Revista de Direito e Administração Municipal

352(816.11)(05)
Rd
v.1
1975

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

SECRETARIA DOS NEGÓCIOS INTERNOS E JURÍDICOS

Revista de Direito e Administração Municipal

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS INTERNOS E JURÍDICOS

REVISTA DE DIREITO
E ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL

MINISTÉRIO PÚBLICO
BIBLIOTECA
380
SÃO PAULO

V. 1
1975
SÃO PAULO

REVISTA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL
São Paulo, Prefeitura do Município — Secretaria dos Negócios Internos e Jurídicos, 1975. v. 1

1. Administração Pública. 2. Direito. I. — Prefeitura do Município — Secretaria dos Negócios Internos e Jurídicos, ed.

CDD 342.066.050
CDU 34:35(05)

APRESENTAÇÃO

Após prolongada e lamentável interrupção, ressurge a Revista de Direito e Administração Municipal. Na fase anterior, a preocupação dos responsáveis pelo periódico foi que refletisse, em toda magnitude, o esforço, a dedicação e a inteligência daqueles que, dentro da estrutura administrativa do município de São Paulo, se dedicavam a tarefas de natureza jurídica. Os responsáveis pelo seu ressurgimento não visam finalidade diferente. Empenham-se também em mostrar, com clareza e precisam, que o nível de cultura e trabalho, alcançado pelas anteriores gerações de procuradores e assessores jurídicos de nossa cidade não sofreu, em momento algum, o mais ligeiro declínio ou arrefecimento. O corpo de juristas a serviço dos órgãos administrativos locais foi sempre, por reconhecimento unânime, dos mais nobres e cultos constituídos em nosso Estado. Esse grupo de servidores soube, de forma exemplar, enfrentar problemas e situações inteiramente novas, buscando para todos eles a justa disciplina normativa. Numa fase em que a cidade se converteu, em período reduzido, em metrópole, e de metrópole se dilatou, quase sem perceber, para atingir a dimensão de uma super-metrópole, ao jurista foi reservado o papel fundamental de criar novas e adequadas normas, estruturando-as em princípios afeiçoados a um mundo em transformação, consoante a percuciente advertência de Forsthoff.

A publicação que a Secretaria de Negócios Internos e Jurídicos tem a honra e a satisfação de ora restaurar, dá bem uma idéia da multiplicidade, riqueza e importância de assuntos que os procuradores municipais têm que enfrentar a cada instante. Também serve

para mostrar que num mundo, que se torna cada vez mais técnico, há sempre um lugar para o jurista, pois sem ele será praticamente impossível construir a cidade em plano verdadeiramente humano.

Uma administração, que se norteie por objetivos humanísticos, como é o caso da atual, não pode prescindir do concurso, do esforço e da inteligência do jurista.

Ao lançar a público este novo número da Revista de Direito e Administração Municipal, a Secretaria de Negócios Internos e Jurídicos se sente no dever de proclamar todas essas qualidades do procurador municipal, refletidas exemplarmente nas páginas que se seguem.

São Paulo, 25 de janeiro de 1975

Theophilo A. S. Cavalcanti Filho

Secretário de Negócios Internos e Jurídicos

SUMÁRIO

Apresentação 3

Atualidades

A companheira vista pela previdência social — **Plínio Clemente Marcatto** 9

Associações de utilidade pública — **Helita Barreira Custódio** 15

Da interpretação das normas de imunidade e isenção no Direito Tributário — **José Eduardo Nogueira Mello** 36

Das terras devolutas — **Cleuzo Peres** 52

Divórcio — **Eduardo Lobo Botelho Gualazzi** 57

Mandado de Segurança — **Nelson de Souza Pannain** .. 66

Padronização dos sistemas de classificação de cargos e de níveis de vencimentos — **Odete Medauar** 79

Pareceres

Tempo de serviço militar em Zona de Guerra — **Adolfo Marcondes do A. Filho** 93

A C.G.T. é uma autarquia — **Luiz Barros de Ulhôa Cintra** 98

Estudante estagiário exerce função pública — **Odete Medauar** 110

Desapropriação de imóvel tombado — **Eduardo Lobo Botelho Gualazzi** 115

Velórios em cemitérios particulares — **Maria do Carmo Pederiva** 125

Responsabilidade pelas multas de trânsito — **Bettino de Deo** 127

Seguro obrigatório nos estacionamentos de veículos — **Sérgio Lazzarini** 136

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Correção monetária. E' inadmissível sem previsão legal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido 141

Segunda Instância

Interdito proibitório. Intimação por parte da Municipalidade para a desocupação de terreno situado na margem do Rio Tietê. Margem de rio navegável. Ausência de ameaça. Improcedência da medida .. 143

Primeira Instância

Funcionário público Reclassificação do cargo em época posterior ao falecimento. Reajuste de pensão devida aos beneficiários. Segurança denegada 144

Desapropriação. Concessionária de serviço público. Cálculo de indenização. Critério de custo histórico. 147

Mandado de Segurança. Impetração contra ato do Diretor do Departamento de Operação do Sistema Viário, DSV. "Writ" preventivo. Violação de direito em tese. Improcedência 152

ATUALIDADES

A COMPANHEIRA VISTA PELA PREVIDÊNCIA SOCIAL

PLINIO CLEMENTE MARCATTO

A realidade de nossos dias, sobretudo no que afeta à Previdência Social, está na dependência de uma legislação liberta da influência de preconceitos e tabus.

Certas entidades, por vezes tidas como das mais avançadas no campo da Previdência Social, têm se descuidado inteiramente do problema "união livre", enquanto que essas uniões aí estão, ao alvedrio do legislador. Com isso, à companheira de contribuinte dessas instituições, nada resta senão fenecer à míngua do que lhe sobrou da união dissolvida, quando não for surpreendida só, na mais completa miséria, sem forças sequer para o ganho de seu próprio sustento.

Melhor sorte teria se o companheiro fosse servidor civil do Estado de São Paulo ou servidor do Município desta Capital, pois o IPESP e o Montepio a amparam em suas respectivas legislações.

O primeiro, isto é, o Instituto de Previdência do Estado de São Paulo, permite a instituição de companheira beneficiária, concorrendo com os demais beneficiários obrigatórios do contribuinte, desde que este seja solteiro, viúvo ou desquitado.

O segundo, ou seja, o Montepio Municipal de São Paulo, por sua vez, desde 1933 que, pelo Ato Municipal 514, de 6 de setembro, admitia a inclusão da companheira como legatária. Embora menor o benefício — de vez que correspondia a 2/3 do valor da pensão a que teria direito o beneficiário obrigatório — e ainda sem se referir especificamente à companheira, o legislador do Montepio, em 1933, foi arrojado e enfrentou o problema que se apresentava. Hoje a legis-

lação da Autarquia coloca a companheira ao lado da viúva, com os mesmos direitos. E' a Lei Municipal 7447, de 16 de abril de 1970, reguladora das pensões do Montepio, que dá guarida a essa categoria de beneficiária, nos seguintes termos:

> Art. 9.o — "São beneficiários obrigatórios, com direito à pensão, observado o disposto nas Seções I e II do Capítulo III:
>
> a) a viúva, ou o viúvo, se este for incapaz ou inválido, inexistindo desquite;
>
> b) a companheira do contribuinte, desde que atendida a exigência do artigo 11;..."

Na mesma linha de conduta das duas instituições citadas, mas com pequenas diferenças, encontram-se o Serviço de Assistência e Seguro Social (SASSE) e a entidade assistencial dos militares. Como se vê, algumas normas previdenciárias asseguram à companheira uma situação assemelhada à da esposa.

A Lei Orgânica da Previdência Social (Lei 3807, de 26 de agosto de 1960) ampara a companheira, mas, para tanto, faz determinadas imposições. Legislação posterior à Lei Orgânica, que deu nova redação ao artigo 11 e seus parágrafo, inovou quando, sem ser casada civilmente, a pessoa é considerada tacitamente beneficiária de pensão, caso tenha se casado segundo o rito religioso que professa.

Nota-se que as várias legislações são discordantes no trato de tão relevante assunto. E se assim é com as normas legais escritas, o que não dizer dos julgados de nossos Tribunais?

Se não há lei de ordem geral que regule a matéria, porquanto as normas estabelecidas pelo Código Civil estão completamente superadas pela evolução dos costumes da sociedade, imagine-se o tumulto das decisões dos Tribunais.

Nesta oportunidade, não poderíamos deixar de fazer referência à Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal que traçou norma sobre dissolução judicial e consequente partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum de casal de fato. A Súmula é vazada nos seguintes termos:

> "Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

Referida norma jurisprudencial teve por alicerce os artigos 1363 e 1366 do Código Civil Brasileiro e artigo 673 do antigo Código de Processo Civil.

Não obstante essa respeitável decisão, a jurisprudência ainda se mantém vacilante. Temos conhecimento de decisões que favorecem a viúva desquitada em prejuízo da companheira. O inverso também é comum.

O insigne Edgard de Moura Bittencourt em sua obra "O Concubinato no Direito" transcreve um trecho do recurso impetrado perante o antigo Conselho Nacional do Trabalho, pelo advogado Miranda Lima, em que este causídico censurava energicamente as vacilações dos julgados, nos seguintes termos:

> "Do exame do nosso direito social positivo e do conhecimento do modo por que entendem e aplicam os tribunais pátrios concluir-se-á que a sorte da concubina, da companheira (para usar o termo tão em voga), tem dependido, e muito, da maior ou menor atualização de cultura sócio-jurídica dos julgadores, bem como de estarem eles, ou não, presos a preconceito de ordem religiosa. Se tem a fortuna de ver julgada a sua pretensão por juiz culto e progressista, dos que não cessam de estudar e não esquecem o meio social em que vivem, está a seu salvo (...).
>
> Triste é de ver-se, num mesmo tribunal, ora reconhecido um direito, ora negado esse mesmo direito (...)". (vol. 3.o pag. 193).

A discrepância de orientação jurisprudencial, aliada à diversidade de tratamento dado pelas várias instituições previdenciárias, não pode manter o legislador inerte ante esse problema de Direito Social.

O que se vê é um tratamento desigual para situações que, por alguma forma, podem ser iguais.

Não nos parece justo que a companheira que viveu com o contribuinte em estado de casada, há longo tempo, ajudando-o abnegadamente no desempenho das árduas tarefas da economia doméstica venha, após a morte do companheiro, a ser relegada ao esquecimento por algumas instituições previdenciárias, ou por alguns julgados.

Justo seria manter o mesmo quadro de obrigações que vinculam o contribuinte aos seus dependentes, quando ainda em vida.

Essa é a finalidade precípua da Previdência Social.

Ademais, a situação das companheiras é idêntica, qualquer que seja a instituição previdenciária para a qual os respectivos companheiros contribuam.

O problema é claro e chocante sendo sempre oportuno equacioná-lo e debatê-lo, a fim de apurar resultado adequado para as autoridades competentes sentirem-no e solucioná-lo.

O elemento básico na concessão da pensão é a configuração da dependência econômica.

As normas previdenciárias em geral dividem os beneficiários em duas categorias: os necessários e os facultativos. Os primeiros são aqueles cuja dependência econômica é presumida e suas inscrições dependem da vontade do contribuinte. E' o caso da esposa e filhos. A indicação de tais beneficiários pode ser feita ex-ofício após a morte do contribuinte, pois não depende da vontade dele. Os segundos aparecem na ausência de beneficiários preferenciais e ficam na dependência da vontade do contribuinte e, geralmente, na prova da existência de uma dependência econômica.

Não há que confundir a dependência tratada pelas leis sociais da tratada pelas demais leis.

O conceito de assistência ou de dependência é, principalmente, um conceito econômico e não jurídico, porque representa uma **questio facti** e não uma **questio juris.**

Arnaldo Agnelli nos ensina que a dependência tratada pelas leis sociais não abrange nem significa uma relação jurídica, mas sim econômica. (Infortuni del Lavoro, pag. 349).

No Montepio Municipal, é requisito essencial, ainda, a prévia indicação da companheira feita pelo contribuinte em sua declaração de família, conforme dispõe o artigo 11, da Lei 7447/70, **in verbis:**

> "A companheira do contribuinte falecido, regularmente inscrita em sua declaração de família, equipara-se à viúva, para os efeitos da presente lei,..."

Algumas normas previdenciárias e decisões judiciais ou administrativas já reconheceram benefícios previdenciários à companheira, definindo-a como "a mulher que coabita **more uxorio**, com associado, **teuda e manteuda**, como sua esposa, **talamo et mensa**".

Não pode, contudo, a proteção à companheira redundar em prejuízo da família legalmente constituída. O intuito do legislador é dar solução ao fato existente, sem ofensa à família, assim definida pela nossa Carta Magna.

O ante-projeto do Código Civil, de autoria do Professor Orlando Gomes, continha dispositivos que consideravam a concubina herdeira na sucessão do concubino, desde que este fosse solteiro, desquitado ou viúvo e que em sua companhia tivesse vivido nos últimos cinco anos precedentes a sua morte ou, ainda, de quem tivesse prole.

Tais disposições encontravam-se assim redigidas:

> Art. 1989 — Após cinco anos de vida em comum, como se fossem marido e mulher, presumem-se ser de ambos os concubinos os bens adquiridos a partir da coabitação, ainda que figurem em nome de um só deles.
>
> Art. 1990 — Se um ou ambos os concubinos forem casados, é necessário que o seu desquite tenha sido decretado há mais de cinco anos, ou que a separação de fato do casal dure ininterruptamente por igual tempo.

Aquele ante-projeto, após revisto por uma comissão composta do autor e dos juristas, Ministro Orozinho Nonato e Professor Caio Mário Silva Pereira, manteve a proposta, reduzindo, porém, o prazo de convivência anterior à morte do companheiro para quatro anos e acrescendo a condição de haver a companheira colaborado no aumento ou conservação do patrimônio do **de cujus**.

Essas normas contidas na 1.a edição do ante-projeto sofreram críticas de Moura Bittencourt, conforme fls. 60, do 1.o volume, da obra "O Concubinato no Direito", as quais merecem respeito.

Infelizmente, a 2.a edição do ante-projeto suprimiu os artigos 1989 e 1990 que constavam na 1.a, provocando manifestação de expoentes jurídicos de nossa Pátria. Podemos citar as iniciativas do eminente Professor Silvio Rodrigues que tentou obter o restabelecimento de tais disposições.

Entretanto, no Direito Social poderá, perfeitamente, haver amparo à companheira, sem ocorrer possível ofensa a preceitos jurídicos impostos por situações mais rígidas o que, aliás, nossas leis têm admitido.

A prova do estado concubinário pode ser obtida por qualquer meio, desde a documental até a testemunhal, inclusive indícios ou circunstâncias.

O importante é que a prova produzida convença efetivamente o julgador da existência da união e que esta apresente-se com as características necessárias à inclusão da companheira entre os beneficiários do contribuinte.

Nossa Constituição Federal de 1967, alterada pela Emenda Constitucional 1, em seu artigo 8.o, item XVII, letra "c", atribui à União a competência de legislar sobre normas gerais de previdência social, nos seguintes termos:

> Art. 8.o — "Compete à União:
>
> .....
>
> XVII — legislar sobre:
>
> .....
>
> c) normas gerais ... de seguro e previdência social,..."

Não exclui, contudo, a possibilidade da legislação supletiva dos Estados, desde que respeitada a lei federal. E' o que se vê no parágrafo único, do artigo 8.o **in verbis**:

> "A competência da União não exclui a dos Estados para legislar supletivamente sobre as matérias das alíneas c, ... do item XVII, respeitada a lei federal".

E' de competência da União, pois, criar as normas que disciplinam as atividades da previdência social. Ela tem por dever delinear as normas gerais em que a entidade deve pautar sua legislação, sem contudo ferir a autonomia de cada uma.

A lei federal poderia, assim, indicar o lugar da companheira, dentre os beneficiários necessários no campo da previdência social.

A legislação própria de cada instituição de previdência continuaria fixando os valores dos benefícios, de acordo com suas possibilidades econômico-financeiras ou outros fatores de seu interesse, respeitando, porém, as determinações de ordem geral prescritas na lei maior.

Seria recomendável que nossos poderes constituídos encarassem o problema da previdência social, em relação aos dependentes de qualquer instituição, de maneira uniforme e justa; assim a discriminação dos dependentes não poderia afastar-se do plano da previdência social comum.

ASSOCIAÇÕES DE UTILIDADE PÚBLICA*

Seus requisitos para os efeitos da imunidade de impostos

HELITA BARREIRA CUSTÓDIO

1. Nota Introdutória; 2. Associações de Utilidade Pública; 3. O Sentido Técnico-Jurídico de "Instituições"; 4. Interpretações Contraditórias da Alínea "c", Item III, do Art. 19, da Constituição Federal e do Art. 14 do CTN; 5. Corrente a que nos filiamos; 6. Raciocínio do nosso ponto de vista; 7. Conclusão.

O texto, que ora publicamos com as revisões necessárias, constitui a síntese de nossa tese de doutoramento, recentemente defendida e aprovada por unanimidade, perante a ilustre Comissão Julgadora, composta pelos Juristas e Professores Catedráticos: Washington de Barros Monteiro (Presidente), Antônio Chaves (Orientador), Rubens Limongi França, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Paulo José da Costa Jr., todos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1. Nota Introdutória

O presente tema é consequência do problema inerente às associações e fundações de utilidade pública, no tocante à invoçação, por parte destas, da imunidade de seus respectivos impostos. À vista da proliferação destas entidades em todos os setores da vida moderna

* Trabalho extraído do **Suplemento LTR**, n.o 26/74 — Ano X

e de suas pretensões ao benefício fiscal, com fundamento na ampla interpretação dos textos constitucional e legal, tal problema tende a se agravar em evidente prejuízo à Fazenda Pública.

Até a Constituição de 1937, não se cogitava da imunidade de impostos às entidades educacionais e filantrópicas. Estas pessoas jurídicas de interesse social exclusivo ou preponderante já se beneficiavam da isenção do imposto de renda, nos termos do art. 28 do Decreto-lei 5.844, de 23-9-43. A inovação da imunidade surge na Constituição de 1946, com a vedação, no art. 31, item V, alínea "b", do lançamento do imposto sobre "templos de qualquer culto, bens e serviços de partidos políticos, **instituições de educação e de assistência social**" (o grifo é nosso). Como bem acentua Pontes de Miranda: "Assistiu-se, na história do direito tributário brasileiro, à passagem da regra jurídica de isenção subjetiva, que se continha no decreto-lei 5.844, de 23 de setembro de 1943, à categoria de regra jurídica de imunidade subjetiva" (R. D. A., vol. 31, págs. 456 e 457).

Em face dos constantes equívocos terminológicos perante a doutrina, a lei e a jurisprudência, convém deixar claro que as expressões **imunidade** e **isenção** não se confundem : a **imunidade** tem por fonte, sempre, a Constituição; a **isenção** provém de lei. **Imune** é aquele que se acha fora do alcance da entidade tributante **por expressa disposição constitucional**, ao passo que **isento** é o que, abrangido pela esfera do poder tributante, onerável em princípio, foi liberado da obrigação **por expressa disposição legal**.

Com estas considerações, observa-se que a inovação da imunidade prevista na Constituição de 1946, mantida no art. 20, III, "c", da Carta Magna de 1967, e art. 19, III, "c", da Emenda Constitucional n.o 1, de 17-10-69, vem ocasionando interpretações contraditórias do problema perante a doutrina e a jurisprudência, agravando-se dia a dia pelas imediatas consequências de ordem prática, administrativa e judicialmente, em prejuízo ao Erário. O assunto é de grande importância, exigindo as atenções dos doutrinadores, legisladores e intérpretes, no sentido de uniformizar os requisitos das associações de utilidade pública (inclusive das fundações privadas), **equiparadas às instituições de educação ou de assistência social**, para os efeitos da imunidade prevista no texto constitucional.

2. Associações de Utilidade Pública

A doutrina dominante considera como **utilidade pública**, dentre outros conceitos, "o conjunto de condições, pelo qual o Estado reconhece a uma entidade de caráter assistencial ou cultural qualidades que a tornam de interesse coletivo, fazendo jus a ser auxiliada financeiramente pelo Estado" (José Náufel — Novo Dicionário Jurídico Brasileiro, vol. III, 4.a ed., Ed. José Konfino, 1965, pág. 360).

O conceito das entidades de utilidade pública (associações ou fundações), de caráter privado, tem sido encarado com muita seriedade e rigor perante o Direito Comparado.

Examinando o pensamento da doutrina e legislação estrangeiras (França, Bélgica, Itália, Portugal, etc.), uma característica fica bem acentuada: as entidades privadas reconhecidas de utilidade pública têm como principal objetivo o fim público exclusivo, sendo consideradas "auxiliares do Poder Público", motivo por que, para a concessão do título de utilidade pública às mesmas, rígidas condições lhes são impostas, bem como rígidos e constantes são o controle e a fiscalização dos seus atos (André de Laubadère — Traité Élémentaire de Droit Administratif, 2.a ed., vol. 1, Paris, 1971, pág. 83; Francesco Ferrara — Le Persone Giuridiche, 2.a ed., Torino, 1958, págs. 66 e 67; Cunha Gonçalves — Tratado de Direito Civil, 2.a ed. port. e 1.a brasileira, vol. 1, T. II, Max Limonad — SP, 1956, págs. 931 e segts.; Marcello Caetano, Manual de Direito Administrativo, 8.a ed. portuguesa, 1.a bras., T. 1, 1970, pás. 367).

Todavia, enquanto nos países de incontestável cultura jurídica o assunto tem sido objeto de longas exposições por parte dos conceituados autores, no Brasil se dá o contrário. Não obstante a importância de tais entidades, pouco ou nada se tem escrito das **associações de utilidade pública**.

Encontramos algumas informações nas lições de Lacerda de Almeida (das Pessoas Jurídicas, Rio, 1905, pág. 206) e Antônio Joaquim Ribas (Curso de Direito Civil Brasileiro, 3.a ed., Rio, 1905, págs. 292 e segts.), em que se verifica que o caráter de "utilidade pública" está sempre relacionado com as entidades de fim público exclusivo.

Tal caráter de "utilidade pública" só é previsto expressamente em lei após a promulgação e vigência do atual Código Civil (art. 16, inciso I). Todavia, somente em 1935 é promulgada a primeira lei federal, dispondo sobre as regras para a declaração de utilidade pú-

blica às sociedades civis, associações e fundações. Trata-se da Lei n.o 91, de 28-8-1935, regulamentada pelo Decreto n.o 50.517/61, modificado pelo Decreto n.o 60.931/67.

No âmbito do Estado de São Paulo, a Lei estadual n.o 3.198/55 e a Lei municipal n.o 4.819/55, com as alterações posteriores, determinaram regras em que se evidencia, dentre as demais, a característica das entidades se constituírem com o **fim exclusivo de servir desinteressadamente à coletividade.**

De acordo com a legislação vigente, são requisitos essenciais para a declaração de utilidade pública, a serem observados por parte das sociedades civis, associações e fundações :

a) que sejam constituídas no país com o fim exclusivo de servir desinteressadamente à coletividade, de forma efetiva;

b) que adquiram personalidade jurídica, mediante a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos ou estatutos no registro competente;

c) que não remunerem os cargos de sua diretoria.

3. O Sentido Técnico-Jurídico de "Instituições"

A palavra **instituição** vem apresentando diversos conceitos, que, segundo os autores, podem ser resumidos em dois : um **genérico** e outro **estrito**. No seu sentido genérico, o vocábulo **instituição** ora designa as pessoas jurídicas públicas ou privadas, ora o conjunto de leis, etc. Trataremos, apenas, do seu conceito "stricto sensu", da verdadeira acepção jurídica, que diz respeito ao fim de interesse social.

A expressão "instituição", na sua gênese, é empregada como sinônimo de **fundação**, por ser esta "caracterizada, **in specie**, em servir a um fim de pública utilidade", no dizer de Lacerda de Almeida (ob. cit., pág. 66).

Todavia, através de um processo evolutivo, abrange, também no seu significado determinadas **sociedades civis** ou associações constituídas com a finalidade pública de servir desinteressadamente à coletividade. Assim, a doutrina considera **instituição o gênero, de que fundações e associações constituem as espécies** (Maurice Hauriou — Princípios de Derecho Público y Constitucional, Madrid, ed. 1927, pág. 84; Georges Renard — La Philosophie de l'Institution, ed. 1939, Paris,

pág. 67; Francesco Ferrara — Le Persone Giuridiche, 2.a ed. Torino, 1958, pág. 14; Antônio Joaquim Ribas — ob. cit., págs.292 e segts.; Lacerda de Almeida — ob. cit., págs. 206 e segts. etc.).

Evidentemente, seguindo o pensamento da melhor doutrina estrangeira e pátria, no sentido de adotar o termo técnico-jurídico, conclui-se que o poder constituinte, introduzindo a palavra "**instituições**", teve em vista imunizar exatamente as entidades (associações ou fundações) constituídas com o **fim público** de servir desinteressadamente à coletividade, colaborando com o Estado ao suprir as suas deficiências no **campo da educação e da assistência social** (Aliomar Baleeiro — Direito Tributário Brasileiro, 3.a ed., 1971, págs. 92, 110; Pontes de Miranda — Comentários à Constituição de 1967, 2.a ed., T. II, 1970, pág. 424; Acórdão do T. A. Civ. SP, in R.T., vol. 363, págs. 318 e 319 etc.).

4. Interpretações Contraditórias da Alínea "c", Item III, do Art. 19, da Constituição Federal e do Art. 14 do CTN

Como sói acontecer a toda inovação, a da imunidade conferida às instituições de educação ou de assistência social deu origem a uma contenda de imediatas repercussões práticas. Trata-se da divergência de interpretações no tocante à observância dos requisitos **intrínsecos** (implícitos) e **extrínsecos** (expressos) por parte das entidades pleiteantes à imunidade, dividindo-se a doutrina e a jurisprudência em duas correntes:

a) A primeira é aquela que observa apenas os requisitos extrínsecos ou expressos do art. 14 do C.T.N., ampliando consideravelmente o número de entidades beneficiadas. Segundo os seus defensores, não tendo fim lucrativo, aplicando os seus recursos, integralmente no país para os seus objetivos institucionais e mantendo a escrituração de suas receitas e despesas em livros indispensáveis, uma vez preenchidos estes requisitos, as entidades estarão aptas à invocação da imunidade (Sampaio Dória — Direito Constitucional, vol. II, ed. 1960, pág. 175; Acórdão do STF, in Rev. Trim. de Jurisprudência, vol. 57, págs. 274 a 277; Acórdãos do T. A. Civ. SP, com fundamento no Acórdão do STF, em apelação Cível n.o 185.705, em Agravo de Petição n.o 194.763).

b) A segunda corrente é a que leva em consideração os requisitos implícitos e expressos da Constituição e do art. 14 do CTN. Os

seus seguidores, não desprezando as condições do art. 14 do CTN (Lei n.o 5.172/66), sustentam que as entidades privadas (associações ou fundações), equiparadas às instituições de educação ou de assistência social, só farão jus à imunidade de impostos se observarem, efetivamente, os **requisitos implícitos do fim público exclusivo ou preponderante, do interesse social**, previstos na Constituição. Foi no sentido de **estimular, proteger, preservar** as entidades de fim público, que desempenham atribuições em benefício da coletividade, desinteressadamente, que o Poder Constituinte, adotando a expressão técnico-jurídica "**instituições**", introduziu em nossa Constituição a inovação da imunidade de tributos às entidades privadas (Aliomar Baleeiro — Direito Tributário Brasileiro, 3.a ed., 1971, págs. 109, 110; Pontes de Miranda — ob. cit., pág. 424; Leopoldo Braga — Conceito de Instituições de Educação e de Assistência Social, in Rev. de Direito da Procuradoria Geral — GB — vol. 21, págs. 32, 34, 40 e segts.; Acórdãos do T. A. Civ. SP, in R.T. 298, págs. 304 e 305; RDA, vol. 73, págs. 110 e segts.; Acórdão do TJ do DF, in RDA, vol. 33, págs. 178 e 179 etc.).

5. Corrente a que nos Filiamos

A nossa opinião se filia a esta última corrente, que, não dispensando a observância dos requisitos expressos do artigo 14 do CTN, exige como pressuposto essencial, o **requisito implícito do fim público exclusivo ou principal** da instituição. A nosso ver, esta é a melhor doutrina, a melhor jurisprudência, a linha de pensamento que melhor interpreta o verdadeiro espírito do texto constitucional.

A tese, que admite apenas o **fim não econômico** por parte da entidade, não pode ser aceita. Trata-se de interpretação demasiadamente discricionária, não condizente com o real conteúdo do dispositivo constitucional.

6. Raciocínio do nosso Ponto de Vista

Para melhor entendimento do nosso ponto de vista, necessário se faz uma análise sobre :

a) a natureza jurídica e o objetivo das instituições de educação ou de assistência social;

b) a prevalência do real sentido dos termos técnicos previstos nos textos constitucionais e legais;

c) a inteligência da alínea "c" combinada com as alíneas "a" e "b", do item III, do artigo 19 e seus §§ 1.o e 2.o, arts. 152, 176, e seus §§ 1.o e 3.o, item III, da Constituição Federal.

a) **a natureza jurídica e o objetivo das instituições de educação ou de assistência social**

Partindo da classificação das pessoas jurídicas em públicas e privadas, vamos encontrar, dentre estas, a divisão entre pessoas jurídicas de direito privado **com finalidade lucrativa ou de fins econômicos** e pessoas jurídicas de direito privado **sem finalidade lucrativa ou de fins não econômicos.**

Por sua vez, as pessoas jurídicas de direito privado sem finalidade lucrativa se dividem em duas subespécies:

a) **entidade de fins não econômicos, mas de interesse apenas dos seus associados e familiares**, que se beneficiam das ventagens oferecidas através de contribuições mensais;

b) **entidades de fins não econômicos** e de **desinteresse** dos seu associados, uma vez que, além de atenderem ainda que de forma esporádica aos seus associados, visam exclusiva ou principalmente ao atendimento da coletividade estranha aos seus quadros, sem contraprestação em dinheiro.

