistas da empresa não afetaram a sua gestão é ignorar os fatos trazidos e demonstrados.

Resta indubitavelmente demonstrado, pois, o requisito da aparência do bom direito. Também o perigo da demora mostra-se evidente e a cada dia mais se agrava.

Se não for deferida a medida liminar impedindo a ANATEL de efetuar o levantamento da intervenção antes da conclusão do Processo Administrativo nº 535000008242000, a intervenção poderá ser encerrada antes de apuradas e avaliadas corretamente as faltas dos gestores da CRT, mediante a simples concretização de negócio que deveria ter havido no máximo até fevereiro de 2000. A Agência nada poderá fazer quanto à atual situação contábil, financeira e operacional da Companhia, restando mantida a precariedade de investimentos e prestação de serviços aos usuários gaúchos. E esse prejuízo, dizendo respeito a serviço essencial de comunicação, necessário para quase todas as atividades da vida moderna, jamais poderá ser reparado. Vale dizer: levantada a intervenção antes de encerrado o procedimento supracitado, o prejuízo será irreparável, pois a empresa que descumpriu a lei corre o risco de não ter nenhuma penalidade, suplantando-se, assim, com a anuência da agência de regulação, o interesse público consubstanciado nas normas em vigor.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior, a atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do profícuo resultado das atividades de cognição e execução, concorrendo, desta forma, para o atingimento do escopo geral da jurisdição (in *Processo Cautelar*, pág. 42). Para o renomado doutrinador, a tutela cautelar, diversamente da tutela de mérito é, por sua própria natureza, provisória e subsidiária. Corresponde ao direito de provocar a parte o órgão judicial a tomar providências para conservar e assegurar o perigo de prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer, a ação cautelar consiste no direito de "assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil." (págs. 43/44).

Veja-se que foram várias matérias na imprensa que bem demonstram a ação da ANATEL apenas no sentido de intermediar a venda, no que terminou por ser exitosa, tanto que o negócio será fechado nos próximos dias, como é fato público e notório, prejudicando sobremaneira o procedimento administrativo instaurado e a apuração das irregularidades aqui denunciadas. Se não for deferida a liminar pleiteada, a presente ação civil pública, voltada a assegurar o cumprimento da lei e a sustar os prejuízos que vêm sofrendo os usuários gaúchos, poderá ser inócua. Com efeito. Uma vez efetuada a venda e levantada a intervenção, contrariamente ao que consta na decisão

agravada, o procedimento terá maior dificuldade para ser instruído e, ainda, *a priori*, estar-se-á descartando uma das penalidades, qual seja, a caducidade, o que se mostra notoriamente ilegal.

Não pretende o ente público estadual que se decreta, desde já, a caducidade. E nem poderia fazê-lo. Apenas postula a conclusão regular de procedimento administrativo que poderá concluir pela aplicação de tal penalidade. Todavia, diante dos desmandos e da redução dos serviços, é forçoso concluir-se que a realização de um certame licitatório com a eleição de um investidor idôneo oxigenará a empresa. E a alienação do controle acionário, feita totalmente a destempo, seguida do levantamento da intervenção, representa a inviabilidade total da aplicação de tal penalidade, antes mesmo de concluído o procedimento administrativo destinado a apurar seu cabimento, o que não pode ser admitido diante das normas legais mencionadas na inicial que foram solenemente descumpridas pela ANATEL e pela TBS. Como bem fundamentado pelo Juízo de plantão:

"A alienação do controle acionário, contudo, conquanto possa ser anulada por decisão judicial, implica em uma modificação do estado de fato difícil de ser alterada, seja do ponto de vista jurídico, seja pela possibilidade de implicar prejuízos a terceiros de boa-fé."

Não permitida a alienação, a manutenção da intervenção é medida que se impõe para a continuidade da administração da empresa, eis que a atual controladora da CRT está afastada da gerência dos negócios, por ato da ANATEL. Fosse levantada a intervenção, a empresa ficaria acéfala. Veja-se que tal medida, a intervenção, em nada prejudica os negócios sociais. Conforme notícia o próprio Interventor, o BNDES aportará recursos de R\$ 170.000.000,00 (cento e setenta milhões de reais). Como se verifica, são recursos públicos que serão investidos na CRT, independentemente de quem detiver seu controle acionário. Não se está aqui, evidentemente, a questionar a privatização havida na empresa. O fato é que a adquirente do controle acionário na CRT, como demonstram os gráficos da inicial, deixou de fazer os investimentos necessários, pois sabia que teria que alienar o controle em prazo já fixado, o que causou enormes prejuízos aos usuários do serviço de telefonia no Estado. Mais. Deixou de cumprir este prazo. Assim, o ente público estadual pede, nesta ação, apenas a aplicação das regras contidas na Lei Geral de Telecomunicações e no Plano Geral de Outorgas, regras estas destinadas a combater o monopólio e garantir a universalização do serviço de telefonia. O que não se pode conceber é a "prévia absolvição" da TBS, olvidando-se todos os problemas havidos na sua administração que causaram enormes prejuízos aos usuários gaúchos e, muito menos, que ignorou totalmente as regras legais a que estava submetida. Tenha-se presente que o ente público estadual, desde 1999, vem alertando a ANATEL acerca da precariedade do serviço de telefonia fixa no Estado, baseado em diagnóstico feito juntamente com associações de Municípios. Também fez alertas quanto aos equívocos da agência de regulação na condução do processo de transferência do controle acionário. Tudo em vão. Nenhuma outra alternativa restou que não o ajuizamento desta demanda no intuito de ver aplicada a lei, a não ser que se consagre a ANATEL apenas e unicamente como intermediadora de interesses privados!!!

As notícias publicadas na imprensa de hoje informam que a alienação poderá ser concretizada. É imperioso, pois, o deferimento da liminar para impedir-se a alienação do controle acionário da CRT ou sustar os seus efeitos, caso já se tenha concretiza-

do, e o levantamento da intervenção enquanto não concluído o procedimento administrativo destinado à apuração da falta grave cometida pela TBS, cuja conclusão, nos termos da lei que regula a matéria e das cláusulas do contrato de concessão, aponta para a caducidade da concessão. Se indeferida a liminar, poderá restar concluída a negociação e levantada a intervenção sem a aplicação de qualquer penalidade ao controlador e sem a adequada apuração das faltas perpetradas pelos controladores da CRT, que causaram enormes prejuízos aos usuários do serviço de telefonia fixa no Estado do Rio Grande do Sul.

V - DO PEDIDO

ANTE O EXPOSTO, O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL REQUER:

a) o recebimento do presente agravo de instrumento e, com fundamento no art. 558 do CPC, o deferimento da liminar pleiteada para impedir-se a alienação do controle acionário ou sustar os seus efeitos, caso já se tenha concretizado, e impedir o levantamento da intervenção enquanto não concluído o procedimento administrativo nº 535000008242000, instaurado pela ANATEL;

b) a intimação do Ministério Público Federal na forma da lei;

c) ao final, o provimento do presente agravo de instrumento para confirmar-se, na íntegra, a liminar deferida.

Pede Deferimento.

Porto Alegre, 31 de julho de 2000.

Paulo Peretti Torelly
Procurador-Geral do Estado

Márcia Regina Lusa Cadore Weber
Procuradora do Estado
OAB nº 29.266

Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho
Procuradora do Estado
OAB nº 27.799