Esta divisão, fundamentada na doutrina e na própria legislação, tem os seus efeitos práticos, uma vez que as **instituições de educação ou de assistência social se enquadram**, logicamente, entre as entidades (associações ou fundações) constituídas com o fim público exclusivo ou principal de atendimento à coletividade de forma gratuita, quer no setor educacional, quer no social.

O Direito Comparado (França, Bélgica, Itália, Portugal, México) é pacífico em admitir duas subespécies de entidades privadas **sem fim lucrativo: uma de interesse apenas dos associados e seus dependentes e outra de interesse geral, considerada como "auxiliar da Administração Pública"**. Esta última, dado o seu caráter de fim público, recebe apenas auxílios, subvenções, etc., sob rígido controle e contínua fiscalização por parte da Administração competente, não se benefi-

cluindo de qualquer imunidade de tributos. (Gaston Jèze — Princípios Generales del Derecho Administrativo, trad. da 3.a ed. francesa, Depalma, Buenos Aires, V. 1, 1949, pág. 197; Francesco Ferrara — Le Persone Giuridiche, 2.a ed. 1958 — Torino, págs. 152 e 153; Cunha Gonçalves — ob. cit. pág. 931 e seguintes; Marcello Caetano — ob. cit. pág. 367; Fernando Sains de Bujanda — Hacienda y Derecho — Estudios de Derecho Financeiro, V. III, Madrid, 1963, pág. 402).

Entre nós, não obstante a falta de distinção entre as **associações de intuitos não econômicos** previstas no Código Civil observa-se a mesma linha de idéias perante a doutrina, a lei considerada **em seu todo** e a jurisprudência.

Assim, na prática, a característica fundamental das entidades privadas de **fins não econômicos, equiparadas às instituições de educação ou de assistência social,** está no **desinteresse**, no sentido da **abnegação**, por parte dos próprios associados, que visam, exclusiva ou principalmente, ao atendimento dos carentes de recursos de forma generalizada e gratuita, quer na assistência educacional, quer na social. Em se tratando das entidades de fins não econômicos, **que atendem somente aos seus associados e dependentes**, mediante contribuições mensais, não há abnegação, mas sim, **interesse** dos próprios membros, únicos beneficiados das vantagens oferecidas. **A estas entidades**, que, apesar de fins não econômicos, objetivam ao atendimento **fechado, interessado apenas de particulares, de determinados grupos**, mediante contraprestação pecuniária, **não se estende a imunidade prevista no dispositivo constitucional**, dado o seu elevado fim público, reservando a importância correspondente aos economicamente fracos, que têm o mesmo direito de se beneficiarem da educação e do bem-estar social. Hodiernamente, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, a **educação é direito de todos e dever do Estado** (art. 176 da Constituição). Não se concebe que o instituto da imunidade, **dado o seu elevado fim de cobrir as despesas com o atendimento gratuito dos carentes de recursos**, atinja a entidades de atendimento fechado, apenas dos seus associados, em condições econômicas de contribuir para a sua educação e bem-estar social. Admitir tal hipótese será cair no mesmo privilégio "odioso" de outrora: **os carentes de recursos continuariam marginalizados da educação, das condições essenciais da vida em sociedade**, contrariando o princípio **da igualdade de todos perante a lei**, que é fundamental, expressamente previsto na Constituição. Portanto, é ilógico estender a imunidade de tributos a entidades interessadas, que

beneficiam apenas aos associados, uma vez que tal benefício só atingirá as entidades de fim público exclusivo ou principal, atendendo gratuita e desinteressadamente à coletividade, contribuindo com o Estado na realização de atribuições e deveres que lhe são inerentes, como, por exemplo, a Santa Casa de Misericórdia, o Instituto Padre Chico etc.

Assim é que Aliomar Baleeiro, referindo-se às "entidades presumidamente desinteressadas, por sua própria natureza", acentua que "A Constituição quer imunes **instituições desinteressadas e nascidas do espírito de cooperação com os poderes públicos**, em suas atividades específicas" (Direito Tributário Brasileiro, 3.a ed., 1971, página 110).

Pontes de Miranda evidencia a característica da **gratuidade** das escolas particulares, "o que as torna, **ipso facto**, de utilidade pública, razão bastante para que se imunizem de quaisquer tributos (Comentários à Constituição de 1967, T. II, 2.a ed., 1970, pág. 424).

Leopoldo Braga é claro ao declarar: "Com efeito, não é o mesmo dizer-se que uma entidade **não tem fim lucrativo** e dizer-se que é **desinteressada**. Não há aí equivalência de idéias ou de conceitos; e nisso precisamente reside uma fonte de equívocos e confusões prejudiciais à clareza do assunto. Uma coisa é **não ter fim lucrativo** e outra coisa é ser de caráter **desinteressado**" (ob. cit., pág. 91).

Com estas considerações, evidencia-se que, no tocante à natureza jurídica e objetivo, as **entidades (associações ou fundações)**, equiparadas às instituições de educação ou de assistência social, para os efeitos da imunidade de impostos, **são pessoas jurídicas de direito privado sem fim lucrativo, objetivando o fim público exclusivo ou principal, de forma desinteressada e gratuita.**

b) **A prevalência do real sentido dos termos técnicos previstos nos textos constitucionais e legais.**

De acordo com a melhor doutrina, quer estrangeira quer nacional, a observância da acepção exata dos termos técnicos é de valor capital, pondo em realce a importância do cumprimento das regras interpretativas das normas, objetivando o seu sentido **técnico** em contraposição ao significado **vulgar** (Francesco Messineo — Manual de Derecho Civil y Comercial, T. 1, Buenos Aires, 1954, págs. 98 e 99;

Henry Campbell Black — Handbook of American Constitucional Law, 4.a ed. West Publishing Company, 1927, pág. 85, § 62; Carlos Maximiliano — Hermenêutica e Aplicação do Direito, 8.a ed., 1965, n.o 371, pág. 322; Vicente Rao — O Direito e a Vida dos Direitos, v. 1 — T. II, ed., 1960, pág. 577, etc.).

Além da doutrina dos abalizados autores, a jurisprudência dos nossos tribunais, demonstrando a importância da real interpretação, principalmente, dos dispositivos constitucionais, é pacífica: "Ora, numa Constituição Federal, suprema lei do país, não se concebe que o legislador desconheça a acepção técnica dos vocábulos e termos adotados na redação e seus dispositivos" (Acórdão do TA Civ. SP, in RDA n.o 73, págs. 110 e segts.).

Assim sendo, dada a linguagem própria do Direito, indispensável se torna levar em conta o significado técnico-jurídico dos seus termos. Não resta dúvida de que o termo "**instituições**", empregado para a caracterização das entidades de educação ou de assistência social dignas de imunidade, é termo **técnico**, termo **cientificamente exato**, que, no seu conceito "**stricto sensu**", se refere às entidades de utilidade pública (associações ou fundações), constituídas com o **fim público exclusivo ou principal de servir gratuita e desinteressadamente à coletividade.**

c) **Inteligência da alínea "c" combinada com as alíneas "a" e "b" do item III, do art. 19 e seus §§ 1.o e 2.o, arts. 152, 176 e seus §§ 1.o e 3.o, item III, da Constituição Brasileira vigente.**

O requisito **implícito** do **fim público exclusivo ou preponderante**, a ser observado por parte das entidades pleiteantes da imunidade, é tão patente do sistema constitucional que, analisando os textos correlatos, chegamos a encontrá-lo de forma expressa e inequívoca.

Realmente, o **fim público**, essencial, inerente às instituições de educação ou de assistência social, quer sob a forma de associação, quer sob a forma de fundação, está implícito na própria Constituição se interpretarmos o **contexto** do seu art. 19 e §§ 1.o e 2.o combinado com os arts. 152, 176 e seus §§ 1.o e 3.o, item III.

Assim sendo, interpretar **isoladamente** a alínea "c", do item III, do art. 19, da Constituição e o art. 14 do CTN, sem levar em consideração a sua finalidade social, o seu significado em harmonia com outros dispositivos da lei, é sacrificar o objetivo do **fim público** de assistência educacional e social previsto na Magna Carta.

Segundo o rigor técnico do raciocínio do art. 19, item III, alíneas **a**, **b**, **c**, §§ 1.o e 2.o combinado com os arts. 152, 176 e seus §§ 1.o e 3.o, item III da Constituição Brasileira, evidente se torna este ponto de vista :

1 — A imunidade referente ao patrimônio, a renda e aos serviços uns dos outros é a recíproca, isto é, das pessoas jurídicas de direito público interno : União, Estados, Distrito Federal, Municípios e Autarquias, estas condicionalmente no que se refere tão somente às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes. Com referência às demais pessoas jurídicas, trata-se de prerrogativa concedida incondicionalmente, tendo em vista o fim público desinteressado, inerente à natureza das entidades públicas, uma vez que os objetivos destas são imprescindíveis à própria integridade da organização política do Estado, no interesse nacional.

O Estado de organização federal, como o Brasil, tem como obrigação primordial, além de outras relevantes funções, desenvolver o **bem comum**, que é a base do Direito, quer no momento da elaboração das leis, quer no momento de sua aplicação ao caso concreto, de acordo com o art. 5.o da Lei de Introdução ao Código Civil. Este **bem comum**, constituído de vários elementos, inclusive os de utilidade pública educacional e social, "não resulta da *justaposição* mecânica destes elementos, mas de sua harmonização em face da realidade social" (Prof. Alípio Silveira, **in** Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, v. 5, pág. 66). O referido autor, apoiado em Hessel Yntema, da Michigan Law School, declarando ser a doutrina do **bem comum** "eminentemente finalista", acentua que "atualmente há uma reviviscência do finalismo do Direito, que considera a lei como um meio para obter determinados fins" (ob. cit., pág. 359).

Como um dos elementos do **bem comum**, a **utilidade pública** é considerada como tudo o que representa **necessidade e proveito da coletividade**, inclusive todas as vantagens que possam contribuir para o bem-estar físico, moral, espiritual, intelectual, etc. (José Náufel — Novo Dicionário Jurídico Brasileiro, 1965, v. III, pág. 360).

O próprio Código Civil, enumerando os casos de **utilidade pública** no § 2.o do art. 590, considera em primeiro lugar a **fundação de povoações e de estabelecimento de assistência, educação ou de instrução pública.**

A Constituição é expressa ao tratar da assistência social (médica, hospitalar, material, etc.), bem como da educacional aos carentes de recursos (§ 4.o do art. 175, art. 176 e item III do seu § 3.o, § 2.o do art. 177 etc.).

Como se vê, sendo **a assistência educacional e social** aos carentes de recursos considerada **caso de utilidade pública**, que constitui um dos indispensáveis elementos do **bem comum**, cuja promoção é dever imprescindível do Estado, evidencia-se que a prerrogativa da imunidade reconhecida às entidades públicas, reciprocamente, na alínea "a", do item III, do art. 19, da Constituição, é perfeitamente justificada, por visar aos altos interesses nacionais, contribuindo como condição obrigatória à própria integridade da organização política da Nação.

2 — **A imunidade referente aos templos de qualquer culto.** No seu sentido próprio, templo é o edifício público para o culto religioso (Caldas Aulete — Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa, vol. V, 1958, pág. 4.903). No seu sentido figurado, templo é a própria Igreja, nacional e internacionalmente falando, tomando-se como exemplo a Igreja Cristã Universal. A história nos conta o que esta Igreja tem feito desde os seus primórdios, não somente no campo espiritual, mas também no de assistência social e educacional (Rudolf von Ihering — A Evolução do Direito. Lisboa, s/d, pág. 199; Francesco Ferrara — Teoria de las Personas Jurídicas, REUS S.A. Madrid, 1929, pág. 65).

De missão essencialmente espiritual, a Igreja contribui, também, no campo da educação, da assistência sanitária, hospitalar, moral, profissional, visando à promoção plena do homem. Quanto à sua natureza jurídica, objetivando ao bem-estar da coletividade universal e nacional, é **pessoa jurídica de Direito Público externo e interno.**

No âmbito internacional, sediada no Estado da Cidade do Vaticano, através da Santa Sé, a Igreja mantém relações diplomáticas com quase cinquenta Estados, inclusive o Brasil, representados no Vaticano pelos seus Embaixadores. O Embaixador do Estado do Vaticano, perante os países com que mantém relações diplomáticas é chamado **Núncio**, que representa o Papa tanto nos assuntos da Igreja como nos de Estado (Stanley G. A. Luff — A Organização da Igreja, vol. 6, Editora Renes — Rio de Janeiro, 1969, págs. 530 e 531). Convém ressaltar que a sua missão de respeito aos Direitos Humanos, de afastar as guerras, de construir e conservar a paz, coincide com a finalidade da própria Organização das Nações Unidas.

No âmbito interno, a sua influência é marcante em todos os setores da vida social, sendo notoriamente reconhecida como pessoa jurídica de direito público, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência (Lacerda de Almeida, ob. cit., pág. 115 etc.; Acórdão da 5.a Câmara Cível do T.J. do DF, DJ de 18-3-1952, pág. 1.285 etc.).

Comentando o texto constitucional referente à imunidade dos templos, onde se desenvolve a fé, o Prof. Sampaio Dória acentua que "a fé é a polícia das consciências, e vale mais que a polícia armada no zelo dos bons costumes" (Direito Constitucional, vol. II, ed. 1960, pág. 174).

Portanto, dada a influência altamente benéfica da religião na conscientização dos deveres civis e considerando-se que esta salutar doutrina se transmite, gratuitamente, nos edifícios peculiares, ressalta-se que a imunidade reconhecida aos templos de qualquer culto, que não contrarie a ordem pública e os bons costumes, é plenamente justificada, à vista do seu notório fim público em benefício da coletividade.

3 — A imunidade referente ao patrimônio, à renda ou aos serviços dos partidos políticos e de instituições de educação ou de assistência social, observados os requisitos da lei.

Tem-se discutido muito, perante a doutrina, a respeito da natureza jurídica dos partidos políticos. Todavia, não obstante o pensamento contrário (Antonio Tito Costa — Natureza Jurídica do Partido Político no Brasil, **in R.D.P.**, vol. 1/89), sem penetrarmos no emaranhado das teorias, dada a sua relevante finalidade pública no interesse da preservação do regime democrático e autenticidade do sistema representativo, **os partidos políticos são pessoas jurídicas de direito público interno**, por expressas disposições do art. 2.o da Lei n.o 5.682, de 21-7-71 — Lei Orgânica dos Partidos Políticos. Razões poderosas e convincentes justificam a natureza de direito público dos partidos políticos, apesar da particularidade "sui generis" do seu registro perante o Tribunal Superior Eleitoral. Tal registro não se confunde com o peculiar às associações ou fundações privadas, uma vez que visa às cautelas a serem tomadas, especificamente, pela Justiça Eleitoral competente, no interesse nacional, em nada desnaturando a natureza de direito público dos partidos.

De acordo com a doutrina dominante, os partidos políticos são instrumentos do governo, fundados e mantidos exclusivamente **para fins públicos** e **não para fins privados**, sendo, indubitavelmente, pes-

soas jurídicas de direito público interno (Aliomar Baleeiro, Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, 2.a ed. Rio, 1960, págs. 189 e 190; Manoel Gonçalves Ferreira Filho — Comentários à Constituição Brasileira, vol. 1, ed. Saraiva — SP, 1972, pág. 168).

Evidentemente, o direito positivo brasileiro inclui, expressamente, os partidos políticos entre as pessoas jurídicas de direito público: A Constituição vigente, introduzindo inovações ampliadoras, reserva um capítulo especial (Cap. III do Tit. II) aos partidos políticos, cuja organização, funcionamento e extinção são submetidos a rígidos princípios constitucionais, regulados pela Lei 5.682, de 21-7-71 — a chamada Lei Orgânica dos Partidos Políticos. Observa-se, ainda, como consequência da tendência ampliadora, que, enquanto a revogada Lei n.o 4.740/65 se compunha de 82 arts., a vigente Lei Orgânica contém 130 arts., através dos quais se verifica o rigor à observância dos requisitos para a **fundação** e **registro** dos Partidos Políticos (arts. 7.o e segts.), para a elaboração do seu **programa** e **estatuto** (arts. 19 e segts.), para a **filiação partidária** (arts. 62 e segts.), que se sujeita a rígida **disciplina**, para suas **finanças** e **contabilidade** (arts. 89 e segts.), para as quais os **Partidos deverão manter rigorosa escrituração de suas receitas e despesas, indicando-lhes a origem e aplicação**, sendo os respectivos **livros abertos, encerrados e rubricados, em todas as folhas, perante o Tribunal Superior Eleitoral.** Em se tratando do movimento financeiro, os Partidos se submetem a inflexível fiscalização exercida pela Justiça Eleitoral, que controla o **recebimento, depósito e aplicação de recursos**, inclusive a escrituração contábil, sob a observância de rigorosos requisitos, com a caracterização da responsabilidade dos dirigentes e tesoureiros, que responderão civil e criminalmente por quaisquer irregularidades. Enfim, são tantas as exigências, tantos os requisitos a serem preenchidos e observados pelos Partidos Políticos que, nos dias atuais, só dois existem no Brasil : a ARENA e o MDB. É interessante acentuar-se a função permanente dos Partidos pela realização de conferências, promoção de congressos, manutenção de cursos gratuitos de difusão da doutrina partidária, educação cívica, alfabetização, formação e aperfeiçoamento de administradores municipais, etc., estando expressamente prevista a **proibição da existência de qualquer** entidade com fim político ou eleitoral, sem que haja satisfeito os **requisitos legais para funcionar como Partido** (artigo 120).

Nestas condições, à vista de sua natureza jurídica de direito público, objetivando relevante fim público exclusivo em benefício da coletividade, com tendência ampliadora, a **imunidade dos Partidos Po-**

líticos, "da mesma natureza daquela de que se revestem os próprios órgãos do governo", na frase do eminente Aliomar Baleeiro (ob. cit., pág. 191), é perfeitamente justificada.

Dado o paralelismo a ser feito com as instituições de educação ou de assistência social, no tocante à sua natureza "sui generis" e ao seu objetivo peculiar, a análise destas será feita após o raciocínio dos §§ 1.o e 2.o do art. 19, da Constituição, ora em exame

4 — **A imunidade das autarquias é**, por expressas disposições constitucionais, **condicionada** ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes. Isto quer dizer que, no momento em que a autarquia auferir um patrimônio, uma renda ou um serviço **não vinculado às suas finalidades** essenciais, deverá arcar com os impostos correspondentes. **Este dispositivo evidencia que a imunidade só se refere ao fim público**, jamais a um fim particular ou de um grupo fechado, selecionado. Não obstante a clareza da redação do **caput** do § 1.o do artigo 19, no sentido de evitar interpretações contraditórias em prejuízo da Fazenda Pública, como vinha acontecendo nas hipóteses de compra de imóveis pelas autarquias para gozo dos particulares, como compromissários, o Poder Constituinte, pleonasticamente, acrescenta **in fine** do referido §: "nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto que incide sobre imóvel objeto de promessa de compra e venda".

A Constituição veda qualquer desigualidade de tratamento, inclusive de ordem fiscal, que **implique distinção** ou preferência em relação a qualquer pessoa ou entidade em prejuízo de outra (artigo 20).

Foi no intuito de por termo a este ***privilégio odioso*** de imunidade de impostos a particulares, que se beneficiavam à sombra de uma entidade pública, que a vigente Constituição expressamente revogou o benefício nestas hipóteses, configurando-se que a imunidade só se refere a **fim público**.

5 — Com referência aos serviços públicos, convém notar que a Constituição de 1934 os imunizava, mas, dado o "abuso" da interpretação elástica do texto correspondente em graves prejuízos ao Erário, tal benefício foi excluído a partir da Constituição de 1937. Ora, os serviços públicos, inerentes à atividade do Estado, são de interesse geral da coletividade. Porém, não obstante a sua utilidade pública, uma vez concedidos através da **delegação** às empresas concessionárias, são excluídos do benefício da imunidade.

6 — O § 2.o do art. 19, da Lei Magna, dispõe sobre a **isenção** (e não imunidade) de impostos estaduais e municipais concedida pela União, nas hipóteses de **relevante interesse social** ou econômico nacional. O interesse social, para justificar a isenção prevista no texto constitucional, deverá ser **importante, indispensável**, inadiável ao bem-estar social. Convém se ressaltar que o cuidado da adjetivação **relevante** tem a sua origem na experiência por que passou o Brasil, em determinada época, em que os benefícios concedidos às entidades, sob a forma de isenção, foram desastrosos.

É Pontes de Miranda quem, na sua erudição notória, ressaltando o interesse público relacionado com os benefícios fiscais, acentua: "As isenções **sem interesse público**, essas, são doações dissimuladas" (Comentários à Constituição de 1967. T. II, pág. 432).

Relembrando as experiências amargas resultantes das isenções abusivas concedidas pela Lei n.o 813, de 23 de dezembro de 1901, e comentando a respeito da jurisprudência decorrente, acrescenta: "O acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 30 de janeiro de 1914, sancionou, conscientemente, como outros, assalto ao Tesouro Nacional; ... A jurisprudência a respeito de apólices e serviços do imposto sobre renda que se formou no Brasil foi uma vergonha, e justificaria, por si só, reconstrução política. Muito pesou, a certos momentos". (ob. cit., pág. 421).

Prosseguindo nos seus comentários realistas sobre isenções de interesse de políticos e de grupos dominantes, conclui o ilustre mestre: "Há isenções enormes, que são como perfurações do Brasil" (ob. cit., pág. 422).

Das considerações, verifica-se que foi no sentido de evitar "abuso" que o Poder Constituinte previu as isenções constantes do § 2.o, do art. 19, de forma excepcional, visando a atender somente as hipóteses, que configurem relevante interesse social ou econômico nacional.

Ora, se para conceder isenção de impostos, que é **minus de direito**, na expressão de Pontes de Miranda (ob. cit., pág. 427), a Constituição exige "relevante interesse social ou econômico nacional, quanto mais em se tratando de **imunidade**, que é mais do que isenção, de acordo com a frase do referido autor, "porque mais é ser imune do que isento" (ob. cit., pág. 428), uma vez que **os requisitos à imunidade deverão ser observados com maior rigor, mais autenticidade, rígida e permanente fiscalização**, à vista do interesse público previsto na realização do objetivo da entidade beneficiada.

Da análise dos dispositivos constitucionais, em que ficou patente **a finalidade pública das entidades** ali previstas, evidencia-se que as **instituições de educação ou de assistência social** constituem pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos "sui generis", em face da característica do fim público exclusivo ou preponderante, atendendo à coletividade de forma gratuita e desinteressada, em colaboração com o Poder Público no desempenho de suas atribuições, no campo da assistência educacional ou social.

Ainda que se levasse em consideração apenas a interpretação **isolada** da alínea "c", do item III, do art. 19, da Constituição, mesmo assim estaria patente o requisito implícito do **fim público exclusivo ou principal** das instituições ali mencionadas. Isto porque, tratando dos partidos políticos e das instituições de educação ou de assistência social, em igualdade de condições, **ilógico seria tratar estas entidades em desigualdade de condições**, como vem ocorrendo perante parte da doutrina, dos juízes e dos tribunais. Ora, se para os partidos políticos — **pessoas jurídicas de direito público interno** — se exigem rigorosos requisitos para a sua organização, funcionamento e extinção, submetidos a rígido controle de fiscalização direta pela Justiça Eleitoral, quanto mais em se tratando de entidades privadas, **organizadas pelo livre arbítrio de particulares sem a observância de quaisquer requisitos específicos, constitucionais ou legais.** Tais entidades, em face da liberdade de associação, que lhes é assegurada pelo § 28, do art. 153, da Magna Carta, observam apenas o **fim lícito.** Todavia, convém ressaltar que a **licitude** não se discute, uma vez que é requisito obrigatório para a subsistência de **qualquer entidade**, quer de fins econômicos, quer de fins não econômicos. Seria mesmo um paradoxo se exigir tanto dos partidos políticos, dado o seu fim público como entes auxiliares do governo, submetê-los a rígidos requisitos, a rígida fiscalização quanto aos antecedentes dos seus partidários, quanto ao recebimento, depósito e aplicação de suas rendas, e nada se exigir das entidades privadas de fins não econômicos, constituídas sem nenhum controle quanto à idoneidade dos seus membros, quanto ao real cumprimento dos seus objetivos, nenhuma fiscalização direta e contínua por parte do Poder Público no tocante ao recebimento, a aplicação de suas rendas, enfim, tudo se realiza ao sabor da arbitrariedade dos seus membros.

Ora, a **imunidade não admite gradações.** É benefício de ordem constitucional, visando, exclusiva ou preponderantemente, a **fins públicos e não a fins particulares**, conforme logicamente ficou demons-

trado. No sentido de evitar abuso prejudicial ao Fisco, necessário se torna mais ampla e precisa disciplina, mais controle, mais rígida e contínua fiscalização por parte do Estado perante as entidades pleiteantes da imunidade, tendo por fim "**prevenir e repelir os abusos perpetrados à sombra da personalidade jurídica**", na frase prevista na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil, Saraiva, 1972, pág. XXIX.

É como muito bem adverte o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho: "As instituição educativas e assistenciais são meras pessoas de direito privado, criadas pela iniciativa particular e ao sabor desta. Seria plausível, por isso, que servissem de capa, cobrindo interesses egoísticos que, assim, se beneficiariam da imunidade no tocante a impostos" (ob. cit., pág. 169).

Da análise **isolada** da alínea "c", do item III, do art. 19, da Constituição, torna-se patente **o requisito implícito do fim público exclusivo ou principal** das instituições de educação ou de assistência social. Todavia, interpretando o texto em seu **conjunto, no seu todo**, correlacionando com as hipóteses previstas nas demais alíneas e parágrafos, **mais nítido se torna o requisito implícito do fim público**, uma vez que chega mesmo a evidenciar-se de forma expressa. Ora, os princípios implícitos são perfeitamente admitidos por expressas disposições constitucionais (artigo 13, § 1.o, etc.).

Para Aliomar Baleeiro: "A eficácia dos princípios implícitos é equiparável à das regras expressas. É no próprio texto expresso da Constituição que, por vezes, encontramos o prestígio atribuído ao que nela está implícito ou resulta da extensão e compreensão de suas disposições" (Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, 2.a ed., 1960, pág. 223).

Prosseguindo, acentua o ilustre autor que: "Se todos são iguais perante a lei", não será possível a esta reservar tratamento fiscal diverso aos indivíduos que se acham nas mesmas condições (ob. cit., pág. 224).

Segundo o Prof. Miguel Reale: "Desse modo, graças a um trabalho de extensão, revela-se algo de implícito na significação do preceito, sem quebra de sua estrutura" (ob. cit., pág. 330).

Do raciocínio do contexto do art. 19 e seus parágrafos, combinado com os arts. 152, 176 e seus §§ 1.o e 3.o, item III, da Constituição,

a eficácia do requisito implícito do fim público das entidades privadas pleiteantes da imunidade é tão patente que se equipara às regras expressas.

Reforçando a nossa convicção do fim público implícito no preceito constitucional, convém se observar que **a prevalência da interpretação de conjunto em antítese à interpretação isolada dos textos constitucionais e legais constitui objeto da mais recente hermenêutica jurídica.** De acordo com a atual doutrina dos abalizados mestres, longe vai o tempo em que só se admitia a interpretação literal e isolada das normas, dada a importância da **conexão** dos dispositivos no contexto da lei (Pontes de Miranda — Tratado de Direito Privado — Parte Geral, T. 1, Editor Borsoi — R. J., 1954, pág. 2; Prof. Washington de Barros Monteiro — Da interpretação das leis, in Rev. da Faculdade de Direito da USP, vol. LVII, 1962, pág. 146; Rubens Limongi França — Jurisprudência, seu caráter de forma de expressão do Direito, in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. 30, pág. 291).

Em nota inicial dos seus Comentários à Constituição Brasileira, o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, considerando sobre a aplicação dos textos da Constituição, comenta: "Mal conhecidos, os dispositivos desta são frequentemente ignorados ou aplicados de modo indevido. Inaplicadas ou mal aplicadas as regras constitucionais, desprestigia-se a Constituição, o que só favorece o arbítrio, o abuso do poder" (Comentários à Constituição Brasileira, vol. 1.o, Saraiva, 1972, pág. 5).

Prosseguindo, o ilustre mestre ressalta : "Sempre, todavia, se teve em mente que nenhum preceito pode ser interpretado isoladamente. Por isso, cada norma constitucional deve ser estudada, como cada uma o foi neste trabalho, em função e em relação com as demais, já que a Constituição traduz um sistema, de tal forma, que cada um de seus dispositivos somente ganha plena significação em face do todo (ob. cit., pág. 6).

O Prof. Miguel Reale, acentuando que "interpretar uma lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais" e criticando "a interpretação isolada" de um de seus artigos, explica : "Nada mais errôneo do que, tão logo promulgada uma lei, pinçarmos um de seus artigos para aplicá-lo isoladamente, sem nos darmos conta de **seu papel ou função no contexto do diploma legislativo.** Seria precipitado e ingênuo como dissertarmos sobre uma lei, sem estudo de

seus preceitos, baseando-nos apenas em sua ementa..." (Lições Preliminares de Direito, Editora da Universidade de São Paulo — José Bushatsky, Editor, ed. 1973, págs. 326 a 328).

Das lições convincentes dos eminentes mestres, verifica-se que a teoria da interpretação, que se restringe à análise **literal** e **isolada** do texto, não mais se justifica nos dias atuais. De acordo com a moderna hermenêutica, evidencia-se que o intérprete do Direito, desde o início, deve levar em consideração o significado de cada texto em correlação com outros da lei, admitindo-se todos os métodos (o gramatical ou literal, o lógico, o sistemático, o teleológico, o axiológico), que se relacionam e se exigem reciprocamente, para o perfeito entendimento do seu real conteúdo, do seu real espírito, quando de sua aplicação ao caso concreto.

7. Conclusão

1 — Em resumo das considerações previstas, demonstrou-se que as associações, para se declararem de utilidade pública, por expressas disposições legais, deverão observar os requisitos: a) que sejam constituídas no País com o fim exclusivo de servir desinteressadamente à coletividade, funcionando de forma efetiva; b) que adquiram personalidade jurídica; c) que não remunerem os cargos de sua diretoria. Todavia, convém observar que, no Brasil, **a declaração de utilidade pública não implica na concessão de imunidade, isenção de tributos ou de qualquer favor público semelhante.**

2 — Para a concessão da imunidade de impostos, benefício máximo previsto no texto constitucional, necessário se torna a observância do conceito específico da palavra "instituições" que, no seu sentido técnico-jurídico, se refere apenas às entidades (associações ou fundações) de utilidade pública de **fim público exclusivo ou principal, servindo gratuita e desinteressadamente à coletividade, quer no setor da assistência educacional, quer no da assistência social.** Acentua-se que as demais entidades de fins não econômicos que, **atendendo principalmente aos seus associados,** colaboram com o Estado no atendimento espontâneo (educacional ou social) aos carente de recursos, **de forma secundária,** poderão ser beneficiadas por meio de **auxílios, subvenções,** até mesmo **isenções, proporcionalmente à gratuidade** desempenhada, mas, **jamais, de imunidade de impostos.**

3 — Consequentemente, observando os requisitos expressos do art. 14 do C.T.N., que se limitam a formalidades extrínsecas, deverão as entidades observar, obrigatoriamente, o **requisito implícito do fim público exclusivo ou principal**, requisito este essencial, previsto de forma lógica pela Constituição, que, expressamente, **equipara o que está implícito às próprias regras expressas.**

4 — Da inteligência da alínea "c", item III, do art. 19, da Constituição, e do art. 14 do C.T.N., combinados com as alíneas a, b, c, do item III, e §§ 1.o e 2.o do art. 19, arts. 152, 176, §§ 1.o e 3.o, item III, da Constituição, demonstrou-se a **evidência do fim público exclusivo ou principal** a ser observado pelas instituições, sob pena de real sacrifício aos objetivos constitucionais da assistência educacional e social

5 — Demonstrou-se, ainda, que tal raciocínio de **conjunto**, em contraposição à interpretação **isolada** do texto, está fundamentado na mais moderna Hermenêutica Jurídica, através da qual cada texto deve ser estudado em função e em correlação com os demais, no sentido de se aplicar o seu real conteúdo ao caso concreto.

6 — Do exposto, as **associações de utilidade pública** (inclusive as **fundações**), além da observância dos requisitos próprios para a sua declaração de utilidade pública, **uma vez equiparadas às instituições de educação ou de assistência social, para os efeitos da imunidade de impostos**, deverão, necessariamente, observar os seguintes requisitos :

1 — O **requisito implícito do fim público exclusivo ou principal**, substancial e inerente às entidades privadas desde a sua constituição, no sentido de servir gratuita e desinteressadamente à coletividade, por implícitas e expressas disposições constitucionais.

2 — Os **requisitos explícitos**, formais, previstos no art. 14 do C.T.N.: das entidades não terem fim lucrativo, aplicarem os seus recursos, integralmente no País, na manutenção dos seus objetivos institucionais e manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros capazes de assegurar sua exatidão.

DA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS DE IMUNIDADE E ISENÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO*

JOSÉ EDUARDO NOGUEIRA MELLO

1. A Imunidade Fiscal; 2. A Isenção Fiscal; 3. Interpretação das Normas de Imunidade e Isenção Fiscais; 4. Conclusões; 5. Referências Bibliográficas.

1. A Imunidade Fiscal

1.1 Conceito

A palavra Imunidade, (do latim "im-munitas") tem o sentido de estar ninguém livre de "munera", isto é, de encargos públicos.(1)

A evolução semântica do vocábulo, com o correr dos anos, trouxe-lhe outros significados, além daquele desvinculando-o da idéia de direito e de encargo público. São comuns as referências ao termo para significar privilégio, ou a qualidade de não estar sujeito a algum ônus ou encargo. No Direito Público Constitucional, falamos em "imunidades parlamentares". No Direito Internacional Público, em "imunidades diplomáticas". Ambos os termos são usados para um complexo de privilégios advindos do exercício de cargos específicos.

Em matéria tributária as imunidades e isenções têm sua origem, diz Walter Barbosa Corrêa :

> "nos privilégios e franquias tributárias, estes tão antigos, conforme ensina Tangorra, que se pode dizer coevos à primeira economia financeira propriamente dita, e quase à primeira forma de sociedade humana."(2)

* Trabalho apresentado no Curso de Pós-graduação da Faculdade de Direito da USP.

Ditos privilégios tributários, através dos tempos, vieram aperfeiçoando-se, acompanhando "pari passu" as transformações sociais e políticas, até os dias atuais, em que vamos encontrá-los subordinados aos superiores preceitos do Estado de Direito.

A Imunidade Tributária, subjetivamente, é uma prerrogativa, reconhecida a pessoa, fato ou coisa, de não ser atingido pelo poder tributante.

Do ponto de vista objetivo, imunidade é "uma limitação constitucional à competência para editar normas jurídicas de imposição".(3) Esta limitação concretiza-se pela subtração, ao campo da tributação, de determinadas pessoas ou fatos, que, em países de Constituição rígida, como o Brasil, é estabelecida pelo próprio Estatuto Supremo. Este também é o entendimento de Aliomar Baleeiro, quando, estudando o assunto, explica que a imunidade é o meio pelo qual se limita o poder de tributar, "verbis":

> "As limitações constitucionais ao poder de tributar funcionam por meio de imunidades fiscais, isto é, disposições da lei maior que vedam ao legislador ordinário decretar impostos sobre certas pessoas, matérias ou fatos, enfim, situações que define." (4)

Assim, quando a Constituição diz que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, criar impostos sobre o patrimônio, a renda, ou os serviços de partidos políticos, verifica-se que nenhum daqueles entes públicos poderão decretar impostos que gravem os partidos políticos. É-lhes defeso fazê-lo.

De se observar que tais normas são também regras do mais elevado interesse público, preceitos de política tributária e que, sendo normas gerais, devem ser entendidas de interesse nacional.

A imunidade tributária, em primeiro lugar, aparece como uma exigência da própria existência e funcionamento do Estado Federal, sem o que os diversos entes estatais seriam levados a antagonizar-se, ao invés de, harmônica e construtivamente, caminharem para a realização de sua finalidade própria e última, o bem comum. Posteriormente, surgem os princípios políticos adotados pelo Estado, na sua elevada missão de tutelar a sociedade e todos que nela vivem. Em seguida, como acontece no Brasil, instituem-se inúmeras imunidades: a dos Partidos Políticos, cujo escopo é a defesa da própria essência

do regime democrático; a das instituições de educação e assistência, que objetiva a defesa e incentivo das instituições cuja finalidade tenha grande alcance social e humano; a do livro, jornais e periódicos, que visa facilitar e difundir a cultura.

Nota-se, portanto, que a imunidade tributária possui conceito específico, próprio, qual seja o de tirar da competência do ente federado o poder tributário relativamente a certos atos, fatos ou pessoas.

1.2 Competência para estabelecer Imunidades

A Imunidade, sendo uma restrição à competência tributária dos vários níveis de governo, só pode ser instituida pelo estatuto competente para distribuir referidas competências, que é a Constituição. Sobre isto não paira qualquer dúvida entre os doutrinadores nacionais, não cabendo invocar os alienígenas, uma vez que a imunidade, como conceito de Direito Tributário, só entre nós tem contornos definidos, estando nitidamente diferenciada da Isenção.

Assim, entre nós, a imunidade faz parte do chamado Direito Constitucional Tributário, conceituado por Dino Jarach, como a parte do Direito Constitucional *que "é tributária pelo objeto a que se refere*, porém é Constitucional, porque sua tarefa consiste em disciplinar a soberania do Estado, em determinado setor — o da atividade tributária".[5] Embora, para efeitos didáticos, a imunidade seja estudada com a isenção fiscal, não resta a menor dúvida ser ela de natureza constitucional.[6]

A Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, com a redação da Emenda Constitucional 1, de 1969, é que regula o assunto, ao dispor :

> "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;
>
> b) os templos de qualquer culto;

c) o patrimônio, a renda ou os serviços dos partidos políticos e de instituições de educação ou de assistência social, observados os requisitos da lei;

d) o livro, o jornal e os periódicos, assim como o papel destinado à sua impressão.

Parágrafo 1.o — 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.

Parágrafo 2.o — A União, mediante lei complementar e atendendo a relevante interesse social ou económico nacional, poderá conceder isenções de impostos estaduais e municipais."

Verifica-se do enunciado que a Constituição, usando de seu poder de distribuir a competência tributária aos diversos entes federados, deixou de dar-lhes certo poder fiscal. Com efeito, não podem eles estabelecer imposto sobre as pessoas, fatos ou coisas, alí mencionados, por falta de competência.

O citado dispositivo Constitucional menciona somente impostos na sua proibição. Ora, como se sabe, estes são uma espécie do gênero tributo, pelo que se impõe a pergunta : Existiria imunidade em relação às taxas e contribuições?

Parece que nada impede a cobrança das taxas e da contribuição de melhoria àqueles sujeitos, objetos e situações imunes. De fato, as taxas são remuneratórias da atividade estatal em relação ao contribuinte e, assim sendo, a criação de imunidades em relação a elas implicaria na incoerência de incrementar a inexequibilidade dos serviços a serem prestados, eis que devem ser custeados através da arrecadação própria, que nada mais representa senão o seu preço de custo. O mesmo se diga da contribuição de melhoria que tem por objetivo custear a obra pública através da tributação da mais valia dela decorrente.

Porém, em matéria de competência nada obstaria, "no plano estritamente jurídico" que a Constituição estendesse a Imunidade às demais espécies de tributos. A restrição que existe encontra explicação "em princípios financeiros a que nosso direito deu guarida"[7].

1.3 Elementos Característicos

A Imunidade, obstando a própria atividade legislativa criadora do tributo, impede a existência da obrigação tributária, não permitindo o seu próprio nascimento. Assim sendo no dizer de Edmilson Moreira Arraes, trata-se de um conceito "global, unitário e permanente"[8].

Suas características básicas são:

a — **É uma limitação constitucional.** A Imunidade tem origem em expressa determinação constitucional. "Só se configura, quando estatuída pela Constituição"[9]. Com efeito, sendo limitação à competência tributária, só pode ser constitucional, pois só esta pode dar ou alterar a competência para o exercício do poder de tributar.

b — **É uma limitação de natureza tributária.** A imunidade, impedindo a tributação em determinados campos, é antes de tudo uma limitação ao poder de tributar que a Constituição distribui à União, aos Estados e aos Municípios. É verdadeira limitação ao próprio exercício da capacidade tributária ativa. De fato, a Constituição, fundamentada no imperativo do interesse público, proíbe aos vários entes estatais de legislar sobre a incidência de seus tributos em relação a certas pessoas, matérias ou fatos, enfim, situações que especifica. Assim, quando a Constituição do Brasil diz que:

> "É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> .....
>
> III — Instituir imposto sobre:
> a) ....."

está retirando **expressamente**, aquelas coisas, situações e pessoas da esfera de competência tributária dos entes estatais que, assim, fica limitada.

c — **É una, ampla e permanente.** A imunidade tributária, quando existente, não comporta restrições nem fracionamentos, abarca todos os atos ou fatos praticados pelo beneficiário e refere-se a todos os

impostos. Ligada como está aos princípios básicos de existência do Estado, reveste-se de uma fixidez, como se fora um princípio. Todavia, cumpre lembrar que é dispositivo constitucional e, como tal, está sujeita a modificações. Sua característica de fixidez avulta ao ser comparada com a isenção, que, na generalidade dos casos, se modifica ao sabor da realidade social momentânea. Assim, por exemplo, ao ser estabelecida a imunidade dos templos de qualquer culto, nenhuma limitação poderá sofrer este benefício, qualquer que seja o culto. Assim, este estará amplamente a coberto de impostos de qualquer espécie, a qualquer tempo, enquanto subsistir a imunidade, ou seja, o próprio preceito constitucional.

d — **Tem existência própria.** "Possui essência abstrata, existindo em função da norma constitucional. Para atuar não é necessário já existir a incidência" afirma Walter Barbosa Corrêa[10].

De fato, uma vez estabelecida, independe da lei ordinária para atuar, opera por si mesma.

2. A Isenção Fiscal

2.1 Conceito

A competência constitucional recebida pelos vários entes federativos para tributar, implicitamente, contém a faculdade de criar ou não o tributo e também a de isentar da incidência. A estas faculdades correspondem os conceitos jurídico-tributários de incidência, não incidência e isenção, respectivamente.

A isenção é a dispensa do pagamento do tributo devido, em virtude de lei. Na definição de Rubens Gomes de Souza:

> "Isenção é o favor fiscal concedido por lei, que consiste em dispensar o pagamento de um tributo devido"[11].

e Ruy Barbosa Nogueira:

> "Isenção é a dispensa do tributo devido, feita por disposição expressa de lei e por isso mesmo excepcional"[12].

Assim conceituada, a isenção pressupõe a ocorrência do fato gerador e a constituição da obrigação respectiva; a dispensa refere-se só ao pagamento.

2.2 Não Incidência

A não incidência decorre do fato de o poder tributante não criar o tributo para o qual recebeu competência, ou, criando-o "in genere", não incluir na respectiva definição do fato gerador determinadas situações que, destarte, estarão fora do campo de incidência. Num ou noutro caso o poder tributante guiou-se, apenas e tão só, por considerações político-econômicas, não estando obrigado à obediência de quaisquer preceitos de ordem jurídica ou constitucional.

Ao revés, para isentar, além de considerações político-econômicas, o poder tributante está adstrito a obedecer a Constituição no que respeita às esferas de competência privativa e, em especial, aos princípios constitucionais tributários, como o da igualdade de todos perante a lei, e o da capacidade econômica do contribuinte. Quanto a este último cabe lembrar que, embora não mais expresso na atual Constituição, continua válido, como uma imposição do regime político-jurídico e do sistema tributário adotados.

2.3 Classificação das Isenções

Costumam os estudiosos classificar as isenções em objetivas e subjetivas.

Objetiva ou real é a isenção estabelecida em atenção à natureza do ato, fato ou negócio, sujeito ao imposto, isto é, só leva em conta, uma determinada condição do objeto.

Subjetiva ou pessoal, ao inverso, é aquela estabelecida em consideração à pessoa do contribuinte.

Pode-se ainda falar, não para maior rigor da classificação, apenas com a finalidade de lembrar algumas consequências práticas e também para fixar mais alguns detalhes em Isenções Gerais, Contratuais, Condicionadas e Constitucionais.

Gerais são as isenções dadas, sem exigência de qualquer contraprestação. Aliás, é o caso da maior parte delas. A menção a esta classe tem por fim distinguí-la das condicionadas. As isenções gerais também são chamadas gratuitas, porém impropriamente.

Contratuais, impropriamente assim chamadas porque costumam figurar em contratos de Serviço Público. Na verdade, a isenção nestes casos emana de texto de lei, e a sua reprodução no contrato visa ratificar a obrigação estatal, vinculando-o em negócio jurídico bilateral, para que seja evitado às partes o inconveniente de ficarem sujeitas a interpretações e, principalmente, à empresa privada de correr o risco da revogabilidade da isenção.

Condicionadas são as isenções outorgadas mediante o preenchimento de determinadas condições. Nestas também há bilateralidade que se perfecciona com o preenchimento, pelo particular, das condições determinadas, estabelecendo uma verdadeira reciprocidade de direitos e obrigações.

"Juridicamente" tanto as condicionadas como as contratuais confundem-se "ante a reciprocidade de direitos e obrigações que ocorre em um e no outro caso" [13].

Assim sendo, tais isenções configuram situações jurídicas individuais, permitindo-se falar em direito adquirido à isenção ou na irrevogabilidade das mesmas[14].

A título de anotação, há ainda as isenções "ditas constitucionais", [15] por serem mencionadas pelo Estatuto Supremo. Em boa técnica, estes dispositivos, como era exemplo a isenção do imposto de consumo aos artigos considerados como o mínimo indispensável às pessoas de restrita capacidade econômica (art. 15, § 1.o da Constituição de 1946), não deveriam figurar na Carta Magna. Aliás, a atual Constituição, com melhor técnica, aboliu-as de seu texto.

2.4 Competência para outorga de Isenções

Sendo a isenção uma dispensa de pagamento do tributo devido, um verdadeiro favor legal, a competência para conceder este benefício emana do próprio poder de tributar. Assim, os vários níveis de governo, União, Estados e Municípios, cada qual dentro do seu campo privativo de imposição, é competente para isentar dos tributos que lhes cabem.

Porisso é que ensina Ruy Barbosa Nogueira:

> "Sòmente pode isentar quem tenha poder para criar o tributo, pois é uma dispensa de obrigação de pagar"[16].

Existe uma exceção à regra de que o poder de tributar contém também o de isentar; ou melhor, existe uma pequena exceção que se contém na resposta à indagação seguinte: pode a lei federal conceder isenção ou redução de impostos estaduais e municipais?

Responde-o Aliomar Baleeiro, em análise do dispositivo contido no parágrafo único do art. 31 da Constituição de 1946, concluindo pela possibilidade desta isenção, desde que atenda e garanta o interesse coletivo:

> "E' sempre de presumir-se inspirada em superior intenção de garantir o interesse comum nacional e local, a isenção tributária que, elaborada pelas duas Casas do Congresso e sancionada pelo Presidente da República, não chocou a consciência jurídica dos Juízes do Supremo Tribunal Federal. Não é provável que, nessas circunstâncias, o interesse coletivo esteja mais amparado pela obstinação do fisco local, nem sempre esclarecido e integrado no espírito da comunidade pátria"[17].

O entendimento do ilustre constitucionalista, então baseado em decisões do Supremo Tribunal Federal, foi no que diz respeito aos serviços públicos restringida, mas em outro sentido ampliada pelo disposto no parágrafo 2.o do art. 19, da atual Constituição, que consagra a possibilidade de a União conceder isenção de impostos estaduais e municipais:

> "parágrafo 2.o — A União, mediante lei complementar, atendendo a relevante interesse social ou econômico nacional, poderá conceder isenções de impostos estaduais e municipais."

Assim, excepcionalmente, pode a União, através de lei complementar, conceder isenção de impostos federais, estaduais ou municipais. Mas jamais de taxas ou de contribuição de melhoria.

2.5 Elementos característicos

Vejamos, agora, as características da isenção fiscal. Bàsicamente, são as seguintes:

> a) E' um favor fiscal concedido pelo poder tributante. A isenção é a dispensa pelo poder tributante, dentro de sua competência impositiva, do pagamento de um tributo devido. Exceção do caso já salientado em que a União ou-

torga o benefício fiscal com respeito a impostos estaduais e municipais. Assim, quando a lei estadual do imposto de circulação de mercadorias isenta do tributo as saídas de mercadorias que tenham entrado para integrar o ativo fixo do estabelecimento, está criando uma exceção à regra de que toda a saída é tributada. Só a lei estadual poderia fazê-lo, uma vez que é sua a competência para legislar sobre o citado tributo.

b) E' estatuída em lei. Toda isenção tem origem legal, devendo constar de dispositivo expresso, dado o seu caráter de excepcionalidade. Por exemplo, quando a lei municipal isenta do imposto sobre serviços de qualquer natureza as associações culturais e esportivas, não se deve entender como abrangidas pela isenção as associações de caráter técnico ou profissional.

c) Não permite a exigibilidade do tributo. Ocorre o fato gerador e a obrigação tributária nasce, não sendo exigido o respectivo pagamento por força da isenção. Assim, a isenção situa-se no campo da incidência fiscal. Aliás o Código Tributário Nacional reconheceu-lhe esta característica. De fato, tendo traçado nítida distinção entre obrigação de crédito tributário, colocou a isenção como uma das causas de exclusão do crédito tributário, o que implica em aceitar que, nos casos de isenção, ocorrem a incidência do tributo e constituição da obrigação respectiva, ficando porém excluído o crédito que assim não se constitui e portanto é inexigível.

d) Não tem essência abstrata, existindo sempre em função da incidência. A isenção, como acontece com a não incidência, é qualidade dependente do tributo, não tendo vida própria. Só há isenção, depois de surgida a incidência[13].

e) E' excepcional e provisória. De fato, como favor é uma exceção e, estando na competência do legislador ordinário, está evidentemente sujeita às flutuações dos interesses passageiros.

2.6 A Isenção e o Princípio de Igualdade perante a Lei

Face ao princípio de que todos são iguais perante a lei (Constituição Federal, art. 153, § 1.o) as normas de isenção, à primeira vista, parecem criar privilégios, beneficiando uns contribuintes em detrimento de outros, com infringência do princípio constitucional.

Porém, sendo a isenção concedida por lei, pressupõe-se que esta, como norma de caráter geral, editada pelo Estado, considerou previamente a matéria respectiva como sendo de interesse público geral, ois que do contrário, tal lei estaria eivada de vício de inconstitucionalidade.

A aplicação do princípio de igualdade, em matéria tributária, se faz tributando igualmente a pessoas e situações iguais e, desigualmente, a pessoas e situações desiguais, "se possível na exata medida da desigualdade apurada"[19].

Assim, a isenção, para que seja válida não poderá infringir o também chamado princípio da **isonomia tributária**. As discriminações, quer se baseiem em diferenças de fato entre as pessoas, objetos e situações atingidas, quer no interesse da arrecadação ou no interesse social, devem ser **lícitas**, isto é, devem ter substância, baseada na existência de diferenças reais, que autorize a desigualdade de tratamento.

Isto ocorrendo, é regra geral de que a dispensa do tributo deve favorecer a todos que estiverem em situação igual.

A esta regra admite-se uma exceção, referente a certas isenções específicas, concedidas, tendo em vista uma finalidade própria, por exemplo o incremento ao estabelecimento de indústrias em determinada região. Neste caso, a empresa que se dispuser a se estabelecer naquela região, embora juridicamente igual às suas demais congêneres do país, terá uma situação privilegiada. Porém, se tivermos em conta que o benefício do incremento à industrialização de uma região foi criado, em consideração aos superiores interesses nacionais, verificamos que nem mesmo neste caso há infringência ao princípio da igualdade.

Nestas hipóteses, o "problema da igualdade na concessão de isenções específicas se desloca para a verificação da existência do aludido interesse público. E, nesta esfera, a decisão legislativa deve, via de regra, ser acatada, salvo se arbitrária"[20].

Portanto, a aparente exceção ao princípio da igualdade se resolve pela perquirição da existência do interesse público que, presumivelmente, sempre está presente nas leis, e, assim, nas isenções, uma vez que estas são criadas só por lei.

3. Interpretação das Normas de Imunidade e Isenção Fiscais

3.1 A interpretação das leis

> "Interpretar é determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito"[21]

A interpretação visa, em última análise, determinar qual o sentido apropriado, no qual deve ser entendida e praticada uma expressão de direito.

A interpretação, como nos ensina Carlos Maximiliano, varia conforme o ramo do direito, devendo no direito tributário interpretar-se restritivamente os dispositivos de isenção, e, ampliativamente, os de anistia[22].

Porém, é preciso resultar esclarecido que as expressões "interpretação ampliativa" e "interpretação restritiva" não implicam em ampliação ou restrição do preceito legal, mas visam unicamente, em termos de interpretação, identificar a efetiva vontade da lei, que pode ir mais além ou aquém da fórmula empregada.

Por isso é que Ézio Vanoni, referindo-se quer às normas tributárias gerais, quer às excepcionais, diz que o intérprete deve somente por em relevo a vontade da lei "sem se preocupar com saber-se, assim fazendo, ultrapassa as palavras da norma, ou se atribui ao preceito um alcance mais restrito que aquele que a fórmula pudesse admitir"[23].

Assim é que essa tendência, já acentuada e defendida nos idos de 1930 por Vanoni, também é válida para a interpretação de nosso direito positivo onde é correto dizer que " a interpretação não é **pro fisco** nem **pro contribuinte, mas pro lege**" [24].

No caso dos benefícios fiscais tem-se entendido, não obstante a interpretação seja "pro lege", que o aplicador e o intérprete, na busca da efetiva vontade da lei, devem atentar para o caráter restrito inerente ao princípio informador do dispositivo legal de benefício, princípio este que traz em si a idéia de excepcionalidade, de favorecimento, e que portanto a própria "ratio legis" é restrita e que assim devem ser entendidos os favores.

Enfim, haveria diferenças entre a interpretação das normas de imunidade e as de isenção?

3.2 As normas de Imunidade

Sendo a imunidade uma verdadeira restrição à capacidade de legislar sobre imposição, difere essencialmente da isenção que é um favor legal de dispensa do tributo devido. Na primeira, a obrigação tributária não chega a nascer, na segunda, ela nasce e tem o respectivo cumprimento dispensado.

No que respeita à isenção, tem-se entendido, e com razão, que suas normas se interpretam restritivamente, face ao caráter de favor com que é outorgada, não se permitindo presumir a extensão de tal favor, restrito por sua própria índole.

Na imunidade, tendo em vista os superiores interesses políticos que a informam, a interpretação não pode, forçosamente, restringir-se à só letra dos textos; faz-se mister preservar a amplitude inerente aos seus princípios criadores.

Por isso, não é certo que se apliquem os mesmos métodos interpretativos para determinar o sentido e o alcance de umas e outras.

"O método teleológico é o único capaz de deslindar possíveis dúvidas quanto à verdadeira extensão da imunidade hábil ao fim tido em vista" [25].

A Imunidade não pode ser contrariada, restringida ou ampliada por lei ordinária. E' de atendimento obrigatório por todas as entidades tributantes que "jamais poderão desconhecê-la, desaplicá-la ou transferir a obrigação tributária para outro sujeito não imune" [26].

Como limitação de natureza constitucional, é regra genérica e ampla e assim deve ser interpretada. Não é a imunidade uma renúncia ao poder de tributar, ou favor concedido a objeto ou pessoa. Por isso, feita a necessária e prévia observação de que a interpretação chamada extensiva não implica em estender o alcance da lei, em ampliar a norma tributária, mas sim em ser um processo de busca do verdadeiro alcance destas, é que Bernardo Ribeiro de Moraes afirma: "As normas referentes à imunidade tributária devem receber, da parte de quem as interpreta, um sentido ampliativo" [27]. Também Amilcar de Araújo Falcão, depois de concordar com a interpretação restritiva no que respeita à isenção, é mais contundente ao afirmar: "Inversamente, a interpretação, quer nos casos de não incidência, quer, por-

tanto, nos de imunidade (para ele a Imunidade é uma forma qualificada de não incidência), é ampla, no sentido de que todos os métodos, inclusive o sistemático, o teleológico e outros, são admitidos" [28].

Assim, por exemplo, quando a Constituição de 1946 vedou aos diversos entes públicos lançar impostos sobre os bens, rendas e serviços uns dos outros, estabeleceu uma imunidade recíproca, na qual, também, dever-se-ia ao menos entender como incluídas no benefício, as autarquias, conhecidas como Institutos de Aposentadoria e Previdência. De fato, tais entidades desempenham função eminentemente pública e a sua não tributação, tendo em vista esta finalidade, está implícita no princípio acolhido pela Constituição qual o de preservar a própria Federação, sua harmonia e finalidade.

3.3 As normas de Isenção

Ao contrário do que ocorre com as normas de imunidade, as de isenção representam uma renúncia do poder tributante à sua própria competência para tributar, não sendo de se presumir a renúncia, pois ela implica na concessão de um favor.

Assim, as disposições sobre isenção devem constar de disposição legal expressa, não se podendo presumí-las, além dos limites estritos dos respectivos preceitos.

Ademais, as isenções são exceções ao princípio constitucional da igualdade tributária e como exceção devem interpretar-se restritivamente. Tal é a lição de Carlos Maximiliano, frisando a necessidade de maior rigor no interpretar disposições excepcionais: "Não se presume o intuito de abrir mão de direitos inerentes à autoridade suprema". Portanto, salvo disposição legal, presunção é de que o Estado não abriu mão de sua autoridade para exigir tributos.[29]

Cabe aqui uma observação quanto ao alcance da expressão "restritiva", melhor dita, face ao Código Tributário Nacional, "literal". Não se deve dar à norma de isenção alcance maior que o pretendido pelo legislador, mas, sim, todo o alcance visado. Por isso é que o Código Tributário Nacional (art. 111 ns. I e II) diz que a interpretação da isenção deve ser literal.

Neste sentido, aplica-se o ensinamento de Walmor Franke em cujo sentido o Supremo Tribunal Federal vem decidindo, mudando a anterior orientação:

"Na exegese das leis de isenção a interpretação restritiva (literal) não impede que se dê à mesma toda a compreensão que ela logicamente possui, devendo combinar-se, outrossim, a regra da interpretação estrita com a do art. 5.o da Lei de Introdução do Código Civil, de sorte a emprestar-se à isenção menor ou maior abrangência, conforme o exigir, em cada caso concreto, a maior ou menor relevância do interesse público protegido ou visado pelo preceito isencional" [30].

4. Conclusões

1. As normas de imunidade e isenção devem ser interpretadas diferentemente.

2. Não se há de atender ao caráter genérico do benefício fiscal, mas sim ao exame da essência dos conceitos jurídico-tributários.

3. A imunidade deve merecer uma interpretação, tendo em vista suas características e expressões genéricas, enquanto que a isenção deve ater-se, mais, à letra da lei.

4. Fazendo-se isto não se está admitindo uma interpretação restritiva nem extensiva, mas buscando o sentido real da lei.

5. Referências Bibliográficas

1. cf. Edmilson Moreira Arraes, in "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", vol. XXV, verbete "Imunidade", pág. 255.

2. Walter Barbosa Corrêa, in "Rev. Dir. Adm.", vol. 73/436.

3. Pontes de Miranda, in "Comentários à Constituição de 1946", 2.a ed. vol. II, pág. 157.

4. cf. Aliomar Baleeiro, "Uma Introdução à Ciência das Finanças", 2.a edição, 1958, vol. II, pág. 468.

5. Dino Jarach, "El Hecho Imposible", 1.a edição, pág. 22.

6. cf. Aliomar Baleeiro, op. e loc. cita; Ruy Barbosa Nogueira, "Curso de Direito Tributário" 1.o ed. pg. 193; Edmilson Moreira Arraes, verbete "Imunidade", in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro; Amilcar de Araujo Falcão, in "R.D.A." 66/368.

7. cf. Walter Barbosa Corrêa, in "Rev. Dir. Adm.", vol. 73/438.

8. in "Repertório", citado, pág. 256.

9. cf. Amilcar de Araújo Falcão, in "Rev. Dir. Adm." vol. 66/368.

10. cf. Walter Barbosa Corrêa, op. e loc. cit.

11. cf. Compêndio de Legislação Tributária, pág. 75.

12. cf. "Curso de Direito Tributário", 1964, pág. 193.

13. cf. Rubens Gomes de Souza, in "Rev. Dir. Adm.", vol. 88/259.

14. cf. Seabra Fagundes, in "Rev. Dir. Adm.", vol. 58/1.

15. cf. Celio Peixoto de Azevedo Loureiro, in "Repertório." cl. vol. XXIX, verbete "Isenção".

16. cf. Ruy Barbosa Nogueira, in "Curso de Direito Tributário", 1.a ed. pág. 193.

17. cf. Aliomar Baleeiro, in "Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar", 2.a ed. pág. 178.

18. cf. Walter Barbosa Corrêa, in "Rev. Dir. Adm." cit. pág. 440.

19. cf. Antonio Roberto Sampaio Dória, in "Princípios Constitucionais Tributários" e a Cláusula "Due Process of Law", São Paulo, 1974, pág. 193.

20. cf. Antonio Roberto Sampaio Dória, cit. pág. 196.

21. cf. Carlos Maximiliano, in "Hermenêutica e Aplicação do Direito", 8.a edição, pág. 13.

22. Idem, idem, pág. 346.

23. Ezio Vanoni, in "Natureza e Interpretação das Leis Tributárias", trad. de Rubens Gomes de Souza, pág. 321.

24. cf. Ruy Barbosa Nogueira, in "Da Interpretação e da Aplicação das Leis Tributárias", 1963, pág. 138.

25. cf. Gilberto de Ulhoa Canto, in "Temas de Direito Tributário", vol. I, pág. 269.

26. cf. José Manoel da Silva, artigo "A Imunidade no Direito Tributário", in Rev. Fisco e Contribuinte, out./67, pág. 763.

27. cf. Bernardo Ribeiro de Moraes, in "Doutrina e Prática do Imp. de Ind. e Prof.", tomo II, pág. 656.

28. cf. Amilcar de Araújo Falcão, in "Rev. Dir. Adm.", vol. 66/372.

29. cf. Carlos Maximiliano, op. loc. p. 346.

30. cf. citação de Rubens Gomes de Souza, in "Rev. Dir. Adm." vol. 88/268.

DAS TERRAS DEVOLUTAS

"Valor das decisões administrativas nos processos discriminatórios e desnecessidade de prévia demarcação para reivindicar".

CLEUZO PERES

Os Tribunais Paulistas têm entendido em alguns julgados que "as ações discriminatórias tem o caráter administrativo e por isso não fazem coisa julgada".

Rev. Trib. 97/163 — 116/687, 137/616 e 147/223.

Temos para nós entretanto, com a devida vênia, que o Judiciário atualmente não aplicou a interpretação da lei no tempo e no espaço, e se a questão fosse analisada por esse aspecto, por certo outros resultados seriam alcançados. Assim, para que melhor nos enquadremos na matéria, deveremos nos reportar ao tempo da legislação de terras, numa pequena síntese, para não nos alongarmos demasiadamente.

O Brasil tem na terra pública uma situação peculiar, desde que nossa História remonta antes mesmo de o Brasil ter sido descoberto, porque, pelo Tratado das Tordesilhas, as terras do Oeste pertenceriam à Espanha e as do Leste a Portugal. Desta forma Portugal já tinha o domínio das terras brasileiras antes de aqui aportar Pedro Álvares Cabral. No reinado de João III, Martin Afonso de Souza veio para tomar posse dessas terras, e a Corca resolveu criar o sistema das Capitanias, num regime quase idêntico ao regime feudal europeu, passando ao correr dos anos ao sistema das Sesmarias, a partir de 1532.

Com o nascimento da nação politicamente organizada no ano de 1549, criou-se a unidade administrativa brasileira, mas a distribuição das terras continuou sob o regime das Sesmarias, agora não mais concedidas pelos Capitães-Mores, mas pelo Governo central, conforme normas das Ordenações de Felipe de Castela (Código Filipino, de 29 de janeiro de 1643).

Portanto, a legislação de terras do Império eram essas Ordenações, que regularam as Sesmarias por quase três séculos, perdurando até cerca de 50 anos antes de nossa Independência. Criou-se assim no povo brasileiro a mentalidade do latifúndio, pois as sesmarias somente atingiam aos mais influentes, aos amigos dos Governadores, da Coroa, dos Capitães, e não ao posseiro. Com o advento da Resolução de 17 de julho de 1822, que suspendeu o sistema das concessões por sesmarias, em 18 de setembro de 1850, foi aditada a Lei 601, conceituando juridicamente as terras devolutas. A primeira Lei de Terras do Brasil que veio dar proteção ao pequeno posseiro, numa verdadeira revolução social de terra na época.

Instituia-se assim a conceituação jurídica da terra devoluta, que perdura até hoje, com ligeiras alterações. Seriam, em síntese, as terras sem dono, ou as "ilegalmente ocupadas", mesmo porque jamais deixariam de ser públicas, pelo domínio originário do Estado sobre as mesmas.

Para regular o sistema da legitimação, surge um sistema jurídico processual da época, a fim de que o posseiro pudesse legitimar sua posse, criando-se a figura do Juiz Comissário das Medições. Através de "requerimento" dos sesmeiros, concessionários ou posseiros, iniciava-se o "processo" a que se poderia denominar de "contencioso-administrativo", tomado do direito administrativo francês do séc. XIX. Sob as ordens do Juiz Comissário estavam "escrivão, agrimensores, topógrafos, ajudantes de corda e balizas". Após o requerimento e verificados os pressupostos da lei, o Juiz marcava o dia da medição, tornando-a pública por editais afixados na freguesia, determinando a expedição das "cartas de citação" aos confrontantes, e no dia designado, na presença de todos, era "lavrado o termo" e declarava-se "aberta a audiência", ouvindo-se "a parte e os confrontantes" (art. 39 da Lei 1318). Ultimada a medição e feita a demarcação, "lavrados nos autos" os termos da medição, o Juiz Comissário "julgava por sentença" e recorria de ofício ao Presidente da Província. Depois de ouvido o Delegado Diretor das Terras Públicas do Império do Brasil, o Presidente ordenava a expedição dos títulos de domínio. Dessa de-

cisão cabia recurso ao Governo Geral. Como se vê, havia um processo judicial completo, com amplo direito de defesa, apresentação de recursos à sentença.

Adveio a Constituição Federal de 1891, fixou-se competência à União para legislar sobre "direito civil, comercial da República e o processual da Justiça Federal" (art. 34, item 22) e assim cada Estado-Membro passou a ter competência para legislar sobre a matéria processual. Com base nesse princípio constitucional, o Estado de São Paulo promulgou o Decreto 734, de 5 de janeiro de 1900, que regulamentou as Leis 323, de 22 de junho de 1895; 345, de 2 de agosto de 1898 e 655, de 23 de agosto de 1899, e esse diploma legal, nos artigos 123 a 142, cuidou, na parte processual, do processo judiciário da discriminação das terras devolutas.

O Decreto 734 manteve quase que integralmente o critério acima referido da legislação imperial, ou seja o administrativo-contencioso, e não um processo administrativo puro, e poderiam no "prazo de 10 dias apresentar recurso ao juízo civel", o que demonstra cabalmente que o Poder Judiciário teria a última palavra, fiscalizando o ato, que estava sob sua égide, numa jurisdição voluntária, produzindo os efeitos de direito. Não determinava a lei processual paulista que os prejudicados procurassem ação própria, mas sim que "apresentassem recurso ao Poder Judiciário", sendo este considerado uma instância do regime processual. Por tais motivos é que, na análise do histórico administrativo-processual, desde a legislação imperial até a republicana, é que temos que os efeitos da discriminatória não têm meramente um caráter puramente administrativo, e para nós fazem e fizeram coisa julgada, pois o Estado sempre teve o domínio originário sobre essas terras. Talvez os atuais Pretórios não estejam atentando para a legislação passada, deixando de aplicar o processo discriminatório até 1937, época da promulgação da lei processual federal unificada.

Já tivemos julgados do próprio Tribunal de Justiça de São Paulo que se manifestou na Apelação 35.709, de 18 de maio de 1948, no seguinte sentido:

> "a autoridade da coisa julgada está na parte dispositiva da sentença e não na parte expositiva. As decisões administrativas das terras públicas do regime do Regulamento 734, de 1900, firmaram o domínio do Estado..."

E nesse mesmo julgado o eminente Desembargador Euclides Custódio da Silveira disse:

> "Se há decisão proferido em processo administrativo ou discriminatório regular, reconhecendo o caráter devoluto das terras, estará a Fazenda isenta de provar o domínio, cabendo ao particular o ônus da prova em contrário; se não existe aquela decisão, cumpre à Fazenda provar seu domínio ou a natureza devoluta do imóvel".

E no mesmo julgado manifestou-se o Desembargador Amorim Lima:

> "Qual o valor das decisões administrativas nos processos discriminatórios das terras públicas, maxime no regime do Regulamento 734, de 1900? O domínio do Estado sobre as terras devolutas é originário. O Estado não o adquiriu, sempre esteve em seu poder como consequência inevitável de sua soberania..."

O Estado não tem mesmo a necessidade de promover previamente a ação discriminatória para o fim de reivindicar sua terra de domínio originário, cabendo ao particular exibir seu título oriundo de uma concessão do próprio Estado. A lei interpretativa deve retornar no tempo e no espaço, voltando-se à legislação estadual na parte processual. A aplicação do conflito intertemporal da lei deve ser regulada pelo princípio do direito adquirido, analisando o problema no tempo pela sucessão natural das leis, dentro do princípio da retroatividade da lei.

O Regulamento Paulista 734 de 1900 constitui-se numa lei processual de aplicação em determinada área territorial. Daí a necessidade de o jurista voltar-se a esse critério para analisar o problema das discriminações das terras públicas paulistas, estaduais e municipais, derivadas da União, pela Constituição de 1891, e sucessivas leis estaduais passando aos municípios as terras devolutas.

Com relação a certas interpretações de que, para reivindicar terras devolutas teria o Poder Público de previamente discriminá-las, as considerações já expendidas aplicam-se igualmente no caso, desde que não tem o mesmo a necessidade de transcrever seu domínio, ato de direito civil, e não do administrativo, em razão de seu domínio originário. Nesse sentido já ensinava Lafayette, "in" Direito das Coisas, § 51, n. 8, que excetuava dessa formalidade "as concessões que o Estado fez em caráter de Poder Público". Aliás dessa desnecessidade já tivemos oportunidade de lançar nossa opi-

nião, em tese elaborada quando do I Congresso Nacional de Procuradores Municipais realizado na cidade do Recife, em janeiro de 1974. A Transcrição não serve ao Estado como modo de adquirir a propriedade, mas como mero ato informativo a terceiros.

Não há lei que exija prévia demarcação para reivindicar. Cabe somente ao Poder Público identificar o imóvel e a prova do domínio é inerente à lei, é a própria lei, ato publicista por excelência. Já na Revista do Supremo Tribunal Federal, vol. XVIII, pág. 246, o então Ministro Guimarães Natal fixara em seu relatório a regra principal para a ação de domínio: "O fundamento jurídico para a ação de reivindicação é a individuação, com maior clareza, da coisa reivindicanda". O reivindicante não precisa demarcar previamente para ingressar em juízo, mas sim identificar o imóvel.

Finalmente, Clovis Bevilacqua, "in" Soluções Práticas do Direito, cap. XIV, pág. 113, ensinava: "Se entra no conceito legal da propriedade o direito de reaver o objeto dela do poder de quem quer que injustamente o possua (Cód. Civil, art. 524); se a propriedade das Municipalidades paulistas sobre terras devolutas é positivamente certa, pois nenhum título pode superar a lei; se o título dessa propriedade determina, matematicamente, da linha divisória da área pertencente às Municipalidades, exigir demarcação prévia para ser permitido às Municipalidades exercerem seu direito de reaver suas terras do poder de quem, injustamentne, as possua, cercear-lhes o direito de propriedade é fazer depender o exercício desse direito a uma condição, que não está na lei" ... "...A Municipalidade de São Paulo prova seu domínio com as Leis do Estado, e em particular com o art. 19, 1.º, da Lei 1038, de 19 de dezembro de 1906; identifica a área que lhe pertence com o desenvolvimento da linha que fecha o círculo de seis quilômetros de raio, tendo por centro a praça central da cidade; esse mesmo círculo dá a situação e os limites do imóvel revindicando. Nada mais se lhe pode exigir para o exercício de reivindicar".

Desta forma, neste sintético trabalho, pedimos vênia para alertar aos colegas municipais, que tratam cotidianamente do chão devoluto, que nesse estudo teremos sempre que nos ater ao histórico da terra, seja na verdadeira História, como na legislação passada evolutiva, com buscas incessantes à doutrina e jurisprudência passadas, aplicando a lei ao devido tempo, e não simplesmente aplicar-se a lei ora vigente, pois nosso domínio surgiu antes da lei, e esta somente veio regulamentar e referendar.

DIVÓRCIO

EDUARDO LOBO BOTELHO GUALAZZI

1. A Família Brasileira; 2. Panorama do Direito Comparado; 3. Panorama do Direito Brasileiro; 4. Conclusões; 5. Referências Bibliográficas.

1. A Família Brasileira

No Brasil, ao final do Século XIX, iniciou-se o fenômeno social de ruptura da unidade religiosa, como extensão tardia da remodelação liberal, já consumada na Europa e Novo Mundo do Norte. A essa época, já a Europa presenciava os efeitos da vasta conflagração filosófico-política de 1789. Convergiram para nosso país as influências conjugadas de todas as teorias e práticas que, ao longo de quatro séculos, haviam libertado aquele continente do feudalismo teocêntrico, para arrojá-lo na época contemporânea. Sacudiu-se, com isso, apenas a superfície, minoria intelectualizada do Brasil, sem atingir as camadas populares, na época ainda despreparadas para assimilar inovações, em consequência de seu condicionamento hierárquico católico, disseminado pelo verbo jesuítico.

Enquanto pequena minoria lutava pelo abolicionismo, pela pesquisa filosófica, pela república, pelo laicismo estatal, o povo permanecia no vácuo intelectual do Brasil Colônia e Império, do qual só viria arrancá-lo a progressiva industrialização do país, conjugada ao desenvolvimento explosivo dos meios de comunicação e ao urbanismo.

No início deste Século, ainda transpareciam na família brasileira os traços do conservantismo (fixados no Código Civil de 1916 e infelizmente ainda mantidos, in genere, pelo Anteprojeto de Código Civil Brasileiro): introversão estática (casamentos consanguíneos de terceiro grau em diante e fixação geográfica de linhagens a grupos), hierarquismo originário (patriarcalismo e primogenitura costumeiramente privilegiada) e coletivismo apriorístico (centro de respeito e contemplação acima do ser humano, na ordem revelada por vontade divina).

Após 1889, ao sistema familiar tradicionalista agregou-se oficialmente o tônus da doutrina positivista, que levou o Estado brasileiro, por caminhos aparentemente laicos, a tutelar rigidamente a conservação desses traços familiares, inclusive o indissolutismo conjugal, ao invés de propiciar sua gradual evolução. Basta atentar à bizarra afirmação de Auguste Comte, no sentido de que se deve fazer prevalecer livremente a viuvez eterna, sem a qual a poligamia persiste subjetivamente[1].

Se a família ideal brasileira permanece codificada, juridicamente, como a conjunção híbrida dos hierarquismos positivista e católico tradicional, a família da realidade brasileira já se desligou quase totalmente dessa figuração ideal, principalmente da utopia positivista. Nada pode fazer a lei para coibir essa evolução natural, por mais que o desejem alguns conservadores, pois, conforme observou Jacques Leclercq, "é frequente comprovar-se uma grande distância entre os costumes familiares e o direito de família" [2].

Assim, o Direito Positivo brasileiro, estritamente conservador, insiste em ignorar esta realidade social: a família já não se caracteriza pelo casamento indissolúvel, embora continue solidamente enraizada na monogamia estável.

A observação social demonstra, e as estatísticas comprovam, que a maioria esmagadora dos brasileiros propende pelo divórcio civil limitado e severo, ao nível da tradição de estabilidade do povo e da família nacionais. Aliás, este fator ficou patente na V Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (Rio de Janeiro, 11 a 16 de agosto de 1974), onde Dra. Dione Prado Stamato, Procuradora do Estado de São Paulo, apresentou uma proposição recomendando a adoção do divórcio no Brasil: as Delegações de dezoito Seções Estaduais da Ordem dos Advogados aprovaram plenamente a proposição, que deixou de merecer apoio exclusivamente da Delegação da Seccional de Minas Gerais!

Em suma, o povo brasileiro aceita a estabilidade essencial do matrimônio, mas manifesta evidente repulsa pela indissolubilidade absoluta do vínculo civil, que não apóia e muito menos exercita.

Eis um dos motivos por que se advoga o divórcio civil limitado e severo, imperativo da atual sociedade brasileira, cujo nível cultural já o teria comportado há decênios. É, pois, necessária a previsão legal do divórcio, em paralelismo ao divórcio social, realidade consumada e incontestável, matematicamente comprovada.

2. Panorama do Direito Comparado

Para o estudo da matéria no âmbito do Direito Comparado, duas linhas devem ser examinadas: a tradição românica e a católica, a primeira puramente jurídica e a segunda jurídico-social. Interessam apenas os países cujas legislações se originaram no Direito Romano, como a nossa, e as Nações onde o Catolicismo exerceu ou exerce alguma influência, por ser o antidivorcismo típico da Igreja Católica Apostólica Romana (e não de todo o Cristianismo), embora geralmente não mais consiga o Vaticano amoldar a legislação civil de país algum.

Enquadram-se no dúplice critério fixado os seguintes países, de acentuada ou mediana relevância jurídico-social: a) na Europa: França, Bélgica, Austria, Portugal, Itália e Espanha; b) nas Américas: Canadá Francês (Quebec e Terra Nova), quase todos os da América Central e todos os da América do Sul.

Ao considerar-se os países abrangidos por este critério, pouco difere o quadro divorcista: quase todos têm divórcio vincular, sob várias formas, exceto raríssimos que, por haverem acolhido o Catolicismo Romano como religião oficial de Estado, ainda não libertaram sua esfera civil de parâmetros canônicos, ao contrário do exemplo da Itália.

A França, com a maioria de 84% nominalmente católica (percentagem maior de católicos do que a do Brasil), soube conciliar, no mesmo plano, o Estado e o Cristianismo Romano, concedendo a este a mesma posição que às outras religiões. O Catolicismo Romano continuou, por tradição, profundamente respeitado, sem penetrar no âmbito legislativo e sem que isso tenha enfraquecido a idéia ou as práticas religiosas[5]. Atualmente, dispõe o povo francês da separação

de corpos e do divórcio por causas expressamente determinadas, sendo modelar sua legislação a esse respeito. Poderia inspirar o legislador brasileiro.

Na Itália, o divórcio foi instituído pela famosa Lei 898, de 1.o de dezembro de 1970, coroamento da luta dos divorcistas por uma legislação familiar consentânea ao Século XX. Embora o Catolicismo Romano seja a religião oficial da Itália, pelo Tratado de Latrão (1929), entende uma parte considerável dos doutrinadores jurídicos e canônicos que o país não estaria constitucionalmente obrigado à indissolubilidade matrimonial, na esfera civil. A Itália conseguiu, primeiro em teoria e agora na prática, conciliar o laicismo com uma religião oficial de Estado. E um pronunciamento definitivo foi solenemente expendido pelo povo, a 12 de maio de 1974, quando se manifestou negativamente quanto à abrogação da Lei 898/70, que instituira "il piccolo divorzio".

Em Portugal, o Decreto de 3 de novembro de 1910 instituiu o divórcio litigioso e por mútuo consentimento. A Concordata de 1940, entre Portugal e a Santa Sé, arrancada de Salazar sob pressão, não conseguiu destruir o sistema divorcista: apenas os casamentos canônicos, celebrados após 1.o de agosto de 1940, deixaram de merecer o divórcio civil, por que o sacerdote está obrigado a comunicar ao registro secular a realização do matrimônio religioso, para efeitos cívis indissolubilistas, regime anômalo que brevemente receberá corretivo, ao que parece.

Na Bélgica, outro país católico, a legislação civil plasma-se sobre a da França. A separação de corpos é conversível em divórcio, após três anos. A Áustria, mesmo tendo instituído o divórcio, não deixou de ser um baluarte do Cristianismo católico.

Na Europa, só subsistem três países cujas leis vedam o divórcio civil: Espanha, Andorra e São Marino. A República da Irlanda (Eire), embora não preveja o divórcio na legislação, admite-o tranquilamente por Decreto do Parlamento (reminiscência do antigo Direito Britânico).

No Canadá Francês, pelo "**Quebec Act**" de 1774, a Província de Quebec, ao passar para o domínio inglês, reservou-se o privilégio de conservar o Catolicismo Romano como religião oficial de Estado. Porém, o povo franco-canadense, embora ultra-conservador e unanimemente católico, não se mostrou hostil ao divórcio na órbita civil: passou a solicitá-lo ao Parlamento Federal, que o concedia por de-

creto (**private bill**), removçando a **common law** britânica, anterior a 1857. E, em 1971, foi baixada a atual legislação do divórcio restrito, semelhante à do Canadá britânico.

Quanto aos países da América Central, todos prevêem o divórcio, ao mesmo tempo em que sofrem forte influência católica.

Na América do Sul, a Argentina, o Brasil, o Chile, a Colômbia e o Paraguai ainda não admitem o divórcio, embora a tendência divorcista de suas populações esteja patente nos costumes, o que teria levado o Presidente eleito da Colômbia a prometer ao povo legislar o divórcio, o que já está sendo providenciado.

No Brasil, que não tem religião oficial de Estado e se caracteriza hoje pelo pluralismo religioso, a indissolubilidade do casamento atenta gravemente contra o laicismo fundamental da República (inscrito em todas nossas Constituições Republicanas), colide com a liberdade de cultos e de consciência e ignora a tendência divorcista do povo (manifestada em estatísticas e na prática do concubinato forçado em todas as camadas sociais), além de violar direitos da pessoa humana, assegurados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de que o Brasil é signatário, conforme bem relatou Dra. Dione Prado Stamato, perante a V Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil.

Em suma, há um lineamento jurídico em todos os países românicos divorcistas cristãos: leis formalmente rígidas, alicerçadas em situações expressamente previstas e inquestionáveis. Por outro lado, mantiveram os legisladores a separação de corpos (desquite), ao lado do divórcio vincular, ambas facultados a professantes de quaisquer religiões, que poderão optar pela solução que melhor lhes convier. Esses legisladores souberam colocar em vigência o divórcio formalmente rígido e substancialmente restrito, de que o Brasil é carente.

3. Panorama do Direito Brasileiro

A 7 de janeiro de 1890, o Marechal Deodoro da Fonseca baixou o Ato que afirmou a total separação entre Estado e religiões, no Brasil, inspirado diretamente pelos Generais Benjamin Constant, Botelho de Magalhães e João Carlos Lobo Botelho, líderes da oficialidade jovem que implantou a República, em 1889.

A 7 de janeiro de 1891, o Congresso Nacional Constituinte apoiou por unanimidade, com vigor e entusiasmo, uma moção de solidariedade àquele Ato de 7 de janeiro de 1890, nos seguintes termos: "O Con-

gresso Nacional, reunido em sessão no primeiro aniversário do decreto que instituiu a separação da Igreja do Estado, resolve louvar aquele ato governamental, afirmando destarte sua efetiva solidariedade com o princípio político da completa separação entre o espiritual e o temporal e suas naturais consequências práticas"[4].

Nenhuma dúvida paire, portanto, no tocante ao fato de que o Brasil seja uma República rigorosamente laica, orientação jamais desmentida por nossas Constituições Republicanas, de 1891 a 1969. Assim, como explicar a ausência do divórcio, em nossa legislação? A quem serve a ausência do divórcio?

Os brasileiros quase conseguiram o divórcio vincular, em diversas ocasiões da República Velha, o que provocou o absurdo gritante de entalhar-se nas Constituições Brasileiras, desde 1934, o dispositivo da indissolubilidade do casamento, sem consulta plebiscitária.

Em 1893, o projeto Érico Coelho encontrou um terço do Poder Legislativo favorável ao divórcio. Em 1896, a Comissão de Legislação e Justiça do Senado Federal apresenta parecer favorável ao divórcio vincular. Em 1900, o Senador Martinho Garcez propõe excelente projeto de lei divorcista, num Congresso que quase o aprovou. Em 1910, o Senador Alcindo Guanabara apresentava novo projeto de divórcio, não aprovado por um triz.

Após 1910, avolumaram-se as manifestações nacionais, dos mais diversos níveis e procedências, a favor do divórcio, apesar da situação política tensa, que caracterizou o fim da Primeira República.

Em 1934, eclode o dispositivo indissolubilista no texto Constitucional. Pela primeira vez na História do Direito, uma Constituição recebia em seu bojo uma disposição não constitucional, transposição direta do Direito Canônico!

"O texto enviado pelo Governo Provisório, em 1933, não continha tal disposição, estranha a um estatuto constitucional. Mas os filiados da Liga Eleitoral a incluíram" [5]. A referência alude à Liga Eleitoral Católica, entidade predileta do falecido Padre Arruda Câmara, já extinta.

Não foi só. "Desde 1934, disposições constitucionais repetem que o casamento é indissolúvel. Inspirou esse dispositivo, no depoimento de Adroaldo Mesquita da Costa, o ainda positivista Borges de Medeiros"[6].

Os debates parlamentares da Constituinte de 1946 revelam que a manutenção do dispositivo indissolubilista foi uma violação pacífica da mentalidade constituinte, pois todos os componentes da Subcomissão que cuidou dos capítulos relativos a "Família, Educação e Cultura", com exceção do Padre Arruda Câmara, manifestaram restrições contra a indissolubilidade vincular do casamento.

A Constituição de 1967 simplesmente tolerou a aberração indissolubilista, disparate técnico e político, além de sociológico. Porém, é mister destacar e elogiar a atitude rigorosamente neutra do Presidente Castelo Branco, em matéria de indissolubilismo conjugal, realçada pelo próprio Nelson Carneiro: "O projeto Castelo Branco a ele não se referiu. A Comissão Constitucional não deu parecer à emenda Arruda Câmara, destinada à rejeição, como numerosas outras, se, no último dia da votação da Constituição de 1967, a bancada do Movimento Democrático Brasileiro não se houvesse retirado do recinto, possibilitando ao brilhante e saudoso parlamentar pernambucano pescar sua proposição no mar das recusadas, para convertê-la no art. 167, § 1.o"[7].

"Uma visita dos Cardeais ao Presidente Costa e Silva, conduzidos pela mão do Consultor Geral, Adroaldo Mesquita da Costa, quando da elaboração da Carta de 1969, teria, ao que se espalhou, resultado no art. 175, § 1.o"[8].

Atualmente, a indissolubilidade do casamento, na Constituição, talvez se mantenha mais por força de inércia do que pela pressão da Nunciatura ou pela influência extemporânea do positivismo. Por isso, o autor destas linhas crê firmemente que o Governo Brasileiro, atualmente autocaracterizado como "pragmático e responsável", elimine de vez esta aberração estratosférica de nossa Constituição e legisle um divórcio severo e limitado, consoante a vontade da maioria do povo brasileiro e seus costumes, ambos já conferidos por estatísticas idôneas, algumas levadas a efeito por organizações eclesiásticas, no sul do país.

Obviamente, se no Brasil houvesse sido realizado o plebiscito proposto pelo Deputado Alencar Furtado, nas eleições de 1974, apoiado pela Egrégia Câmara Municipal de São Paulo, retumbante teria sido a vitória do divórcio civil, ao optar o corpo eleitoral entre desquite-divórcio, conforme propôs o projeto, lamentavelmente barrado por anticonstitucionalidade.

Retornamos à indagação: a quem serve a ausência do divórcio?...

4. Conclusões

A União conjugal, no Brasil, superou de vez a característica da indissolubilidade cerrada, passando a demonstrar, na prática diuturna da sociedade, a concepção da Monogamia Perpétua Dissolúvel. Afigura-se, assim, mais universal e cristã, mais envolvente e genérica, embora menos tipificada à luz de cânones particularizados, como os católicos-romanos.

A moral familiar deslocou seu eixo da harmonia formal de linhagem extrínseca para a substancial personativa intrínseca, reconhecendo ao ser humano o direito e até mesmo o dever de alterar situações conjugais de choque extremo de personalidades.

Na verdade, o casamento deve ser encarado como uma constituição, pessoal e circunstancial, tendente à estabilidade, e não como uma instituição fixa e imutável, que só a morte extinga. O matrimônio é uma constituição privada, exatamente na medida em que um povo se aglomera em torno de uma Constituição pública, que emenda, substitui e mesmo suprime, em certas circunstâncias excepcionais, observadas formalidades legais severas. Pode-se alvitrar que a constituição privada do casamento, como a pública dos povos, seja rígida, ressalvada possibilidade excepcional de alteração e supressão jurídicas. Pode-se até, ao estilo das Constituições rígidas tradicionais, nela vislumbrar um cerne fixo — a monogamia estável dissolúvel.

A concepção constitutiva do enlace matrimonial é a única que se adapta à missão de propiciar o desenvolvimento integral da personalidade humana; atende ao requisito da estabilidade dissolúvel, pois não se contenta com a mera explicitação da vontade de distratar, mas apóia-se na verificação da ruptura total e irremediável da subjetivação inicial dos contraentes, ao ponto de o interesse dos filhos, da sociedade e dos próprios cônjuges exigir a extinção do matrimônio, na órbita jurídica, em face da absoluta falência moral da união, no plano psico-sociólogico.

Essa teoria possibilita a preservação jurídica efetiva da formalidade do matrimônio, como modelo ético, pela manutenção das combinações úteis e harmônicas de elementos, contrastada pela extinção

gradual das combinações conflitantes e nocivas. Considera, principalmente, o fator de que os elementos nocivos e desarmônicos, num dado esquema constituído de família, não o são necessariamente para qualquer outro esquema.

A partir de 1975, o ambiente político-jurídico será propício a reformas, de vários níveis, inclusive o constitucional, conforme já se evidencia.

O momento será oportuno para legislar-se o divórcio, no Brasil, remodelando ou suprimindo-se o obsoleto § 1.o do artigo 175 de nossa Constituição ("o casamento é indissolúvel"), bem como alterando-se a redação do Anteprojeto de Código Civil Brasileiro, cujos redatores não puderam sequer realizar o debate técnico do instituto divorcista, para posterior exame pelo Congresso Nacional.

Com relação ao casamento civil e ao divórcio, cumpre sublinhar que é dever de todos os Bacharéis em Direito do Brasil continuar o "aperfeiçoamento das instituições jurídicas" da família nacional, no rumo solidamente traçado pela V Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, que enfaticamente recomendou a adoção do divórcio em nosso país.

5. Referências Bibliográficas

1 Auguste Comte — **Catecismo positivista**, tradução de Miguel Lemos, 2.a ed., 1895, Rio de Janeiro, Igreja Positivista do Brasil, págs. 497-498.

2 Jacques Leclercq — **A Família**, tradução de Emérico da Gama, 1968, São Paulo, Editora Quadrante e Editora da Universidade de São Paulo, pág. 28.

3 Daniel Halévy, **La Fin des Notables**, pág. 247, **apud** Alípio Silveira, **O divórcio a vínculo nas legislações contemporâneas**, 1972, São Paulo, Editora Universitária de Direito Ltda., pág. 12.

4 **Annaes do congresso constituinte da república**, vol. II, pág. 217.

5 Nelson Carneiro — **A luta pelo divórcio**, 1973, Rio de Janeiro, Livraria São José, pág. 19.

6 Nelson Carneiro — op. cit., pág. 297.

7 Nelson Carneiro — op. cit., pág. 19.

8 Nelson Carneiro — op. cit., pág. 19.

MANDADO DE SEGURANÇA

NELSON DE SOUZA PANNAIN

1. Introdução; 2. Liquidez e Certeza de Direito; 3. Autoridade Coatora; 4. Descabimento e Improcedência; 5. Medida Liminar e sua Cassação; 6. Mandado de Segurança e Coisa Julgada; 7. Recursos; 8. Considerações Finais.

1. Introdução

Diz-se que o homem nasceu livre, como fato inegável. No direito romano admitia-se que por direito natural o homem era livre. A luta do homem pela liberdade surgiu desde o momento em que ele a sentiu ameaçada de limitações.

Ensinam os historiadores que o homem primitivo era nômade porque vivia da caça. E esse próprio nomadismo do homem era uma condição de liberdade. Nada a constrangia. Mas, diante de outros animais, principalmente os de grande porte, que eram numerosos, o homem era fraco. Não possuía defesas naturais e eficazes com que enfrentá-los. Daí a necessidade de se associarem para a defesa e sobrevivência da espécie. Mas, para viver em grupo, o homem precisou despojar-se de parcela de sua liberdade, o que, certamente, não fez com muita satisfação... Will Durant, no volume I de sua monumental História da Civilização, garante que, em regra, na natureza, "os organismos mais pobremente dotados de defesa individual vivem em grupos, e tiram da ação conjunta os meios de sobreviver num mundo enxameante de garras, presas e couros impenetráveis. Evidentemente foi assim com o homem; salvou-se pela solidariedade do grupo."

Apesar disso, observa-se que desde a formação dos primeiros conglomerados humanos, a liberdade do homem já não era respeitada pelos detentores do poder. O poder estatal, a princípio exercido pelos reis-sacerdotes, pelos reis, monarcas e outros governantes, era despótico. O indivíduo não dispunha de recursos com os quais se opor, legalmente, contra o despotismo estatal, pois "quod principi placuit legis habet vigorem". Mas tentativas evidentemente foram feitas para controlar os abusos do poder estatal, encarnada na vontade do príncipe.

Nesse sentido, surgiu, por volta de 1679, na Inglaterra, um recurso tendente ao controle de tal abuso, o famoso **habeas corpus act** cujas origens remontam à Magna Carta de 1215, destinado a garantir a liberdade individual e a liberdade de locomoção contra qualquer ato ilegal de coação.

Historicamente, portanto, o **writ of habeas corpus** era destinado à proteção do direito à liberdade de locomoção, isto é, do "ius manendi, ambulandi, veniendi eundi citroque". E assim ele foi incorporado ao nosso Direito. Lembra, a propósito, J. Othon Sidou — "Do Mandado de Segurança", 3.a ed., pág. 239 — que "jamais se pôs em dúvida, no Império, que o instituto resguardava apenas a liberdade de locomoção". O artigo 170, inciso 8.o, da Constituição do Império, dispunha que ninguém podia ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na lei. E do mesmo modo dispuseram as Constituições posteriores.

Mas não é somente a liberdade de locomoção que se destaca entre os direitos fundamentais do homem. Outros, além deste, oponíveis ao Estado existem, merecedores de igual proteção jurisdicional, quando violados, ou ameaçados de violação, por ato manifestamente ilegal de qualquer autoridade investida de poder público. Partiu daí a idéia de ser criado um remédio legal que, à semelhança do **habeas corpus**, pudesse também por um processo rápido oferecer imediata e eficaz proteção a esses outros direitos, revestidos de certas características especiais.

A primeira tentativa foi a da Lei 221, de 20 de novembro de 1894, que completava a organização da Justiça Federal da República. Essa lei criou uma ação sumária especial aplicável aos atos ou decisões das autoridades administrativas que lesassem direitos individuais, não amparados por **habeas corpus**. No entanto, apesar da sua importância por prever a possibilidade de controle judicial de atos da administração, inadmissível até então, não foi lei muito aplicada.

Como não houvesse um remédio específico para a proteção desses direitos, procurou-se ampliar o campo de aplicação do **habeas corpus** para abrangê-los também. Surgiu, assim, um movimento a que se deu o nome de teoria brasileira do **habeas corpus**, do qual foi seu mais insigne arauto Rui Barbosa. Analisando o artigo 72, § 22, da Constituição vigente à época, o grande jurista patrício sustentou, em seu discurso no Senado, de 22 de janeiro de 1915, que não se falando no texto constitucional em prisão, ou em constrangimentos corporais, e, assim, em coação e violência, "onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou a coação, por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional do **habeas corpus**". Portanto, o **habeas corpus** podia ser utilizado para a proteção de outros direitos que não a liberdade de locomoção.

Todavia, com a revisão constitucional de 1926, toda e qualquer dúvida a esse respeito existente foi espancada, restringindo-se o campo de aplicação do **habeas corpus** aos casos em que alguém sofresse ou se achasse "em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou de constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção." Com isso, cogitou-se seriamente da criação de um remédio processual que garantisse direitos fundamentais outros, além da liberdade de locomoção.

Note-se que, já em 1914, no projeto de revisão constitucional que elaborou, Alberto Torres referiu-se a um "mandado de garantia" destinado a "fazer consagrar, respeitar, manter ou restaurar, preventivamente, os direitos individuais ou coletivos, públicos ou privados, lesados por ato do poder público, ou de particulares, para os quais não houvesse outro remédio especial".

Foi, porém, no Congresso Jurídico de 1922 que o instituto tomou impulso, quando o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Edmundo Muniz Barreto, apresentou, pela primeira vez, uma tese à Seção de Direito Judiciário, defendendo a criação desse remédio processual, que assim ele delineou:

> "O incremento da vida judiciária e a necessidade de solução rápida de certas situações de anormalidade apreciáveis de plano pelos Tribunais e incabíveis no remédio do "habeas corpus", exigem a criação de um instituto processual capaz de reintegrar imediatamente o direito violado. Quais as condições para a sua admissibilidade? Qual o complexo de atos que deve constituir sua forma?
>
> . . . . . .

"Do que necessitamos é de um instituto semelhante ao recurso de amparo, criado no México, com rito, porém, mais sumário, e que compreenda tanto a agressão ao direito, partida da autoridade pública, como a proveniente de ato privado.

"Exposto o fato na petição, provado ele com documentos que façam prova plena absoluta, e citada a lei que se diz violada com esse fato, o juiz mandará que o indicado ofensor responda em prazo breve, instruindo a resposta com os instrumentos que tiver. Como se se tratasse de um processo de **habeas corpus**, o juiz julgará sem demora a causa. Se verificar que o direito alegado não é certo e líquido, ou que o fato não está provado, mandará que o requerente recorra aos meios comuns."

A partir dessa primeira tentativa surgiram várias outras, entre as quais a de Gudesteu Pires, que fala em "mandado de restauração"; a de Odilon Braga, em "ordem de garantia"; e a de Bernardes Sobrinho, em "mandato proibitório"; a de Clodomir Cardoso, que falava em "mandado de reintegração, de manutenção ou proibitório" e a de Sérgio Loreto, que se referia a "mandado asseguratório ou recuperatório" do exercício do direito ameaçado ou turbado.

O mandado de segurança, com esse nome, foi introduzido por João Mangabeira no anteprojeto da Constituição de 1934. Teria a forma de um processo sumaríssimo, para a proteção de "direito incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal do Poder Executivo..." Na emenda proposta por Themístocles B. Cavalcanti, foi mantida a mesma denominação. Após muita discussão e muitas emendas, assim ficou finalmente redigido o artigo 113, n. 33, da Constituição de 16 de Julho de 1934: "Dar-se-á mandado de segurança para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do **habeas corpus**, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes."

Estava, assim, implantado o mandado de segurança na sistemática constitucional brasileira, exceção feita do período ditatorial, pois o instituto não foi acolhido na Constituição de 1937. Na Constituição de 1946, contudo, essa garantia figurava no artigo 141, § 24; e na de 1967,

no artigo 150, § 21, passando a ser prevista no artigo 153, § 21, como decorrência da Emenda Constitucional n.o 1, de 17 de outubro de 1969, com a seguinte redação: "Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder."

Vários diplomas legais foram expedidos para regularem o processo do mandado de segurança.

A lei em vigor, n.o 1533, de 31 de dezembro de 1951, foi alterada pelas seguintes leis: 2410, de 29 de janeiro de 1955, referente ao regime de licença para o intercâmbio com o exterior; 2770, de 4 de maio de 1956, que suprime a concessão de medida liminar que vise a liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira; 4166, de 4 de dezembro de 1962, modificativa dos artigos 6.o, inciso I e 7.o, da Lei 1533; 4348, de 26 de junho de 1964, que introduziu várias modificações na mesma lei; 4862, de 29 de novembro de 1965, sem maior importância; e 5021, de 9 de junho de 1966, que disciplina o pagamento de vencimentos e vantagens asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público civil. Observe-se, também, que pela Lei 6014, de 27 de dezembro de 1973, que adapta ao novo Código de Processo Civil a lei do mandado de segurança, os artigos 12 e 13 sofreram modificação, pois da sentença, negando ou concedendo o mandado, cabe apelação, sujeita a duplo grau de jurisdição, com execução provisória, ficando ainda, estabelecido que, em caso de concessão do **mandamus**, se o Presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do recurso ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse ato caberá agravo para o Tribunal a que presida. Como, de acordo com o artigo 188, do Código de Processo Civil, conta-se em dobro o prazo para a Fazenda Pública recorrer, e o prazo de apelação no caso é de 30 dias, a rapidez do julgamento definitivo do feito acabou sendo sacrificada.

2. Liquidez e certeza de Direito

Destina-se, pois, o mandado de segurança à proteção de direito certo e líquido, não amparado por **habeas corpus**, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder. Pontes de Miranda, em seus "Comentários à Constituição de 1967", tomo V,

página 340, lembra que, ao invés de dizer nossa carta política "qual a espécie, ou quais as espécies de direito certo e líquido que as autoridades públicas podem ofender e às leis ordinárias se impõe o remédio jurídico processual do mandado de segurança, preferiu o poder constituinte empregar definição por exclusão: todo direito certo e líquido que não tenha proteção do habeas-corpus. Foi como se, diante de uma ilha, tendo de demarcar as terras de B, o técnico dissesse: "E' de B toda a parte da ilha que não é de A." E acrescenta: "Se há violência ou coação, à liberdade física, à liberdade de ir, ficar e sair, ou se há ameaça, cabe o remédio jurídico processual do habeas-corpus. Se a ofensa ou ameaça de ofensa é o direito certo e líquido, sem se tratar de liberdade de ir, ficar e vir, cabe o remédio jurídico processual do mandado de segurança."

M. Seabra Fagundes, em admirável síntese inserta na R. T. 259/67/13, ao tempo da vigência da Constituição de 1946, ensina, com muita precisão, que

> "O mandado de segurança protege todo e qualquer direito do indivíduo contra o Estado desde que esse direito seja líquido e certo (Constituição Federal, art. 141, § 24), não tenha como conteúdo exclusivo a liberdade de locomoção (artigo citado, § 23), não possa restaurar-se pela interposição de recurso administrativo com efeito suspensivo e independente de caução (lei n.o 1533, de 31 de dezembro de 1951, e art. 5.o, n.o I), não encontre amparo em recurso interponível na própria via processual de cujo uso haja resultado a sua lesão (artigo citado, n.o II), e não se relacione com o mérito do ato.
>
> "Esta última restrição decorre do princípio de divisão dos poderes (Constituição Federal, art. 36), segundo o qual cabe ao Poder Executivo aferir da conveniência, da oportunidade, da justiça, da equidade etc. dos atos que pratica, e ao Poder Judiciário dizer, em última análise, da legalidade deles."

Que se entende, então, por direito líquido e certo? Sabemos que a Constituição do Império não cogitou desse tipo de proteção a certos direitos, o que aconteceu, também, com a primeira Constituição Republicana (1891), mesmo com as Emendas de 1926. Foi na Constituição de 16 de julho de 1934, em seu artigo 113, inciso 33, como vimos, que foi consagrado o instituto "para a defesa de direito, certo e incontestável", da mesma forma adotado pela Lei n.o 191, de 16 de janeiro de 1936, e conservado pelo art. 319, do Código de Processo Civil revogado.

A expressão "direito certo e incontestável" provocou o repúdio dos juristas porque limitava em demasia a utilização do "amparo" que, por isso, passou a ser adjetivado de remédio heróico. Mas começaram a surgir as primeiras definições. No mandado de segurança n.o 1, de 10 de setembro de 1934, assim decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal: "Quer em face da doutrina, quer em face da Constituição que o consagrou, para que o mandado de segurança seja concedido, é indispensável que seja certo e incontestável o direito ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal da autoridade". O Juiz de Direito Francisco Tavares da Cunha Melo definiu-o como sendo "aquele contra o qual se não podem opor "motivos ponderáveis" e sim meras alegações, cuja improcedência o magistrado pode reconhecer imediatamente, "sem necessidade de detido exame". "Direito certo e incontestável é o que é sobranceiro a qualquer dúvida razoável e maior do que qualquer controvérsia sensata" (R. T. 66/292). No mandado de segurança 88, o Pretório Excelso orientou-se no sentido de que ele "só tem fundamento quando a violação de direito individual é de tal ordem, clara e evidente, que exclui a necessidade de recorrer-se a interpretações mais ou menos controvertidas para reconhecer-lhe procedência; esta deve influir imediata e pronta do simples cotejo entre o fato e o mandamento destinado a regê-lo" (Arq. Jud., vol. 39, pág. 263). Para H. Sobral Pinto, "Da natureza e finalidade do mandado de segurança", é somente aquele que se apresenta com todas as características de evidência concreta, não necessitando de ser provado através de formalidades processuais normais (R. T. 131/169/76).

Porém, como a certeza e incontestabilidade do direito, notadamente esta, restringiam muito o uso do remédio, a Constituição de 1946 passou a usar a expressão "direito líquido e certo" (art. 141, § 24), adotada também pela Lei 1533, de 31 de dezembro de 1951 (art. 1.o), e conservada pela vigente (art. 153, § 21).

Mas em essência o conceito não mudou. Os mais autorizados expositores do instituto sustentam que direito "é líquido e certo o que se apresenta devidamente individuado e caracterizado, para que não haja dúvida quanto aos exatos limites do que se pede" (Arnold Wald, "Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária", 1968, pág.

119). E' aquele cuja existência pode ser desde logo contatada", conforme Themístocles Brandão Cavalcanti, ("Do Mandado de Segurança", 1957, pág. 126), ou, no dizer de Hely Lopes Meirelles, "...é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração" ("Dir. Adm. Bras.", 1964, pág. 517). E' de Alfredo Buzaid, citando Carlos Maximiliano, a seguinte definição: direito líquido e certo é o "direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, apurável de plano, sem detido exame nem laboriosas cogitações". (R. T. 258/42).

Não foge a tais conceitos a jurisprudência pátria:

> "Direito líquido e certo é o que não precisa de demonstração por aflorar à vista, iluminado e perceptível em todos os seus detalhes internos e externos, em extensão e profundidade" (R. T. 401/351);
>
> "Direito líquido e certo é aquele que não desperta dúvidas, que está isento de obscuridade, que não precisa ser aclarado com o exame de provas em dilação, que é, de si mesmo, concludente e inconcusso" (R. T. 419/179).

Examinando os diversos conceitos encontrados nos livros que cuidam do mandado de segurança, e constantes também de nossa jurisprudência, colhemos os seguintes adjetivos utilizados na definição de direito líquido e certo: é o que se apresenta claro, manifesto, patente, iluminado, translúcido, evidente, indiscutível, incontestável, inconfundível, incontroverso, indubitável, concludente, perceptível e inconcusso. E', enfim, direito que, para sua caracterização, não comporta altas indagações, pesadas lucubrações cerebrinas, torneios intelectuais de superior gabarito, para aflorar translúcido ao mais leve exame.

3. Autoridade Coatora

Destinado, pois, à proteção de direito líquido e certo, que sofre ameaça de violação, ou foi violado, por autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça, ilegalmente ou com abuso de poder, a ação é dirigida contra essa autoridade, apontada como coatora.

Na forma do artigo 1.o, parágrafo 1.o, da Lei 1533, de 1951, para seus efeitos, consideram-se autoridades aquelas a que, de modo genérico, se refere a nossa Carta política, bem como os administradores ou representantes das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com função delegada do Poder Público, somente no que tange à função pública. Se se trata, portanto, de ato que não diga respeito à função pública, contra ele não se admite a impetração do writ.

Pontes de Miranda, no mesmo tomo da citada obra, à página 348, explica que nos pedidos de mandado de segurança "as autoridades que têm de ser notificadas são os coatores. Se esses forem meros executores de órgãos ou executor de pessoa jurídica de direito público, ou privado, que exerça funções que de ordinário toquem aos poderes públicos, têm de alegar isso, para que seja notificada a verdadeira autoridade coatora".

Portanto, o **mandamus** deve ser dirigido contra a "verdadeira autoridade coatora" e não contra qualquer autoridade coatora. Não tem sido outra a orientação jurisprudencial. "O mandado de segurança há de ser requerido contra a autoridade coatora; e esta é sempre a que pratica o ato violador do possível direito, mesmo que o faça em cumprimento a disposições normativas, de ordem genérica, dos escalões mais elevados da administração" (R. T. 426/64). "Considera-se autoridade coatora quem pratica o ato impugnado e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução" (R. T. 423/73).

Falando a nossa Constituição que o mandado de segurança será concedido contra "seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder", é admissível mandado de segurança contra ato de autoridade judiciária?

A jurisprudência é vacilante. Assim, "não se admite mandado de segurança contra atos judiciais; para corrigi-los, quando injustos ou ilegais, há os recursos comuns, que a parte deve interpor até carta testemunhável, embora sem efeitos suspensivos" (R. T. 123/38; 125/230; 137/342; 139/740 (corpo); 142/477; 142/488; 146/58; 150/522; 163/513; 163/517; 165/504; 168/82; 148/45; 155/504; 146/60; 155/508

etc.). Em sentido contrário, "é cabível mandado de segurança contra decisões judiciais" (R. T. 131/52; 137/503; 142/486; 146/34 e 54; 148/187; 150/519; 158/62 e 253; 160/284; 169/522; 174/584; 176/167 e 170 etc.).

Todavia, a orientação dos mais recentes julgados é no sentido de ser possível a impetração contra atos judiciais em casos anômalos, assim entendidos os em que a decisão fira, de modo sério, o direito de uma das partes, sem que haja recurso que não traga remédio pronto e eficaz, de tal sorte que possam ser causados danos irreparáveis a esse direito (R. T. 393/150; 257/392; 384/183).

4. Descabimento e Improcedência

O artigo 5.o, incisos I, II e III, da Lei 1533, alinha as hipóteses de incumbência do mandado de segurança. Não se dará segurança nos casos de "ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução; de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição; e, finalmente, "de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial".

Entretanto, é de observar-se que a jurisprudência tem-se orientado no sentido de que cabe mandado de segurança, independentemente do interessado haver esgotado os recursos administrativos (R. T. 400/269), bem como entendido legítima a impetração contra ato administrativo que comporta recurso com efeito suspensivo e independentemente de caução, desde que não utilizado concomitantemente recurso na esfera administrativa (R. T. 398/237). Por outro lado, a jurisprudência predominante no E. Supremo Tribunal Federal é a de que a "existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade" (Súmula 429).

Inadmissível e, portanto, descabe mandado de segurança contra ato disciplinar. A esse respeito, faz sentir Othon Sidou que a sua "exclusão do conhecimento por mandado de segurança é justificada no evitar uma indissimulável invasão de esfera de outro Poder pelo

Judiciário, o que se verificaria se, através de medida excepcional, lhe fôsse dado penetrar em seara tipicamente alheia" (ob. cit., pág. 311).

Não obstante, se o ato disciplinar emanar de autoridade incompetente e se a imposição da pena foi feita ao arrepio das normas legais vigentes, há ensejo para a concessão do writ (R. T. 394/356 e 398/203).

Não há, porém, confundir **descabimento** do mandado com **improcedência** do mandado. Contra os atos especificados na lei descabe segurança. Mas pode ser julgado improcedente o pedido de segurança, sempre que não forem atendidos certos pressupostos ou requisitos que condicionam a ação mandamental. Assim, se os fatos em que se baseia o pedido não forem provados desde logo, documentalmente, com a inicial, a ação deverá ser julgada improcedente por não provadas **ab initio** as alegações.

Na primeira hipótese, ou seja, de descabimento do **mandamus**, o impetrante deverá ser julgado **carecedor** da segurança; na segunda, se julgado improcedente o pedido, a segurança deve ser **denegada**.

5. Medida liminar e sua cassação

Se for relevante o fundamento do pedido e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso a segurança vier a ser finalmente concedida, o juiz poderá suspender liminarmente o ato.

Na forma do artigo 1.o, letra "b", da Lei 4.348, de 26 de junho de 1964, a medida liminar somente terá eficácia pelo prazo de 90 dias, a contar da data da respectiva concessão, prorrogável por mais 30, em condições especiais.

Entendem alguns juristas que essa norma seria inconstitucional por ferir a sistemática constitucional ao limitar o prazo da concessão da medida liminar, que poderá perder a eficácia antes do julgamento definitivo da demanda, risco este que não se observa, **verbi gratia**, nas ações possessórias. Porém, se existe essa inconstitucionalidade, ainda não foi proclamada por nossos tribunais.

Não será concedida a medida liminar, quando a impetração visar à reclassificação ou equiparação do servidor público, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens, bem como o desembaraço de bens. É o que dispõe a Lei 2410, de 1955.

A medida liminar poderá ser suspensa, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. No jogo de interesses entre a lesão ao direito individual e ao interesse coletivo, que cumpre à administração resguardar, sempre prevalecerá este último, em caso de concessão de medida liminar que, assim, poderá ser revogado.

6. Mandado de segurança e coisa julgada

Na reza do artigo 15, da Lei 1533, "a decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais." De acordo com a Súmula 304, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, "decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria". Entende-se que a decisão em mandado de segurança faz coisa julgada formal, mas não coisa julgada substancial, de sorte que é assegurado ao interessado pleitear seus direitos e efeitos patrimoniais através de outra ação.

7. Recursos

Da decisão, negando ou concedendo o mandado, caberá apelação, conforme a redação dada ao artigo 12 pelo artigo 3.o da Lei 6014, de 27 de dezembro de 1973.

A sentença ficará sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente, na forma estabelecida no parágrafo único desse artigo.

O recurso voluntário será interponível no prazo de 15 dias, contando-se em dobro para a Fazenda Pública, de acordo com o que

dispõe o artigo 188, do Código de Processo Civil. Além deste, pode ser interposto recurso extraordinário, de acordo com os permissivos constitucionais cabentes.

8. Considerações finais

São esses os aspectos que, em ligeiro apanhado, nos parecem mais interessantes nesse remédio processual genuinamente brasileiro. Ele não se confunde com os **writs** do direito anglo-saxônico, nem se assemelha ao "amparo" mexicano. Não há no direito estrangeiro remédio processual que se mostre tão eficaz contra os atos ilegais, ou os atos abusivos, das autoridades administrativas, como o mandado de segurança. Afigura-se tão importante em nosso direito, que constitui ordem de garantia constitucional.

Torna-se necessário, porém, que o defendamos dos ataques de que constantemente tem sido alvo em nossos pretórios. Não há que transformá-lo em ação judicial comum, desvirtuando a pureza do instituto. Só deve ser ele admitido em casos especiais, quando se encontre, de um lado, direito líquido e certo, perfeitamente caracterizado, a ser objeto de tutela judicial, de outro, ilegalidade clara ou manifesto abuso de poder. Fora desses casos e conforme a hipótese o pedido deve ser indeferido **in limine**. Ocorre frequentemente que o pedido não vem revestido de todas as características indispensáveis à propositura da ação, bem como são raríssimas as vezes em que, mesmo em tais condições, o pedido seja indeferido desde logo. O mandado de segurança, ação especial de procedimento sumaríssimo, somente deve ser reservado aos casos excepcionais em que seja patente a existência de direito líquido e certo ameaçado ou violado por indiscutível ilegalidade ou abuso de poder. Não se pode admitir o mais ou menos em mandado de segurança, como tal não se admite em **habeas corpus**, do qual ele é originário. Não se deve, outrossim, conceder a liminar sem uma maior avaliação dos problemas que pode ensejar para a administração. Também aqui somente em casos excepcionalíssimos o pedido pode ser atendido porque a concessão indevida e precipitada da liminar poderá acarretar a paralisação de um setor administrativo, quando não comprometer toda uma administração.

PADRONIZAÇÃO DOS SISTEMAS DE CLASSIFICAÇÃO DE CARGOS E DE NÍVEIS DE VENCIMENTOS

ODETE MEDAUAR

1. Introdução; 2. O art. 108, § 1.º, da Constituição Federal; 3. Plano de Classificação de Cargos na Esfera Federal; 4. Padronização dos Sistemas de Classificação de Cargos e Níveis de Vencimentos no Estado de São Paulo; 5. Aplicação do Preceito Constitucional nos Municípios do Estado de São Paulo; 6. Jurisprudência; 7. Conclusões; 8. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

"Para atingir os fins básicos que tem em mira, age o Estado, entidade abstrata, através de pessoal especializado, cujo número varia na razão direta da complexidade dos serviços a executar".(1) Instrumento de realização dos objetivos do Estado, "o pessoal" sempre mereceu atenção de governantes e legisladores. Na época contemporânea, a ampliação progressiva das funções do Estado fêz crescer, de modo considerável, o número de servidores públicos, conferindo natureza mais definida à atividade que executam. Esse fato, aliado à urbanização, à mecanização e ao acelerado desenvolvimento científico, converteu a administração de pessoal em um dos setores mais críticos da atuação governamental. As questões de "pessoal" no serviço público passaram a preocupar, não só governantes e legisladores, mas também sociólogos, psicólogos, planejadores, juristas. A importância do assunto revela-se, ainda, pelo tratamento que vem recebendo do Poder Constituinte, especialmente no Brasil.

De fato, o exame das Constituições brasileiras, sob o prisma "funcionários públicos" demonstra a evolução. Nas Constituições de 1824 e 1891 não há título ou capítulo sobre o pessoal da Administração Pública; as únicas menções atribuem aos empregados públicos responsabilidade pelos abusos e omissões praticados no exercício das funções.

A Constituição de 1934 já dedica um título aos Funcionários Públicos e arrola direitos e deveres (arts. 168 a 173); a Constituição de 1946 adota orientação idêntica (arts. 184 a 194).

A Constituição vigente, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.o 1, de 17 de outubro de 1969, no capítulo dedicado ao Poder Executivo, abre uma seção, com quinze artigos aos Funcionários Públicos (arts. 97 a 111). E vai além, ao determinar, no art. 108, a aplicação das normas da seção aos funcionários dos três Poderes da União e aos funcionários em geral dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Preocupado com a questão do "pessoal", o Poder Constituinte "não temeu sequer a redundância parcial, já que o art. 13, V, estendia essas normas ao âmbito estadual".(2)

Entre os dispositivos constitucionais referentes aos servidores públicos, o § 1.o do art. 108 desperta atenção, por sua importância e por demonstrar o cuidado do Constituinte com os assuntos da administração de pessoal. O presente trabalho consagra-se ao exame do mencionado preceito, desenvolvendo-se de acordo com o plano seguinte: considerações sobre o termo "sistemas de classificação e níveis de vencimentos dos cargos", sobre a ressalva "no que couber" e sobre o dispositivo no seu todo; aplicação do preceito nas esferas federal, estadual e municipal; acórdão do Supremo Tribunal Federal relativo ao assunto; conclusões.

2. O art. 108, § 1.o, da Constituição Federal

> "Art. 108 — .....
>
> § 1.o — Aplicam-se, no que couber, aos funcionários do Poder Legislativo e do Poder Judiciário da União e dos Estados, e aos das Câmaras Municipais, os sistemas de classificação e níveis de vencimentos dos cargos do serviço civil do respectivo Poder Executivo."

2.1 A expressão "sistemas de classificação de níveis de vencimentos dos cargos."

Para melhor entendimento da expressão é necessário conceituar alguns termos essenciais.

Em primeiro lugar, a noção de "cargo". Na lição de Cretella Júnior "cargo é o complexo autônomo de atribuições confiadas a uma pessoa física que age em nome do Estado".(3) "O cargo caracteriza-se pelas atribuições e responsabilidades que implica e enquanto permanecem idênticas o cargo também permanece o mesmo, sem considerar-se o fato de ser sucessivamente ocupado por diferentes funcionários ou ficar vago".(4)

"Os cargos são ordenados em classes. Uma classe reune todos os cargos suficientemente semelhantes quanto à natureza, ao objeto do trabalho, ao grau de dificuldade e de responsabilidade e de condições de qualificação para assegurar retribuição análoga"... "O número de cargos numa classe pode variar de um a centenas".(5)

"Por conseguinte, **um plano de classificação** ou **sistema de classificação** é uma análise sistemática e um ordenamento de cargos segundo a natureza do trabalho e segundo a dificuldade ou a responsabilidade das tarefas. Cada função é descrita por uma especificação escrita; as funções análogas são combinadas em classes".(6)

No concernente à terminologia, emprega-se preferencialmente a expressão "plano de classificação". Embora o dispositivo constitucional mencione "sistema de classificação" os especialistas em Administração Pública utilizam o termo "plano".(7) Na Lei Federal 5 645, de 10 de dezembro de 1970, também se adota este vocábulo.

Conceituado o primeiro elemento da expressão, cumpre examinar o segundo : "níveis de vencimentos".

"Em sua verdadeira acepção, o nível se apresenta muito mais *como parte do plano* de vencimentos do que do plano de classificação de cargos. O nível abrange todas as classes de cargos incluídas na mesma escala de salários, qualquer que seja o tipo de trabalho que representem".(8)

O termo "nível" inclui todas as classes de cargos que, apesar de suas diferenças quanto à natureza ou ao objeto das atribuições, são

suficientemente semelhantes quanto ao grau de dificuldade ou de responsabilidade ou quanto às exigências de qualificação para justificar sua inclusão numa mesma faixa de remuneração. Por exemplo: "um técnico de orçamento e um técnico de pessoal podem ser colocados no mesmo nível; isso significa que a mesma escala de vencimentos lhes será aplicada, mas, ainda assim, cada classe conservará sua identidade distinta".(9)

"Uma vez que os planos de classificação e de vencimentos, em geral, são elaborados simultaneamente pelos mesmos técnicos, a determinação dos níveis, isto é, a colocação das diferentes classes nos níveis adequados, constitui uma das fases do processo de elaboração das normas relativas à classificação e à remuneração".(10)

Existe uma relação tríplice entre cargos, classes e níveis de vencimentos... "Os cargos são distribuídos em classes que, por sua vez, são imprensadas em níveis de vencimentos... Os planos de classificação e de vencimentos ficam atados um ao outro num verdadeiro nó cego..."(11)

Sistema ou plano de níveis de vencimentos pode ser conceituado, portanto, como a hierarquização das classes entre si, em termos de salário.

Do exposto, é possível inferir a estreita relação entre plano de classificação de cargos e plano de níveis de vencimentos, embora se apresentem como noções distintas.

Assim sendo, a expressão "sistema de classificação e níveis de vencimentos" constante do § 1.o do art. 108 deve ser entendida do seguinte modo: sistema de classificação de cargos e sistema de níveis de vencimentos, ou seja, dois sistemas ou planos; um, das atribuições e responsabilidades; outro, de hierarquização das classes em função dos salários.

A leitura do preceito conduz também a semelhante conclusão: há o plural "sistemas", que não poderia significar os muitos planos de classificação da União, pois esta adota um só plano.

2.2 O sentido da expressão "no que couber"

O art. 6.o da Emenda Constitucional n.o 1, de 17 de outubro de 1969, consagra a estrutura política inspirada em Montesquieu: a se-

paração de poderes. "A expressão Poderes da União designa os órgãos ou conjuntos orgânicos, aos quais é deferido o exercício parcial do poder estatal".(12)

Cada Poder desempenha função específica, guardando, portanto, características peculiares na sua organização. Mas há determinadas atividades que são comuns aos Três Poderes, tais como as de natureza administrativa ou de execução material. Ex: as funções de auxiliar de gabinete, contínuo, escriturário, telefonista, etc.

A expressão "no que couber" visa certamente a essas atividades, aos cargos que, nos Três Poderes, são equivalentes em atribuições e responsabilidades.

2.3 Interpretação do Dispositivo

A Constituição Federal atribui a cada uma das Casas do Legislativo Federal competência privativa para propor projetos de lei que criem ou extingam cargos de seus serviços e fixem os respectivos vencimentos (art. 40, item III e art. 42, item IX). Os Legislativos Estaduais e Municipais são dotados de idêntica atribuição (art. 13, III e art. 200). Também aos tribunais do Judiciário foi conferida competência para "propor ao Poder Legislativo a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos" (art. 115, III).

Pois bem, o supra-citado § 1.o do art. 108 não pode colidir com tais preceitos constitucionais. E na verdade não colide. Se ao Poder Legislativo e aos Tribunais do Judiciário compete a iniciativa de criação ou extinção de cargos de seus serviços e de fixação dos respectivos vencimentos, essa competência não é elidida, mas limitada pelo § 1.o do art. 108; as Casas do Legislativo e os Tribunais do Judiciário, ao criar cargos e fixar-lhes vencimentos, devem atender aos parâmetros da classificação de cargos e de níveis de vencimentos do Executivo.

Nesse sentido o ensinamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho,(13) ao comentar o referido § 1.o: "Cuida a Constituição de determinar a padronização dos sistemas de classificação de cargos e de níveis de vencimentos no âmbito dos Três Poderes. Mais ainda, estabelece que essa padronização se fará segundo o modelo adotado pelo Executivo, tanto no plano federal, quanto no estadual ou municipal.

Desse modo, a Constituição praticamente impõe o sistema adotado pelo Executivo aos demais Poderes, o que lhes restringe a auto-organização prevista, para o Legislativo no art. 30 e para o Judiciário no art. 115, II. Sem dúvida, ressalvadas as peculiaridades de cada um".

Está evidente, portanto, a anterioridade ou primazia do Poder Executivo no referente à classificação de cargos e ao sistema de níveis de vencimentos. Os demais Poderes, por força do preceito constitucional, deverão pautar sua classificação ao modelo do Executivo. A prescrição do art. 98 da Lei Maior reforça esse entendimento.

3. Plano de Classificação de Cargos na Esfera Federal

A Lei Federal 5 645, de 10 de dezembro de 1970, estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais. Prevê que os cargos serão classificados como de provimento em comissão e de provimento efetivo, determinando seu enquadramento em dez Grupos e especificando as atividades essenciais de cada Grupo. No art. 5.o preceitua a fixação de escala de níveis própria a cada um dos Grupos.

No art. 15 reza o seguinte :

> "Art. 15 — Para efeito do disposto no art. 108, § 1.o, da Constituição, as diretrizes estabelecidas nesta lei, inclusive o disposto no art. 14, se aplicarão à classificação dos cargos do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, dos Tribunais de Contas da União e do Distrito Federal, bem como à classificação dos cargos dos Territórios e do Distrito Federal."

O artigo faz menção expressa ao art. 108, § 1.o, da Constituição Federal, para determinar a aplicação das diretrizes da classificação de cargos do Executivo Federal à classificação de cargos do Legislativo, do Judiciário, do Tribunal de Contas do Distrito Federal e à classificação de cargos dos Territórios e do Distrito Federal.

Em outras palavras : ao fixar bases para elaboração de novo plano de classificação de cargos, ao proclamar extinto o que então vigia (art. 14 da referida lei) e ao ordenar a aplicação do novo sistema ao Legislativo, Judiciário, Tribunal de Contas, Distrito Federal e Territórios, a lei federal praticamente impôs a essas entidades a instituição de novos planos, nos moldes que especificou.

4. Padronização dos Sistemas de Classificação de Cargos e Níveis de Vencimentos no Estado de São Paulo

A Constituição do Estado de São Paulo (Emenda Constitucional n.o 2, de 30 de outubro de 1969) preceitua o seguinte, em seu art. 92, item V:

> "Art. 92 — O funcionalismo do Estado será organizado com observância dos princípios mínimos estabelecidos na Constituição da República e atendimento das seguintes normas.
>
> . . . . . .
>
> V — igualdade de denominação dos cargos equivalentes e paridade de vencimentos e vantagens entre os funcionários dos três poderes, tendo por limite máximo os do Poder Executivo".

Como se depreende, a Constituição paulista ordenou não só a igualdade de denominação dos cargos equivalentes, mas também paridade de vencimentos e vantagens entre os cargos dos três Poderes; determinou, ainda, que o limite máximo a ser observado é o do Executivo, o que pressupõe a primazia deste na elaboração de sistema de classificação e de vencimentos.

Em atendimento ao mencionado art. 92, item V, o Executivo do Estado de São Paulo reclassificou os cargos e os níveis de vencimentos dos seus servidores através do Decreto-Lei Complementar n.o 11, de 2 de março de 1970 - Lei da Paridade - estendendo tais sistemas aos Poderes Legislativo e Judiciário e ao Tribunal de Contas do Estado. Integram o diploma tabelas dos cargos e respectivos níveis de vencimentos dos cargos do Executivo e dos cargos equivalentes da Assembléia Legislativa, dos Tribunais de Justiça, de Alçada, de Justiça Militar e do Tribunal de Contas.

Portanto, no Estado de São Paulo, o Executivo não só elaborou novo sistema de classificação de cargos e novo sistema de níveis de vencimentos, mas também, no mesmo diploma, cuidou de aplicá-los aos cargos assemelhados dos demais poderes.

5. Aplicação do Preceito Constitucional nos Municípios do Estado de São Paulo

O Município brasileiro é dotado de situação peculiar: recebe tratamento do Constituinte Federal que lhe fixa os contornos funda-

mentais ao atribuir-lhe autonomia (art. 15), elevada à categoria de princípio constitucional (art. 10, VII, letra "e"); e, ao mesmo tempo, por força ainda da Lei Maior, aparece com ente estadual, visto ter sua organização regida pelo direito estadual (art. 14, parágrafo único).

Os Municípios paulistas têm sua organização delineada no Título II da Constituição Estadual que, em seu art. 109, prevê como órgãos do governo municipal, independentes e harmônicos entre si, o Prefeito, com funções executivas e a Câmara Municipal, com funções legislativas.

No concernente ao "pessoal" a Carta estadual prescreve que os Municípios, ao elaborarem o estatuto dos seus servidores, observem os princípios da Constituição da República. Assim sendo, no Estado de São Paulo, não é na Constituição Estadual que os Municípios devem buscar os fundamentos da legislação do funcionalismo e, sim, nos princípios da Constituição Federal, especialmente nas disposições dos arts. 97 a 111. A regra contida no mencionado art. 92, item V, da Constituição Estadual não pode ser invocada pelos Municípios paulistas na preparação de seus planos de classificação de cargos e de níveis de vencimentos. As diretrizes devem receber inspiração do art. 108, § 1.o, da Constituição da República.

Como já foi assinalado, no âmbito do Estado de São Paulo, o governo municipal compõe-se de Prefeito, com funções executivas e Câmara Municipal, com funções legislativas. Tanto o Prefeito como a Câmara Municipal detêm competência privativa para organizar os respectivos serviços administrativos, inclusive o referente à criação de cargos e fixação de vencimentos, nos termos da Lei Orgânica dos Municípios, art. 25, inciso III, art. 27, § 1.o, 2, art. 47, parágrafo único.

Os preceitos citados, no entanto, devem ser entendidos em consonância com o art. 108, § 1.o da Constituição da República, o qual traz limitação àquela competência das Câmaras Municipais. Ou seja: a Câmara Municipal, ao elaborar seu plano de classificação de cargos e de níveis de vencimentos obedecerá ao modelo do Executivo. Se o Legislativo municipal pretender reformular seu sistema de classificação de cargos e de níveis de vencimentos e o Executivo for dotado de sistema antigo, ou a Câmara se norteia por este ou aguarda que o Executivo elabore novo plano.

Em qualquer caso, é defeso à Câmara Municipal fugir ao paradigma do Executivo, nos cargos equivalentes, por força do preceito constitucional em exame.

6. Jurisprudência

Para melhor compreensão do assunto em pauta seria conveniente recorrer à manifestação do Judiciário. O Supremo Tribunal Federal, através de acórdão[14] proferido em 18 de março de 1971, tendo como relator o Ministro Aliomar Baleeiro, já se pronunciou em caso envolvendo aplicação do art. 108, § 1.o da Constituição Federal.

Em linhas gerais, a questão foi a seguinte: o Procurador-Geral da Justiça do Espírito Santo, em obediência a expediente do Governador do Estado, ofereceu representação visando à arguição de inconstitucionalidade da Resolução 1 187/68, da Assembléia Legislativa daquele Estado, que fixou níveis de vencimentos do pessoal da referida Casa com aumento substancial sobre a remuneração de servidores de outros Poderes.

O então Procurador-Geral da República, Prof. Xavier de Albuquerque, teceu as seguintes ponderações, adotadas pelos senhores Ministros do S. T. F.: "Verifica-se que os malsinados arts. 1.o e 6.o da mencionada Resolução 1 187, ao concederem aumento de vencimentos ao funcionalismo da Assembléia Legislativa, o fizeram em afronta ao preceituado pelo art. 106 da Constituição Federal de 1967, preceito que hoje se encontra ainda mais revigorado pela redação dos arts. 98 e 108, § 1.o, da Emenda Constitucional n.o 1. Na verdade, ao que se deduz do quadro comparativo levantado no expediente anexo, para cargos de atribuições absolutamente iguais a dita Resolução, pelos arts. 1.o e 6.o, avolumou diferença de vencimentos entre os cargos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, em proporção de até três vezes a maior, em favor dos servidores da Assembléia Legislativa. E' bem verdade que diferença bem razoável naturalmente já preexistia ao impugnado aumento, como à própria promulgação da Constituição de 1967. Isso, porém, não exime o texto da pecha de inconstitucionalidade, já que, a partir daquela promulgação constitucional, se não foi tornada imperiosa a eliminação imediata da diferença de vencimentos em causa, pelo menos vedado foi ao legislador o elastecimento de tal diferença, como aconteceu no caso."

Acatando os fundamentos do Procurador-Geral da República, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, declarou inconstitucionais os arts. 1.o, 6.o e 8.o da Resolução 1 187 da Assembléia Legislativa do Espírito Santo, por incompatibilidade manifesta com o art. 108, § 1.o da Constituição Federal, na redação da Emenda n.o 1/69.

O pronunciamento unânime do Supremo demonstra bem o alcance e os efeitos práticos do dispositivo constitucional em exame : o modelo de classificação de cargos e de níveis de vencimentos do Executivo há de ser seguido pelos demais poderes, aos quais é vedado também ampliar diferença de vencimentos já existente antes de 1967 em desfavor dos padrões do Executivo.

7. Conclusões

Do exposto pode-se concluir :

a) No art. 108, § 1.o da Constituição Federal a expressão "os sistemas de classificação e níveis de vencimentos dos cargos", significa : o sistema de classificação de cargos e o sistema de níveis de vencimentos.

b) Tendo em vista que há atividades comuns aos Três Poderes, às quais correspondem cargos equivalentes em atribuições e responsabilidades, a expressão "no que couber" do art. 108, § 1.o, refere-se precisamente a tais cargos.

c) O Poder Legislativo e o Poder Judiciário, na esfera federal e estadual e a Câmara Municipal, na esfera do Município, não perderam sua competência para criar cargos de seus serviços e fixar-lhes os respectivos vencimentos. Apenas devem seguir o sistema de classificação de cargos e o sistema de níveis de vencimentos do respectivo Poder Executivo.

d) No âmbito federal, a Lei 5 654, de 10 de dezembro de 1970, fixou diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e, por força do art. 15, estendeu-as à classificação de cargos do Legislativo, do Judiciário, dos Tribunais de Contas da União e do Distrito Federal e à classificação de cargos dos Territórios e Distrito Federal.

e) No Estado de São Paulo, o Decreto-Lei Complementar n.o 11, de 2 de março de 1970, estabeleceu nova classificação de cargos e de níveis de vencimentos para o Executivo, determinado sua aplicação ao Legislativo, ao Judiciário e ao Tribunal de Contas do Estado. Integram a lei tabelas de cargos e vencimentos, inclusive dos cargos equivalentes daquelas entidades.

f) No plano municipal, por força do art. 108, § 1.o, as Câmaras Municipais, ao organizar ou reorganizar seus serviços administrativos, deverão obedecer ao sistema de classificação de cargos e ao sistema de níveis de vencimentos da Prefeitura, órgão executivo do Município, nos cargos de atribuições iguais.

g) O Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade de Resolução de Assembléia Legislativa Estadual que fixou vencimentos de seus funcionários em proporção maior aos níveis de vencimentos de cargos idênticos do Poder Executivo, por violação ao princípio estabelecido no art. 108, § 1.o, da Constituição Federal.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 CRETELLA JÚNIOR. Tratado de Direito Administrativo. 1967, vol. IV, pg. 69.

2 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira, vol. II, 1974, pg. 220.

3 CRETELLA JÚNIOR. Dicionário de Direito Administrativo. São Paulo, 2.a ed. 1972, pg. 52.

4 L. D. WHITE. "Introduction to the Study of Public Administration", New York, 1955, 4.a ed., pg. 451 e segs.

5 idem.

6 idem.

7 Cf. NIGRO, Felix. Administração de Pessoal no Serviço Público. Rio, Fundação Getúlio Vargas, pg. 103 e L. D. WHITE. "Introduction to the Study of Public Administration".

8 NIGRO, Felix. Administração de Pessoal no Serviço Público. Rio, F. G. V., pg. 108.

9 NIGRO, op. cit.

10 idem.

11 idem.

12 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira. São Paulo, vol. I, 1972, pg. 66-67.

13 Comentários à Constituição Brasileira, São Paulo, 1974, vol. II, pg. 220.

14 Revista de Direito Administrativo. F. G. V. n.o 107, jan-mar. 1972, pags. 135-137.

PARECERES

TEMPO DE SERVIÇO MILITAR EM ZONA DE GUERRA

Contagem de tempo de Serviço Militar prestado em Zona de Guerra definida pelo Decreto n.o 10.490-A, de 25 de setembro de 1942 proc. 60.013/72

1 — Consta do presente processo que o Egrégio Tribunal de Contas do Município da Capital firmou doutrina no sentido de contar-se simplesmente o tempo de serviço militar prestado em zona de guerra e em dobro somente o tempo de serviço militar prestado em Operações Bélicas.

2 — A administração municipal tem contado em dobro o tempo de serviço militar sem fazer distinções para efeito de aposentadoria.

3 — À vista da manifestação do Colendo Tribunal pergunta-se:

> 1 — Deve-se dar andamento aos processos de servidores que se beneficiaram com a averbação em dobro por serviços prestados às Forças Armadas em tempo e zona de guerra?
>
> 2 — Deve-se proceder nova contagem, reduzindo aquele tempo em contagem simples?

4 — A matéria consubstanciada no processo é daquelas que têm dado lugar a controvérsia jurisprudencial, com julgados nos dois sentidos, entendendo uns que para a contagem do tempo de serviço em "dobro", basta que o militar tenha estado na zona de guerra, mesmo no Brasil; outros, porém, consideram que para tanto é o militar obrigado a provar que esteve no teatro de operações de guerra, na Itália, nos campos de batalha.

Ora, entendem os primeiros que declarada a guerra pelo Brasil, velo o decreto de mobilização, considerando zona de guerra todo o território nacional, assim, têm os militares direito à contagem em dobro. (Tribunal Federal de Recursos — apelação cível n.o 8783).

Entretanto, a matéria bem merece um mais amplo exame e debate, principalmente o decreto 10.490-A, de 25 de setembro de 1942, regulamentado pela Lei Federal 1156/50 que assim se inscreve:

> "Art. 1.o — São amparados pela lei 616, de 2 de fevereiro de 1949, todos os militares que prestaram serviço na Zona de Guerra definida e delimitada pelo art. 1.o do Decreto 10.490-A, de 25 de setembro de 1942".

No âmbito federal a matéria começou com o Decreto-lei 1187 de 1939 que dispõe sobre Serviço Militar e determina:

> "O tempo de serviço no Exército e na Marinha de Guerra ativos prestado durante o tempo de paz, será contado para todos os efeitos em cargo civil, federal, estadual ou municipal, computando-se pelo dobro o tempo em operações de guerra".

A propósito comenta Temistocles Cavalcanti em sua obra "O Funcionário Público e seu Regime Jurídico", vol. I, pág. 396:

> "A lei nunca poderia ter deferido ao Governo a faculdade de considerar este ou aquele serviço como de campanha, constituindo uma anomalia legislativa, essa atribuição de momento que a própria lei fixou critérios objetivos para qualificar esses serviços".

A alusão que o art. 99 do Decreto-lei 9698, de 2 de setembro de 1946, faz "a expedições tendentes a restabelecer a "ordem interna" como que para justificar que não é somente nos campos de batalha que o legislador quis proteger improcede ao nosso ver, porque, no começo do dispositivo está verdadeira intenção do legislador, a que a sua parte final tem que obedecer por constituir um todo que não pode se desassociar e nesse começo está fixado que o entendimento de serviço de campanha é o período que o militar estiver em operações de guerra ou em serviços dele dependentes ou decorrentes.

Ora, quem está fora do teatro de operações de guerra não está em campanha e nem em serviços decorrentes ou dependentes da guerra.

A lei exige, assim entendemos, a participação efetiva na guerra e aqui cabem as vibrantes palavras do então Ministro General Zenobio da Costa, descrevendo o que foi a campanha da Itália.

> "Vi-os em noites geladas sairem silenciosos mas de ânimo elevado para a missão mortífera de comandar patrulhas à cata do adversário invisível e solerte; vi-os à frente de grupos de combate enterrados na lama sob impiedosa metralha, molhados, sujos, fatigados, a gritar para os seus homens que neles tinham o guia ardoroso que os conduzia ao combate; também os vi caídos para sempre sobre a neve dos Apeninos enrubescida pelo seu sangue generoso, de braços em cruz, de olhos abertos e parados que talvez refletissem na pupila endurecida a visão sacrossanta da terra distante".
>
> (Aviso n.o 250-I de 13-4-54 — Diário do Congresso, de 15-4-54 fls. 749/750).

Cumpre estabelecer nítida distinção entre os que participaram efetivamente de operação de guerra e os que prestaram serviços de guerra nas zonas delimitadas pelo decreto já citado.

Os primeiros participaram efetivamente na guerra e os segundos apenas "*cooperaram no esforço de guerra no Brasil*".

A lei é positiva em considerar como serviço de campanha "aquele em que o militar estiver em operações e com risco de guerra".

O conhecido jurista Caio Tácito assim se manifesta:

> "O simples exercício em zona declarada de guerra pelo decreto 10.490-A, de 25-9-42, não basta para a fruição do favor excepcional. É que a localização nessa área, potencialmente bélica, não representa a **participação efetiva** nas forças expedicionárias brasileiras a que alude o preceito transitório da Constituição. Esta exegese, que tem prevalecido e agora se relaciona no parecer da D.P. é a mais idônea e condizente com o sentido e a letra dos dispositivos invocados".
>
> (Parecer — in D.O. de 11-3-54 — págs. 3860/3861).

E ainda:

> "A prestação de serviço de guerra representa um prêmio, legitimamente conquistado por aqueles que, real ou potencialmente, correram risco de vida em defesa da soberania nacional.

> A localização em unidades sediadas em território nacional, na área a que se refere o Decreto 10.490-A, de 25-9-42, não basta à aquisição do benefício de origem constitucional".

Assim, todo militar que tenha prestado serviços inerentes à sua atividade, vale dizer, serviços próprios de caserna, para cuja prestação o militar vestiu a farda, e em vista a denominações dadas às diversas zonas pelo art. 1.o do liploma legal citado, não pode invocar prestação de serviços de guerra e, por força dessa situação, pleitear os benefícios que o legislador evidentemente concedeu somente ao militar que real e efetivamente, sujeitando-se aos riscos de guerra, exerceu atividades que punham em perigo a própria vida.

Não basta, a nosso ver, que o militar tenha desempenhado suas atividades normais e de rotina, por exemplo, em estabelecimentos militares, situados no interior do país, durante determinado período do último conflito.

Suas atividades rotineiras representam exatamente o conjunto de serviços que constituem a profissão militar e o fato de que, para atender exclusivamente à defesa do território nacional, tenha um decreto declarado que determinadas zonas são de guerra, não empresta a essas atividades rotineiras o caráter de serviço de guerra.

Não tem sido outro o entendimento na conceituação do que seja "serviço de guerra".

Observe-se que a Constituição de 1967, com a emenda Constitucional n.o 1, de 17-10-69 é explícita:

> "Art. 197 — Ao civil, ex-combatente da Segunda Guerra Mundial, que tenha participado efetivamente em operações bélicas da Força Expedicionária Brasileira, da Marinha, da Força Aérea Brasileira, da Marinha Mercante ou da Força do Exército, são assegurados os seguintes direitos:
>
> a — .....
>
> b — .....
>
> c — aposentadoria com proventos integrais aos vinte e cinco anos de serviço efetivo, se funcionário público da administração direta e indireta ou contribuinte da Previdência Social".

A lei federal 5315/67 exige a participação efetiva de operações bélicas :

> "Art. 1.o — Considera-se ex-combatente, para efeito de aplicação do art. 178 da Constituição do Brasil, todo aquele que tenha participado efetivamente de operações bélicas, na Segunda Guerra Mundial, como integrante da Força do Exército, da Força Expedicionária Brasileira, da Marinha de Guerra e da Marinha Mercante e, no caso de militar, haja sido licenciado do serviço ativo e com isso retornado à vida civil definitivamente".

No âmbito municipal, que mais nos interessa, o Decreto-lei 13.030/42 dispõe :

> "Art. 97 — Na contagem de tempo, para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade, computar-se-á integralmente:
> a — .....
> b — o período de serviço ativo do Exército, na Armada, nas Forças Aéreas e nas auxiliares, prestado durante a paz, computando-se pelo dobro o tempo em operações de guerra".

e ainda :

> "Art. 266 — Salvo o caso expressamente previsto na segunda parte da alínea "b" do art. 97, não será contado, em nenhuma hipótese, tempo em dobro".

5 — De resto, tem o Tribunal de Contas do Município competência para apreciar e decidir sobre legalidade e regularidade das concessões iniciais de aposentadorias e disponibilidade dos servidores, estribados em dispositivo constitucional (art. 72 § 8.o) e lei municipal 7213 de 20-11-68, art. 22 n.o VI.

Ademais, todo ato administrativo está sujeito à revisão, respeitados os limites legais, como ensina Vicente Ráo no "que diz respeito aos atos administrativos, a tese de sua revogabilidade absoluta está, hoje, totalmente abandonada: um limite, entre outros, se reconhece e impõe à faculdade de Administração de alterar os seus atos anteriores, o limite, isto é, do respeito aos direitos já existentes, aos fatos e atos jurídicos dos quais esses direitos ou situações subjetivas, resultaram em favor das pessoas" (*O Direito e a Vida dos Direitos* n. 225).

No mesmo sentido o ensinamento de Mario Masagão (Curso de Direito Administrativo, pág. 150) e de Miguel Reale (Revogação e Anulamentos de Atos Administrativos, pág. 70).

6 — Do tudo que foi dito conclui-se:

a) A Jurisprudência predominante no que tange à contagem de tempo para efeito de aposentadoria dos servidores que prestaram serviços na chamada "zona de guerra" é da contagem simples e em dobro para os que estiveram efetivamente em operações de guerra, consoante se verifica das decisões proferidas nos M. S. n.o 18.471 de 20-11-68, relator Min. Thompson Flores; M. S. n.o 18.557 de 22-11-69, relator o eminente Min. Rafael Barros Monteiro e M. S. n.o 19.861, relator Min Thompson Flores (Rev. dos Tribunais).

b) Entendemos que a Alta Administração deva rever o critério adotado.

S. M. J.

São Paulo, 20 de agosto de 1972

Adolfo Marcondes do A. Filho

Procurador - DAMU Consultoria Jurídica

A C. G. T. É UMA AUTARQUIA

A Contadoria Geral de Transportes é uma autarquia, embora a Lei 4793/24, que a criou, não faça referência expressa à sua natureza jurídica proc. 118.661/71

Wilma Lallo de Toledo, professora primária, solicita, na inicial, que se lhe compute, para fins de aposentadoria, o tempo de serviço prestado junto à Contadoria Geral de Transportes. Isto posto, suscita a Divisão de Controle do Dessoal – DAMU-1, dúvidas quanto à real natureza jurídica da entidade: seria a C.G.T. órgão autárquico instituido pelo Governo Federal?

Preliminarmente, os postulados teóricos que informam a temática arquida, bem assim o ordenamento jurídico positivo a que se subsume a espécie.

O vocábulo autarquia, de origem helênica, foi incluído, em definitivo, na terminologia técnica do direito público para exprimir noção especializada das mais fecundas.

Incorporada há cerca de três décadas ao nosso léxico, significa, à letra, etimologicamente, "comando próprio, direção própria, autogoverno". Não se confunde com autonomia, faculdade que alguns entes têm de se organizarem juridicamente, de criar um direito próprio, direito que não só, como tal, é reconhecido pelo Estado, mas também por ele adotado para fazer parte do seu próprio sistema jurídico e declarado obrigatório como as próprias leis e os próprios regulamentos.

"Autarquia, ao contrário, é faculdade reconhecida ao ente de administrar-se por si mesmo, isto é, de agir para a consecução dos próprios fins, mediante o desdobramento, onde ocorra, de uma atividade administrativa, que tem a mesma natureza e os mesmos efeitos da administração pública do Estado". (José Cretella Junior, Tratado de Direito Administrativo, Vol. VII, pags. 12 e 15).

Para o prof. Miguel Reale, autarquia é "a pessoa de direito público interno, instituida, implícita, ou explicitamente, por lei, da União, do Estado ou do Município, dotada de recursos patrimoniais a ela especialmente destinados, para a realização de determinados serviços de caráter público, com orçamento próprio e autonomia administrativa, sob o controle legalmente previsto pela entidade instituidora". (Da Gênese de uma entidade autárquica, pag. 151).

No sistema jurídico-administrativo brasileiro, as autarquias podem classificar-se, em primeiro lugar, quanto ao aparelhamento de que fazem parte, o que leva à tríplice divisão: autarquia **federal, estadual** e **municipal**; em segundo lugar, podem classificar-se quanto ao fim que têm em mira, distinguindo-se, então, em culturais, industriais, econômicas, assistenciais. (Cretella Jr., ob. cit., pág. 44).

Vejamos algumas classificações. Preliminarmente, Brandão Cavalcanti, que agrupa as entidades autárquicas em torno do elemento fim:

> a) autarquias cuja finalidade é a organização, o controle e a disciplina de atividades profissionais: Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura etc;

b) autarquias econômicas, destinadas ao controle e incentivo à produção, transformação e consumo de certos produtos, Instituto do Açúcar e do Álcool, Instituto Nacional do Mate, Instituto do Sal, Instituto do Pinho; e outras de criação estadual: do Cacau, do Vinho etc;

c) autarquias de crédito: Caixas Econômicas;

d) autarquias industriais: Lóide Brasileiro, Estrada de Ferro Central do Brasil, Administração do Porto do Rio de Janeiro, Estrada de Ferro Noroeste do Brasil, Rede de Viação Paraná - Santa Catarina, Serviço de Navegação do Amazonas e Administração do Porto do Pará etc.;

e) autarquias de Previdência e Assistência, e Seguros; Caixas e Institutos de Aposentadorias e Pensões;

f) culturais — as Universidades;

g) o tipo novo de autarquias criadas para executar serviços que interessam setores vários da administração, que exigem unidade de organização e personalidade, como o I. B.G.E. e o Instituto de Imigração. (Tratado de Direito Administrativo, 3.a ed., 1956, vol. II, pág. 115).

Oferta-nos Erimá Carneiro, em "As Autarquias e as Sociedades de Economia Mista no Estado Novo", 1941, pág. 117, o seguinte quadro:

"**quanto à origem**

autarquias de origem privada.

autarquias de origem estatal.

quanto à função

autarquias econômicas.

autarquias industriais.

autarquias de crédito.

autarquias de previdência social.

autarquias corporativas.

quanto ao regime econômico-financeiro

autarquias com patrimônio próprio e rendas delegadas pelo Estado.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE 380

autarquias com patrimônio próprio, rendas próprias.

autarquias com patrimônio próprio, rendas próprias e rendas delegadas pelo Estado.

Justificando a classificação apresentada, mostra seu autor que, no agrupamento, cada autarquia se caracteriza pelo respectivo regime financeiro a que se encontra subordinada. Assim é que as primeiras são sempre criadas pelo Estado, que fixa, obrigatoriamente, uma contribuição para a constituição do patrimônio que lhes é afetado.

No segundo tipo autárquico, o Estado ou doa ou faz a afetação de patrimônio à entidade autárquica, que com ele exerce um serviço industrial, cobrando as taxas remuneratórias dos serviços prestados e que constituem sua renda industrial como uma empresa privada comum.

No terceiro tipo, encontra-se uma caracterização mista, isto é, uma combinação dos dois tipos anteriores: elas possuem patrimônio próprio, que se constitui pelas contribuições dos associados, facultativas, e por contribuições obrigatórias (imposto sindical), mas em todas elas se verifica uma personalidade própria (capacidade específica), uma patrimonização e o exercício de um poder de império" ("Apud" Cretella, ob. cit., págs. 46/47).

Salienta Mário Masagão que há muitas espécies de autarquias, de acordo com a índole do serviço a cuja personalização correspondem, sendo as principais entre nós:

"I — a **de previdência**, a que pertencem, por exemplo, os Institutos de Aposentadoria e Pensões de várias espécies de profissionais;

II — a **de ensino**, a que pertencem as Universidades;

III — a **de crédito**, a que se filiam as Caixas Econômicas;

IV — a **industrial**, que abrange, por exemplo, a Estrada de Ferro Central do Brasil, o Lóide Brasileiro;

V — a **de disciplina** de atividades profissionais, onde se situam o Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura, a Ordem dos Advogados do Brasil etc.;

VI — a **de economia**, que abrange os institutos destinados a regular a produção, circulação e consumo de certas mercadorias, como o Instituto Brasileiro do Sal, o do Açúcar e do Álcool, o do Pinho etc. (Curso de direito administrativo, 1959, vol. I, pág. 93).

Aduz, finalmente, Cretella:

"Diante de nossa realidade, classifica-se, pois, a autarquia de vários modos, conforme o ângulo por que seja considerada, podendo ser **federal, estadual** ou **municipal**, se levarmos em conta o aparelhamento administrativo em que se localiza; podendo ser fundação ou corporação, se levarmos em conta o **substrato estrutural** ou a **estrutura** da entidade autônoma descentralizada; enfim, de natureza **cultural, assistencial, industrial**, se levarmos em consideração o **objetivo** ou **fim** a ser lançado.

Em todos os casos, porém, o ente autárquico preenche certos requisitos, necessários e suficientes para que possa praticar os atos que lhe competem, por lei, **requisitos** que se classificam em **intrínsecos** e **extrínsecos.**

Os requisitos intrínsecos são:

a) **a personalidade jurídica**, por meio da qual o ente autárquico manifesta a vontade e executa decisões, traduzidas em atos administrativos;

b) **a realização de um serviço público** ou de **função administrativa;**

c) **a afetação de recursos próprios**, ou seja, elemento financeiro, que envolve recurso de direito público e de direito privado.

Os requisitos extrínsecos são:

a) **a criação legal e direta** pelo Estado (União, Estado, Município, Comuna), mediante um poder que fixa as regras fundamentais da administração da entidade autárquica;

b) a **tutela administrativa.**" (Ob. cit., pág. 48).

Em face da doutrina e dos ensinamentos retro, vamos expor, ainda que sucintamente, nosso ponto de vista sobre a natureza jurídica da Contadoria Geral de Transportes.

A Contadoria Geral de Transportes é, a nosso ver, uma autarquia, de natureza industrial, sob controle administrativo do Ministério dos

Transportes, a despeito dos senões que se verificam nos textos legais que lhe deram origem (Lei Federal 4.793/24, art. 219 e Decreto ... 36.522/54).

Com efeito, ostenta a entidade personalidade jurídica, posto a lei e o decreto regulamentador sejam omissos ao propósito. Chegamos a tal conclusão, por via indutiva, ante as atribuições cometidas à entidade (Decreto 36.522/54, art. 1.o, itens 1/12), bem assim o poder de se auto-administrar que lhe foi conferido (capítulo II, arts. 4.o/12 e capítulo III, arts. 13/16. Veja, outrossim, o art. 82, do capítulo XI, do citado Decreto).

Nossa posição, justifica-a, amplamente, Celso Antonio Bandeira de Mello, em "Natureza e Regime Jurídico Das Autarquias". Vamos transcrevê-lo:

> "Onde se localiza o elemento que juridicamente autoriza a conclusão de que uma atividade está descentralizada? Dir-se-á, de imediato: verifica-se descentralização de atividade pública **configurando situação autárquica** quando a atividade em questão "sai" do âmbito dos órgãos da administração direta (no Brasil, órgãos da União, Estados e Municípios) para ser atribuída a um "alter", **pessoa pública**. Com efeito, por um lado não há outro meio de identificar a "saída" de atividade sem se recorrer à idéia de personalidade — que é precisamente o fator que assegura o caráter "externo" da atividade descentralizada, em relação aos órgãos centrais;...
>
> .....
>
> Quando se qualifica a autarquia através da auto-administração, igualmente é a noção de personalidade pública que, embora inexpressa, por sua presença implícita valida a correlação entre ambas as idéias. Com efeito, quando e por que se dirá que um ente se auto-administra? Quando tem interesses que a ordem jurídica lhe atribui como "seus", "próprios" e, portanto, que lhe dizem respeito como matéria pertinente. Essa situação de ter interesses próprios e pertinentes a si mesmo, dando margem à disponibilidade e consequente gestão deles mediante órgãos "próprios", é precisamente a titularidade, a subjetivação jurídica denominada "pessoa".
>
> E' a personalidade jurídica que explica e determina esta situação de se auto-administrar". (págs. 204 e 206).

E Tito Prates da Fonseca:

"O Departamento Nacional do Café realiza, também, a figura jurídica de autarquia administrativa, de que se ocupa este trabalho. Embora o decreto federal 22.452, de 10 de fevereiro de 1933, que criou esse departamento, extinguindo o Conselho Nacional do Café, **nada tenha dito sobre a sua personalidade jurídica, o seu regulamento é claro.** Bem de ver que a fonte dos direitos referentes ao Departamento, constituida, assim, por um simples regulamento, assinado tão somente pelo Ministro da Fazenda, se bem que autorizado pelo art. 6.o do decreto 22.452 de 1931, não é de todo regular. **Mas, os decretos referentes ao assunto estatuem medidas que incluem essa personalidade jurídica.** Assim, a exemplo, o decreto 22.546, de 17 de março de 1933, admite a redesconto, na Carteira de Emissão e Redescontos do Banco do Brasil, os títulos cambiais emitidos pelo Departamento Nacional do Café.

O art. 1.o do Regulamento desse Departamento declara ter ele autonomia financeira e administrativa. E o art. 6.o estabelece a competência do presidente do Departamento:

1.o) a representação ativa e passiva do mesmo, em juízo ou fora dele etc.

2.o) a nomeação dos funcionários do Departamento, etc.

Já o art. 2.o dissera que o Departamento tem a sua sede e foro na cidade do Rio de Janeiro.

Como se vê, o regulamento hesitou em usar da cláusula expressa de concessão de personalidade jurídica mas, no traçar a figura do Departamento, deu-lhe essa personalidade de modo irretorquível. Apresenta o Departamento todas as condições estudadas, para que se desenhe a silhueta da autarquia administrativa.

O regulamento manda, em seu art. 4.o n.o 8, que o Departamento oriente todos os seus serviços de modo prático e eminentemente técnico". (Autarquias Administrativas, págs. 127/128).

Quanto ao regime econômico-financeiro (veja o quadro retro, de Erimá Carneiro), disciplina-o o Decreto 36.522/54, no Capítulo VII, arts. 60/65. (Veja, outrossim, os arts. 80 e 81, do Capítulo XI, do mesmo Decreto).

Outro ponto que causou verdadeiro impacto a DAMU-1, está na composição por assim dizer mista da entidade, eis que dela participam, inclusive em seu Conselho Diretor, delegados das Empresas filiadas, na proporção de um por Empresa (arts. 4.o e 30, do Decreto retro citado).

Entretanto, a presença de pessoas jurídicas de direito privado na direção das autarquias instituidas pelo poder público é fato comezinho, servindo de exemplo frisante o Instituto Brasileiro do Café, autarquia de sobejo conhecida.

Com efeito, dispõe a Lei 1.779, de 22 de dezembro de 1952:

"CAPÍTULO I

Dos fins, diretrizes e atribuições

Art. 1.o — O Instituto Brasileiro do Café (I. B. C.), entidade autárquica, com personalidade jurídica e patrimônio próprio, sede e foro no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, destina-se a realizar através das diretrizes constantes desta lei, a política econômica do café brasileiro no país e no estrangeiro.

Art. 2.o — Para a realização dessa política, adotará o I. B. C. as seguintes diretrizes:

a) promoção de pesquisas e experimentações no campo da agronomia e da tecnologia do café, com o fim de baratear o seu custo, aumentar a produção por cafeeiro e melhorar a qualidade do produto;

b) difusão das conclusões das pesquisas e experimentações úteis à economia cafeeira, inclusive mediante recomendações aos cafeicultores;

c) radicação do cafeeiro nas zonas ecológica e economicamente mais favoráveis à produção e a obtenção das melhores qualidades, promovendo, inclusive, a recuperação das terras que já produziram café e o estudo de variedades às mesmas adaptáveis;

d) defesa de um preço justo para o produtor, condicionado à concorrência da produção alienígena e dos artigos congêneres, bem assim à indispensável expansão do consumo;

e) aperfeiçoamento do comércio e dos meios de distribuição ao consumo, inclusive transporte;

f) organização e intensificação da propaganda, objetivando o aumento do consumo nos mercados interno e externo;

g) realização de pesquisas e estudos econômicos para perfeito conhecimento dos mercados consumidores de café e de seus sucedâneos, objetivando a regularidade das vendas e a conquista de novos mercados;

h) fomento de cooperativismo de produção, do crédito e da distribuição entre os cafeicultores.

. . . . . .

CAPÍTULO II

Da Administração

. . . . . .

Art. 4.o — A Administração do I. B. C. ficará a cargo dos seguintes órgãos:

a) Junta Administrativa (J. Ad.);

b) Diretoria.

Art. 5.o — O órgão supremo da direção do I. B. C. é a Junta Administrativa constituida:

a) **de um delegado especial do Governo Federal, que a preside,** com voto deliberativo e de qualidade;

b) **de representantes da lavoura cafeeira nos termos do § 2.o deste artigo;**

c) **de cinco representantes do comércio de café, um de cada uma das praças de Santos, Rio de Janeiro, Paranaguá e Vitória, e o último em conjunto das demais praças;**

d) de um representante de cada um dos Governos dos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro e Espírito Santo e de dois representantes designados em conjunto pelos Estados de Pernambuco, Bahia, Goiás, Santa Catarina e Mato Grosso.

§ 1.o — **Os lavradores de café, membros da Junta Administrativa, serão eleitos pelos cafeicultores, segundo o processo eleitoral que for estabelecido pelo Poder Executivo em regulamento que deverá ser expedido dentro de 120 dias contados da vigência desta lei.**

§ 2.o — Cada Estado produtor de café com produção exportável mínima anual de 200.000 sacas terá um representante - cafeicultor na J.Ad.. Os demais Estados terão um representante para cada milhão de sacas exportáveis ou fração superior a 500.000 sacas até o máximo de dez representantes por Estado.

§ 3.o — **Cada representante referido neste artigo terá direito a um voto nas deliberações da J. Ad..**

§ 4.o — Para o efeito do disposto no § 2.o, o Ministro da Fazenda declarará, trinta dias antes das eleições, o número de representantes cafeicultores com base na produção exportável média dos últimos cinco anos agrícolas.

§ 5.o — Os representantes do comércio do café e seus suplentes respectivos serão indicados pelas entidades representativas da classe das respectivas praças.

Art. 6.o — O presidente da J. Ad. será de livre nomeação do Presidente da República, demissível **ad-nutum**, e os demais membros e respectivos suplentes serão investidos em seus cargos mediante nomeação do Presidente da República.

. . . . . .

Art. 9.o — **As deliberações da Junta Administrativa, que o delegado especial do Governo Federal, ou qualquer representante do Governo Estadual, julgar contrárias às diretrizes da política econômica do café, definidas no artigo 2.o, ou aos interesses de determinado Estado, serão submetidas, com fundamentada exposição, e por intermédio do Ministro da Fazenda, à apreciação do Presidente da República, dentro de dez dias úteis, contados da data em que tiverem sido tomadas.**

Parágrafo único — Considerar-se-ão aprovadas tais deliberações se, decorridos 30 dias do seu recebimento pelo Ministro, sobre elas não se pronunciar o Governo, em despacho, para mantê-las, no todo ou em parte, ou suscitar a respectiva reconsideração pela Junta Administrativa..."

Desfeitas as objeções de fls. 8, aduziremos, ainda, que a Contadoria Geral de Transportes, como sói acontecer com as demais autarquias, está sob o controle administrativo da pessoa jurídica de Direito Público (União, Estados ou Municípios) de que se destacou (no caso do

Ministério dos Transportes, Decreto 60.900/67, art. 1.o item III, n.o 2) e fiscalização econômico-financeira do Tribunal de Contas da União (Ato n.o 7, de 1957, art. 16, n.o 11. Veja R. D. A., Vol. 51, pág. 423).

Além dos argumentos de índole político-administrativa expedidos por DAMU-1, a fls. 11 "in fine" e 12, tendentes a demonstrar a natureza autárquica da C.G.T., acentuaremos que no referido Ato n.o 7, de 1952, o Tribunal de Contas da União estabelece:

> "Expede instruções sobre a organização dos processos para julgamento das contas dos Administradores das Entidades Autárquicas e das Empresas Incorporadas ao Patrimônio Nacional — Lei 830, de 23 de setembro de 1949, arts. 34, n.o II; 40, n.o IV; 46; 70, n.o I; 86 e 139 e parágrafo único.
>
> O Tribunal de Contas, no uso de atribuição legal — Lei 830, de 23 de setembro de 1949, arts. 70, n.o XII, e 139 e parágrafo único,
> Resolve:

CAPÍTULO I

Da organização do processo de tomada de contas.

> Art. 1.o — Todos os responsáveis por bens e dinheiros públicos, **inclusive os administradores das entidades autárquicas**, estão sujeitos à prestação de suas contas, cujo julgamento é da competência privativa do Tribunal de Contas (Constituição federal, art. 77, n.o II; Lei 830, de 23-9-1949, artigo 77).

CAPÍTULO II

Elementos básicos comuns aos processos de prestação de contas de todas as entidades.

> . . . . . .
>
> Art. 14 — Os processos de prestação de contas dos administradores das entidades autárquicas e das Empresas Incorporadas ao Patrimônio Nacional deverão conter os seguintes elementos básicos e fundamentais:
>
> . . . . . .

CAPÍTULO III

Dos elementos peculiares às prestações de contas das entidades.

Seção I

Entidades Autárquicas de Intervenção Econômica.

. . . . . .

Seção II

Entidades autárquicas de exploração industrial e de execução de obras públicas.

. . . . . .

11 — Contadoria Geral de Transportes

I. Demonstrativo da arrecadação das taxas de que trata o art. 60, letras a e e do Decreto 36.522, de 2-12 de 1954;

II. Extratos de contas correntes ou **memorando** bancários comprobatórios dos saldos de depósitos existentes no encerramento do exercício;

III. Demonstrativo da conciliação dos saldos de depósitos em Bancos;

IV. Quadro demonstrativo dos bens mobiliários da entidade (apólices, bônus, ações, etc.), comprovando-se com memorando dos Bancos, quando custodiados;

V. Relatório do Chefe da Contabilidade sobre a tomada de contas;

VI. Parecer da Comissão de Contas eleita pelo Conselho Administrativo para examinar as contas do exercício;

VII. Extrato da ata da reunião do Conselho Administrativo em que foram aprovadas as contas;

VIII. Parecer conclusivo da repartição competente do Ministério da Viação e Obras Públicas sobre a aprovação das contas".

Em face dos argumentos expostos, incontestável que a Contadoria Geral de Transportes (C.G.T.) é uma entidade autárquica do Governo Federal, sob o controle administrativo do Ministério dos Transportes e fiscalização econômico-financeira do Tribunal de Contas da União.

Pelo deferimento da pretensão da requerente, no sentido de que se lhe compute o tempo de serviço prestado na autarquia, para fins de aposentação.

E' o nosso parecer, s. m. j.

São Paulo, 19 de outubro de 1972 — **Luiz Barros de Ulhôa Cintra**, Procurador — DAMU Consultoria Jurídica

ESTUDANTE ESTAGIÁRIO EXERCE FUNÇÃO PÚBLICA

Estudante estagiário: Caracterização do desempenho de função pública Proc. 173.113/72.

I — Na inicial, o Setor de Contratos comunica que A. D., Estagiária de Educação Física, exerce concomitantemente as funções de Professora de Educação Física, a título precário, junto ao Colégio Estadual "Gualter da Silva".

Consta cópia de parecer exarado pela antiga Seção de Acumulação de Cargos, concluindo pela não incidência das disposições do art. 99 da Constituição Federal sobre a situação de Estudante — Estagiário desta Municipalidade.

Esse entendimento fundamenta-se na orientação firmada em despacho de S. J., no processo 267.599/69, proferido nos seguintes termos:

> "Acresce às razões de recurso a circunstância relacionada com a situação especial do Estudante Estagiário na Administração Municipal, que não configura engajamento no serviço público".

II — Permitimo-nos, data venia, situar o assunto em novos termos, discutindo se o Estudante Estagiário desempenha ou não fun-

ção pública, remunerada, à vista do disposto no art. 99 da Constituição Federal; ou melhor: caracteriza-se ou não a série funcional "Estudante-Estagiário" como função pública, remunerada, para fins do referido preceito constitucional.

III — Em primeiro lugar, faz-se mister buscar na doutrina a conceituação e as características da função pública.

Segundo Cretella Júnior, em seu "Lições de Direito Administrativo", São Paulo, Ed. Bushatsky, 1970:

> "Função pública é toda atividade praticada por agente, funcionário público ou não, para a consecução de um fim de interesse público".

Para Hely Lopes Meirelles:

> "Função pública é a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais.
>
> Todo cargo tem função, mas **pode haver função sem cargo.**
>
> As funções de cargo são definitivas; as funções autônomas são, por sua índole, provisórias, dada a transitoriedade do serviço a que visam atender. Daí porque as funções permanentes da Administração devem ser desempenhadas pelos titulares dos cargos e, as transitórias, por servidores designados ou contratados precariamente". (Direito Administrativo Brasileiro — São Paulo — Ed. Rev. dos Tribunais — 1966).

E' ainda Cretella Júnior, no "Tratado de Direito Administrativo", vol. IV, 1967, que discrimina as características da função pública:

> 1.o) de um lado, a personalidade dominante do Estado, no exercício do "jus imperii";
>
> 2.o) de outro, a pessoa física do agente que executa determinados serviços de interesse da coletividade;
>
> 3.o) a remuneração, que existindo, consistirá no pagamento, por parte do Estado, de quantia certa — estipêndio — em retribuição aos serviços prestados;
>
> 4.o) a existência, entre o Estado e o agente, que desempenha a função pública, de uma relação que produz recíprocas obrigações e especialíssimas consequências.

IV — Em seguida e para melhor elucidar o assunto, serão relatados os preceitos legais e o regime funcional atinentes ao "Estudante Estagiário".

O Decreto 7158, de 1.o de setembro de 1967, alterado pelo Decreto 8350, de 1.o de agosto de 1969, reza, em seu art. 1.o:

> Art. 1.o — Ficam instituídas, em caráter experimental, as funções de "Estudante Estagiário", de conformidade com a tabela anexa a este Decreto.

Ambos os Decretos aprovam tabela de lotação, posteriormente refundida pelo Decreto 8900, de 28-07-70 e Decreto 9351, de 1.o-03-71.

Por sua vez, o Decreto 8633, de 29-01-70, alterado pelo Decreto 8690, de 03-03-70, prevê o critério de recrutamento e a forma pela qual o "Estudante Estagiário" é investido como tal, nos seguintes termos:

> Art. 3.o — .....
>
> § 1.o — Obedecida a ordem de classificação, os candidatos serão convocados para a **assinatura de contrato com a Administração**, na medida em que ocorrerem vagas, em cada exercício, nas várias funções de Estagiário.

O regime funcional consubstancia-se nas disposições não revogadas do Decreto 7158, de 1.o-09-67, e nas cláusulas do contrato, podendo ser caracterizado do modo seguinte:

a) obrigatoriedade de prestação de 90 (noventa) horas semanais;

b) remuneração calculada em razão de horas de trabalho;

c) repouso semanal remunerado na base de 4 (quatro) horas;

d) despesa pelo item 0103 da verba 1801.3111.0100/02, correspondente a verba de pessoal;

e) prestação de serviços da especialidade do curso frequentado, sem prejuízo de outras da espécie;

f) sujeição, no desempenho das funções, à orientação e às normas concernentes à execução dos respectivos serviços;

g) desconto da remuneração, correspondente às horas de ausência ao serviço;

h) dispensa em caso de transgressão disciplinar;

i) rescisão automática quando ocorrer formatura.

j) ultimamente, assistência médica assegurada pelo Hospital do Servidor Público Municipal, mediante desconto em folha, obrigatório.

V — Definida a função pública e especificado o regime jurídico-funcional do "Estudante Estagiário", proceder-se-á ao cotejo para responder à indagação proposta.

O "Estudante-Estagiário" exerce atividade para a consecução de um fim de interesse público. Os "considerandas" do Decreto 7158/67 referem-se a "necessidade de pessoal qualificado **para atender ao desenvolvimento de serviços e execuções de programas de obras**" e "o estágio de universitários, **além de convir ao interesse do serviço público**, propiciará aos mesmos oportunidade para complementar a formação profissional".

Ao Estudante são conferidas atribuições da especialidade do seu curso, sem prejuizo de outras da espécie que lhe venham a ser determinadas; esses os termos de cláusula de contrato firmado entre esta Prefeitura e o Estudante Estagiário.

A atividade em estudo, como se deduz, é perfeitamente abrangida pelas conceituações supra mencionadas.

Além do que, os respectivos mandamentos legais referem-se de modo textual, a "**funções** e a "**série funcional**" de Estudante Estagiário.

Quanto aos citados elementos distintivos da função pública, verificar-se-ão se existentes, na relação entre esta Prefeitura e o Estudante :

1.o) E' atendido, pois de um lado está o Poder Público — Prefeitura do Município de São Paulo — no exercício do "jus imperii", visto que a criação e regulamentação da atividade em tela provêm da referida Municipalidade, com a qual o Estudante firma contrato.

2.o) Do outro lado está o universitário, pessoa física que executa serviços de interesse da coletividade, na especialização do seu curso, conforme demonstrado.

3.o) Este elemento encontra-se também presente: os preceitos legais já expostos e as cláusulas contratuais estabelecem remuneração por hora de trabalho.

4.o) Entre a Prefeitura e o Estudante existe uma relação que produz recíprocas obrigações e especiais consequências, fixadas nos respectivos Decretos e no contrato firmado, consoante o exposto nos itens "a", "b", "c", "e", "f", "i".

Verifica-se, portanto, que a atividade do "Estudante Estagiário" não só enquadra-se aos conceitos oferecidos, mas também apresenta todas as características da função pública, doutrinariamente fixadas.

VI — E para reforçar esse ponto de vista, pode-se apontar a orientação firmada pelo Decreto-Lei 200/67, alterado pelo Decreto-Lei 900/69 e seguida também na esfera do Poder Executivo deste Estado.

Em seu art. 111 o referido Decreto soa:

> "Art. 111 — A colaboração de natureza eventual à Administração Federal sob forma de prestação de serviços, retribuída mediante recibo, não caracteriza, em hipótese alguma, vínculo empregatício com o Serviço Público Civil, e somente poderá ser atendida por dotação não classificada na rubrica "PESSOAL", e nos limites estabelecidos nos respectivos programas de trabalho".

"A contrario sensu": se a prestação de serviços é retribuída mediante inclusão em folha de pagamento e é atendida por dotação classificada sob a rubrica PESSOAL, como ocorre no caso do Estudante Estagiário, caracteriza vínculo empregatício com o Serviço Público.

VII — Diante do exposto, permitimo-nos concluir que a série funcional "Estudante-Estagiário" caracteriza-se como função pública, remunerada, para os fins do art. 99 da Constituição Federal, devendo, cada caso, sofrer exame dos órgãos competentes, a fim de ser declarada a licitude ou ilicitude da situação.

À vista da exigência de conhecimentos específicos de nível de ensino superior para o exercício da atividade de Estagiário, poder-se-á distinguir como técnica essa função.

VIII — Ainda: no concernente à transitoriedade das funções do Estudante, argumentada no parecer da antiga Seção de Acumulação de Cargos, cumpre observar que a Constituição Federal, art. 99, não

distinguiu, ao proibir a acumulação remunerada de funções públicas, o que impede ao aplicador fazê-lo, segundo os mais elementares princípios de hermenêutica.

IX — À consideração de V. Sa.

São Paulo, 19 de fevereiro de 1973 — **Odete Medauar**, Procurador-DAMU.

DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEL TOMBADO

Possibilidade de desapropriação, por utilidade pública, de imóvel tombado proc. 27.753/73

O Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico e Cultural do Município de São Paulo dirigiu ofício ao Sr. Secretário de Educação e Cultura, recomendando "sejam tomadas providências quanto à defesa e restauração da "Casa Grande do Tatuapé", residência da época seiscentista, sita à Rua Guabiju, n.o 65, no Jardim Textilia, Bairro do Tatuapé. Informou o órgão municipal que a casa está tombada pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, devendo sua restauração ser procedida com audiência daquele órgão. O referido Conselho realçou o fato de que, nas vizinhanças do imóvel histórico, foram construídas moradias que lhe obstroem toda visibilidade, em desacordo ao Decreto-lei federal 25, de 30 de novembro de 1937. Encarece o oficiante que o problema deverá ser solucionado antes de se promoverem gestões para a restauração da Casa

Constam dados sobre o imóvel, inclusive históricos, verificando-se que a Casa Grande do Tatuapé está tombada no Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, no competente livro, sob n.o 291, a fls. 49 do livro 2, n.o 403, a fls. 78 do livro n.o 3.

Constam plantas relativas à localização do imóvel e à disposição interna dos cômodos, bem como fotografias demonstrativas das condições precárias da conservação e das mutilações que a Casa original sofreu por reformas realizadas neste Século

Relacionaram-se os imóveis da quadra 162 do setor 62 que "devem ser desapropriadas para a formação da área verde que, por lei, deverá circundar a morada seiscentista".

Consta relação de processos do ano de 1960 até abril de 1973 (arquivados e em andamento), referentes aos imóveis da quadra 162 do setor 62.

O Sr. Presidente do Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico e Cultural do Município de São Paulo oficiou ao Sr. Presidente da PRODAM, solicitando a **não conservação** dos 22 (vinte e dois) imóveis relacionados, em vista da necessidade de promover sua desapropriação, "pelas leis federais de tombamento".

Outrossim, em reunião de 22 de maio de 1973, do Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico e Cultural do Município de São Paulo, decidiu-se recomendar ao Sr. Secretário de Educação e Cultura providências para: a) **desapropriação e restauração da Casa Grande do Tatuapé**; b) **desapropriação dos imóveis vizinhos**, a fim de atender a legislação federal sobre tombamento.

Observou o Sr. Secretário de Obras que "deverá ser elaborado projeto de lei aprovando a formação da praça". Assim, consultou o Sr. Secretário opinante sobre **haver ou não urgência na desapropriação** e sobre a **possibilidade de atraso na reforma da Casa Grande do Tatuapé**, no caso de realizarem-se todas as desapropriações **antes** da restauração e da aprovação do projeto de lei aventado, o que não é obrigatoriamente necessário.

A Arquiteta Maria Estela de Andrade Mélega, após vistoriar o local em pauta, observou: 1) estado "bastante precário" do madeiramento do telhado; 2) "falhas de material nas paredes", ameaçando a segurança do imóvel; 3) os reparos efetuados pelos atuais ocupantes têm contribuido para "mutilar a unidade do prédio"; 4) as pessoas que residem no imóvel não conseguem assegurar à casa seiscentista "as condições de salubridade mínimas necessárias"; 5) recomendou a opinante que "**uma intervenção imediata fosse efetuada, no sentido de se promover a restauração do referido imóvel**".

Informou o Sr. Oficial do 9.o Cartório de Registro de Imóveis da Comarca da Capital que à margem das transcrições relativas ao imóvel em apreço, **não** consta qualquer averbação de tombamento requerida pela atual titular ou terceiros.

A 6 de outubro de 1965, a entidade particular dirigiu consulta à Municipalidade solicitando "**um pronunciamento definitivo e formal sobre a exata situação do imóvel questionado**", explanando que, em 1950, aquiesceu em doar o imóvel de sua propriedade, para que fosse incorporado ao patrimônio da Municipalidade, em virtude de seu tombamento como monumento histórico. Afirmou a peticionária que à sua iniciativa "nenhuma providência foi em seguida tomada, não se perfazendo, assim, a doação oferecida"

Consta a ata da Assembléia Geral Extraordinária da entidade realizada a 16 de março de 1950, que certifica haver sido unanimemente aprovada a proposta de "outorga de escritura de doação à Prefeitura Municipal de São Paulo de logradouros abertos no imóvel de propriedade da Sociedade acima citada". Nesta ata, **não** consta qualquer proposta (com ou sem aprovação) no sentido de doar à Municipalidade **o imóvel objeto da presente análise:** refere-se a ata exclusivamente a **logradouros** afetados como **bens públicos de uso comum** após a doação.

A 10 de abril de 1970, a mesma entidade dirigiu à Municipalidade comunicação radical sobre a matéria, afirmando sua decisão "definitiva e irrevogável, por consenso unânime, no sentido de manter o referido imóvel integrando o seu patrimônio, dele não se desfazendo, pois a área está prevista para oportuna utilização". Recusaram-se terminantemente a realizar a doação do imóvel.

O Sr. Adelino Ricciardi, então responsável pelo Expediente de Cult. 4, recolheu extensa e valiosa informação sobre a **Casa Grande do Tatuapé**, concluindo que a edificação "tem realmente valor histórico, conforme minudenciou, inclusive porque "afirmam antigos moradores das proximidades terem ouvido dos mais velhos que D. Pedro I esteve nessa residência pelo menos por três vezes". Esclareceu o Sr. Adelino Ricciardi que, ao cogitar do loteamento da área, a referida entidade dirigiu-se à Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, pedindo autorização, em vista do disposto no artigo 18 da Lei federal 25, de 30 de novembro de 1937; a planta foi aprovada. Contudo, esclarece o Sr. Adelino Ricciardi: "Ocorre, porém, que diferem as plantas apresentadas à DPHAN e à Prefeitura. Nesta última, aparecem os lotes 20, 21 e 22, hoje, todos com construções, que reduzem a um mínimo insignificante o terreno da Casa e ainda lhe tiram toda a visibilidade. Tanto é assim, que a frente da Casa não pode ser usada como tal. As pessoas que aí residem entram e saem pelos fundos".

O Sr. Diretor do Departamento de Cultura manifestou-se efusivamente quanto à instalação de um "pequeno Museu" no local a fim de preservar "um dos poucos monumentos históricos ainda existentes em São Paulo".

O Sr. Secretário de Educação e Cultura determinou ao Sr. Diretor de Cult. oficiar à Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, comunicando acerca da "disposição da proprietária do imóvel de dar destinação incompatível com o valor histórico do imóvel". Foi consultada a Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional sobre existir tombamento do imóvel e a quem pertenceu realmente a propriedade.

Aquela Diretoria informou que o imóvel encontra-se tombado, sendo do Século XVII, e realçou o disposto no capítulo IV do Decreto-lei 25, de 30 de novembro de 1937, sobre direito de preferência quanto a bens tombados.

Não há melhoramento urbanístico previsto para o local. A proprietária dispôs-se a "alienar o imóvel em favor da Prefeitura Municipal de São Paulo, observando este valor de Cr$ 300.000,00 (trezentos mil cruzeiros)". Esta oferta realizou-se a 7 de janeiro de 1971.

O Sr. Chefe da Divisão do Arquivo Histórico (CULT. 4) realçou "o indubitável valor histórico da Casa do Tatuapé, habitação do Século XVII, que é sem dúvida necessário conservar", exarando restrições quanto à exequibilidade de transformação do imóvel em museu municipal

O Sr. Secretário de Educação e Cultura considerou "desaconselhável a aceitação da proposta formulada".

O Sr. Chefe de Gabinete do Prefeito, por ordem do Sr. Prefeito, rejeitou a oferta, arquivando-se o presente por despacho de 2 de fevereiro de 1971.

Por fim, cumpre realçar que o signatário deste parecer, tendo nascido e residido nas cercanias do imóvel, pode asseverar a veneração dos habitantes da região pela **Casa Grande do Tatuapé**, considerada como "antiga residência do Padre Feijó" e local de culto religioso. Há dias, o signatário deste visitou o imóvel e verificou a **extrema urgência** de sua restauração, a fim de impedir a **ruína iminente**, possível em vista do **absoluto abandono** a que foi relegada a propriedade por sua titular.

P A R E C E R

"A"

1) Resultou óbvio o **altíssimo valor histórico** da **Casa Grande do Tatuapé**, em vista das cotas constantes neste processo e no anexo.

2) Portanto, devem ser tomadas as mais amplas e enérgicas providências com relação à **restauração urgente** desse patrimônio histórico, tombado desde 1951.

3) Abrangido por tombamento, remanesce o imóvel sob a regência jurídica do Decreto-lei federal 25, de 30 de novembro de 1937. Desta norma federal aplicam-se ao caso ora examinado os seguintes dispositivos:

> "Art. 17 — As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum, ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.
>
> Art. 18 — Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.
>
> Art. 19 — O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa.
>
> Parágrafo único — uma vez que verifique haver urgência na realização de obras e conservação ou reparação em qualquer coisa tombada, poderá o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional tomar a iniciativa de projetá-las e executá-las, a expensas da União, independentemente da comunicação a que alude este artigo, por parte do proprietário.
>
> . . . . . .

Art. 21 .....

§ 1.o — Recebida a comunicação e consideradas necessárias as obras, o Diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará executá-las, a expensas da União, devendo as mesmas ser iniciadas dentro do prazo de seis meses, ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa.

Art. 22 — Em face da alienação onerosa de bens tombados, pertencentes a pessoas naturais ou a pessoas jurídicas de direito privado, a União, os Estados e os Municípios terão, nesta ordem, o direito de preferência.

§ 1.o — Tal alienação não será permitida, sem que previamente sejam os bens oferecidos pelo mesmo preço, à União, bem como ao Estado e ao Município em que se encontrarem. O proprietário deverá notificar os titulares do direito de preferência a usá-los, dentro de trinta dias, sob pena de perdê-lo.

.....

Art. 24 — A União manterá, para a conservação e a exposição de obras históricas de sua propriedade, além do Museu Histórico Nacional e do Museu Nacional de Belas Artes, tantos outros museus nacionais quantos se tornarem necessários, devendo outrossim providenciar no sentido de favorecer a instituição de museus estaduais e municipais, com **finalidades** similares."

"B"

1) Encareceu o Sr. Chefe do Gabinete do Prefeito a necessidade de verificar as "obrigações impostas pela lei federal ao Município"

2) O Exame da legislação federal supra transcrita demonstra **não** haver **atribuição específica de obrigações ao Município,** no tocante a tombamentos realizados pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (atual denominação do órgão federal), quanto a imóveis não incluídos em qualquer categoria dos bens públicos municipais, como o do presente caso.

3) Apenas subsiste para o Município, como pessoa jurídica pública interna, a inafastável obrigação **genérica** de pautar seu procedimento pela legislação federal, **representando ao órgão federal competente sobre qualquer ilegalidade de que tome ciência, cometida por qualquer espécie de pessoa pública ou privada.**

"C"

1) **In casu**, por consequência da oportuna providência do Sr. Presidente do Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico e Cultural do Município de São Paulo a Municipalidade verificou que a atual proprietária do imóvel tombado transgrediu ou permitiu a violação dos seguintes dispositivos do Decreto-lei federal 25, de 30 de novembro de 1937: artigo 17; artigo 18; artigo 19 **caput** e parágrafo único e artigo 22, **caput** e § 1.o

2) Assim, configura-se imprescindível **comunicar** ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional os fatos que originaram a transgressão à legislação federal vigente, a fim de que possa aquele órgão tomar as providências que lhe competem.

"D"

1) Outrossim, cumpre **consultar** com **urgência** o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional sobre a orientação definitiva que o órgão adotará no tocante ao preceituado no parágrafo único do artigo 19, no § 1.o do artigo 21 e no artigo 24, todos do Decreto-lei federal 25, de 30 de novembro de 1937, a fim de que a Municipalidade, **após** cientificar-se da decisão daquele Instituto possa traçar uma planificação administrativa sobre o presente caso, somente passível de fixação após a definição do órgão federal quanto às faculdades que a legislação lhe assegura, mormente o estatuído **in fine** do § 1.o do artigo 21 do Decreto-lei federal 25/37 "...ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa".

2) Transparece que é absolutamente necessária **ampla definição** do órgão federal, sobre o presente caso, para que fixemos um rumo legal definitivo, na órbita administrativa municipal.

"E"

1) Não obstante, é oportuno imediatamente traçarmos o rumo legal que o Município poderá trilhar, caso a União não exerça o direito de desapropriação, que lhe confere o § 1.o do artigo 21 do Decreto-

lei federal 25/37, ou outros direitos que excluam a aplicabilidade das faculdades legais cabentes ao Município — inclusive a expropriatória.

2) Urge realizar-se a **restauração** do imóvel histórico, a fim de impedir sua ruína iminente. Assim, a medida de maior urgência — cabente ao Município se a União anunciar que não a promoverá — é a de **expropriar o imóvel histórico**, pois, **de fato, não há qualquer expectativa** de que a atual proprietária o doe à Municipalidade, como nos asseguram estes autos e os anexos. Outrossim, não haveria como obrigar juridicamente a titular do domínio a executar a **restauração altamente técnica e especializada** que a **Casa Grande do Tatuapé** requer se a obrigação fosse considerada juridicamente exequível (o que já é duvidoso), **não seria faticamente executável pela proprietária, de acordo com a delicada e rigorosa técnica empregada na restauração de relíquias.** O problema agrava-se ao considerarmos a gritante má vontade da proprietária para com o seu próprio bem, relegado há muitos anos ao mais **chocante e absoluto abandono**, como comprovado nestes autos e relatado neste parecer, situação verificada pessoalmente pelo signatário deste parecer.

3) Aliás, somente a **desapropriação** do imóvel, trazendo a relíquia para a dominialidade pública, o cercaria **efetivamente** da proteção que necessita, como patrimônio histórico da Cidade de São Paulo.

4) Portanto, cumpre ao Município, **após** audiência à União, providenciar **exclusivamente** a expropriação do imóvel (com urgência), para restaurá-lo acuradamente e, posteriormente, estudar a conveniência e a oportunidade de expropriar imóveis circunvizinhos, a fim de proporcionar ao local outras condições que a lei ou os estudos especializados recomendarem.

5) Momentaneamente, a expropriação da relíquia visaria a salvá-la do perecimento irremediável, mais do que cumprir o disposto em lei federal, observável sem a **urgência da restauração.**

6) Cumpre atermo-nos à observação de José Cretella Júnior: "Monumentos, documentos, obras e locais de valor histórico ou artístico sempre receberam proteção do Governo Brasileiro. Os bens podem integrar o patrimônio particular, merecendo mesmo assim especial proteção dos poderes públicos. Na prática, maior será a tutela a esses bens se passarem a integrar o patrimônio do Estado, o que se

consegue mediante a desapropriação desses bens, isto é, de todos os bens que apresentem conexão com a História Pátria, enriquecendo-a" (Comentários às Leis de Desapropriação, 1972, São Paulo, José Bushatsky, Editor, págs. 116/117).

7) Aliás, preceitua genericamente o artigo 180, parágrafo único, da Constituição vigente que "ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico e os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas".

8) **Consequentemente, lícito, oportuno e conveniente seria ao Município decretar a expropriação da Casa Grande do Tatuapé com fundamento no ítem k do artigo 5.o do Decreto-lei federal 3365, de 21 de junho de 1941, após audiência da União** (como já se minudenciou). Tratar-se-ía, de acordo com a norma federal, de uma **desapropriação por utilidade pública.**

9) "Decretando a expropriação, o Estado destina certo bem a um fim de utilidade pública e, enquanto não chama a si o domínio, impõe ao atual titular restrições que visem a assegurar apenas a consecução do intento anunciado" (San Tiago Dantas, Problemas de Direito Positivo, 1953, págs. 193-194).

10) Essas restrições compreendem-se no rol dos **efeitos explícitos** da declaração expropriatória, veiculada por decreto, **operáveis no dia da publicação deste.**

11) Novamente elucida-nos José Cretella Junior: "Efeitos explícitos são os que decorrem não da essência do ato, mas do próprio texto da lei, que, de modo casuístico, os enumera. Assim: 1.o) autorização para que as autoridades administrativas penetrem (penetração) nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio da força policial" (Comentários às Leis de Desapropriação, 1972, São Paulo, José Bushatsky Editor, pág. 130).

12) Com efeito, estatui o artigo 7.o do Decreto-lei federal 3365, de 21 de junho de 1941: "Declarada a utilidade pública, ficam as autoridades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios compreendidos na declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, ao auxílio de força policial. Àquele que for molestado por excesso ou abuso de poder, cabe indenização por perdas e danos, sem prejuízo da ação penal".

13) Com apoio neste dispositivo, poderia a Municipalidade, após declarada a expropriação, **imediatamente penetrar no imóvel histórico para restaurá-lo**, exatamente a medida que é de **extrema urgência**, pelos motivos já realçados.

14) E, finalmente, **depois da restauração do imóvel**, poderia o Município estudar **profundamente** a possibilidade de transformar a **Casa Grande do Tatuapé** em museu, desapropriando as propriedades circunvizinhas e projetando os logradouros necessários.

"F"

Em **conclusão**, sugerimos à Administração, **data venia**, de acordo com as deduções retro formuladas:

1.o — Oficiar ao Dr. **Luis Saia**, D. Chefe do 4.o Distrito do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Rua Baronesa de Itu, 639 - São Paulo), informando **pormenorizadamente** a situação fática da **Casa Grande do Tatuapé** — realçando o parecer da arquiteta Maria Estela de Andrade Mélega — bem como **solicitando com urgência** uma **definição** sobre as providências legais e administrativas que o Instituto eventualmente seguirá, no tocante à relíquia, a fim de que possa o Município de São Paulo traçar uma **diretriz definitiva** com relação ao presente caso, **em harmonia com a esfera federal**. Desde que autorizada pela Administração, bem poderá esta Subprocuradoria (JUD. 13) providenciar o ofício ora sugerido.

2.o — **Após** recebimento da resposta do 4.o Distrito do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional ao ofício retro sugerido, recomenda-se devolução do processo a esta Subprocuradoria (JUD. 13), que poderá novamente opinar sobre a matéria, em vista dos novos elementos, relacionando-os com a **possibilidade expropriatória já deduzida** e com tudo o que mais consta nestes autos.

E' o nosso **parecer** e **conclusão**, s.m.j.

São Paulo, 15 de março de 1974

Eduardo Lobo Botelho Gualazzi — Procurador — JUD. 13

VELÓRIOS EM CEMITÉRIOS PARTICULARES

Viabilidade do projeto de lei que dispõe sobre obrigatoriedade de construção de velórios nos cemitérios particulares que vierem a ser instalados proc. 36.461/74

O Sr. Dr. Secretário dos Negócios Internos e Jurídicos submete à consideração desta Consultoria Jurídica o Projeto de Lei 67/74, de autoria do Poder Legislativo, que dispõe sobre a obrigatoriedade da construção de velórios nos cemitérios particulares que vierem a ser instalados por associações religiosas.

P A R E C E R

Sob o aspecto jurídico, que nos cabe dizer, cumpre observar que a Lei Orgânica dos Municípios (Decreto-lei complementar n.o 9 de 31-12-69) dispõe:

Capítulo II — Da Competência

"Art. 3.o — Ao Município compete prover a tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse e ao bem estar de sua população, cabendo-lhe, privativamente, entre outras, as seguintes atribuições:

. . . . . .

. . . . . .

XVI — dispor sobre o serviço funerário e cemitérios, encarregando-se da administração daqueles que foram públicos e fiscalizando os pertencentes a entidades privadas.

Art. 4.o — Ao Município compete, concorrentemente com o Estado:

I — zelar pela saúde, higiene e segurança pública".

Partindo do Poder Legislativo, a elaboração do Projeto de Lei 67/74, em exame, repousou no art. 27 da Lei Orgânica que estabelece:

"a iniciativa dos projetos de lei cabe a qualquer vereador, à Mesa da Câmara e ao Prefeito".

Sob o prisma da competência e iniciativa, a proposição está assento nas disposições da Lei Orgânica dos Municípios.

Em competência concorrente com o Estado, sobre cemitérios, necrotérios e velórios, colocamos em destaque o decreto estadual 52.497 de 21-7-70 que dispõe sobre normas de promoção, preservação e recuperação da saúde no campo de competência da Secretaria de Estado da Saúde.

O Título X, Capítulo II do decreto estadual, citado, trata da matéria relativa aos necrotérios e velórios reproduzida como segue:

> "Art. 259 — Os necrotérios e velórios deverão ficar, no mínimo, 3 m. afastados dos terrenos vizinhos.
>
> Art. 260 — Os velórios deverão ser ventilados e iluminados e disporem, no mínimo, de sala de vigília, compartimento de descanso e instalações sanitárias independentes para ambos os sexos.
>
> Art. 261 — As paredes dos necrotérios e velórios deverão ter os cantos arredondados e receberão revestimento liso, resistente e impermeável até 2 m de altura no mínimo.
>
> Art. 262 — O piso dos necrotérios será revestido de material liso, resistente e impermeável e deverá ter declividade para escoamento das águas de lavagem.
>
> Art. 263 — As mesas dos necrotérios serão de mármore ou vidro, ardósia ou material congênere tendo as de necropsia forma tal que facilite o escoamento dos líquidos que terão destino conveniente".

Mencionamos, por derradeiro, as leis municipais que cuidaram do assunto, ora em consideração:

> Lei n.o 6.984 de 23-12-66
>
> Art. 1.o — Fica o Executivo autorizado a mandar construir velórios nos cemitérios existentes no Município.

> Lei n.o 6.984 de 23-12-66
>
> Art. 1.o — O art. 1.o da Lei 3773, de 24-6-49 fica acrescido do seguinte parágrafo:
>
> Parágrafo único — A instalação e manutenção dos velórios construídos nos termos deste artigo poderão, a juízo da Prefeitura, ser entregues ao Serviço Funerário da Capital, revertendo-lhe a renda proveniente dos alugueres e serviços prestados.

Dec. n.o 7.544 de 8-7-68

Art. 1.o — Fica atribuida ao Serviço Funerário do Município de São Paulo, a instalação e manutenção do velório do Cemitério de Vila Nova Cachoeirinha, revertendo àquela autarquia a renda proveniente dos alugueres e serviços prestados".

A construção de velórios nos cemitérios, públicos ou particulares, é medida de grande alcance. E' iniciativa que vem de encontro aos interesses da população principalmente numa cidade como São Paulo onde os problemas de toda ordem se agigantam dia a dia considerando-se, ainda, a exiquidade das habitações que, via de regra, são inadequadas para o fim visado pelo projeto de lei apresentado.

Lembramos que algumas igrejas improvisam velórios em suas dependências com intuito, tão somente, de servir.

A legislação referente a velórios aí está com vigência e eficácia para ser aplicada e todo trabalho que se fizer posteriormente a ela deverá ter um único fim: aperfeiçoá-la.

Somos pela viabilidade do Projeto de Lei 67/74 por não existir óbices quanto a sua legalidade.

Todavia, ressalvamos à Comissão de Redação que ao refundir a matéria do Projeto de Lei 67/74 se louve nos moldes dos artigos do decreto estadual n.o 52.497/70, transcritos, por apresentar o texto uma linguagem técnica aprimorada e precisa.

E' o nosso parecer, "sub censura."

São Paulo, 28 de junho de 1974

Maria do Carmo Pederiva — Procurador - DAMU — Consultoria Jurídica.

RESPONSABILIDADE PELAS MULTAS DE TRÂNSITO

Multas de Trânsito: Responsabilidade das permissionárias do serviço de táxis proc. 504.078/74

a) **Código Nacional de Trânsito:**

Art. 102 — "Aos condutores caberá a responsabilidade pelas infrações decorrentes de atos praticados na direção dos veículos".

Parágrafo único — "No caso de não ser possível identificar o condutor infrator, a responsabilidade pela infração recairá sobre o proprietário do veículo".

Art. 110 — "Não será renovada licença de veículo em débito de multas".

Lei Municipal 7 329, de 11 de julho de 1969:

Art. 43 — "As penas de natureza pecuniária são aplicáveis, aos permissionários do serviço definido nesta lei ou aos proprietários de veículos de aluguel providos de taxímetro".

Súmula 314 — STF

"E' presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto".

1. O Grupo de Trabalho Detran - Prefeitura, quando cuidou da passagem do serviço de trânsito para o Município, fez constar da cláusula 3.a, do Convênio firmado com o Governo do Estado, que as infrações atinentes ao veículo e à pessoa do motorista seriam da competência estadual e as infrações relativas à circulação seriam da competência municipal. E houve até uma separação dos dispositivos que disciplinavam essa matéria para evitar futura colidência.

2. A razão da medida não só atendia ao princípio estabelecido no artigo 102, do Código Nacional de Trânsito, como resultava de própria realidade, porque as exigências que diziam respeito ao veículo eram obrigatoriamente comuns em toda a área do Estado, ao passo que as infrações de trânsito competiam especialmente à autoridade local, por força do disposto no artigo 191, do mesmo Código.

3. Importa esclarecer, desde logo, que é inevitável a diversidade das hipóteses que ocorrem. Há situações em que a pessoa física do condutor se confunde com a pessoa física do proprietário. Outras em que a pessoa jurídica opera veículos de sua propriedade através de prepostos ou empregados. Naqueles casos, a definição da responsabilidade é simples, mas, nestes últimos, a responsabilidade já se configura solidária e os prejuízos são ressarcidos pela empresa com direito regressivo, assegurado por lei, contra o empregado ou preposto.

4. A empresa de táxi, pessoa jurídica, é a proprietária, por expresso dispositivo legal, de determinado número de veículos. E' ela quem opera os veículos de sua propriedade, utilizando-se para esse efeito, de empregados ou prepostos normalmente vinculados à função através de relação empregatícia ou contratual.

Numa e noutra hipótese, todavia, define-se a responsabilidade solidária e, por via de regra, o direito de regresso, para fins de ressarcimento, em favor da empresa que tiver porventura coberto prejuízos de seu empregado ou preposto.

5. A orientação da jurisprudência dominante é pacífica no sentido de fixar a responsabilidade da empregadora em cobrir os danos causados por empregados ou prepostos seus, ressalvado, sempre, insistimos, o direito regressivo. Em tal sentido, não há discrepância de julgados.

6. Há, porém, que distinguir os danos por sua natureza: os pessoais, os materiais e os pecuniários. Os pecuniários, e entre eles, as multas por infrações de trânsito, são de responsabilidade da permissionária do serviço de táxi, como expressamente estatui o artigo 43, da vigente Lei 7329, de 11 de julho de 1969, inicialmente transcrito.

O caráter pessoal da multa não exclui a responsabilidade da empresa, quando se trata de penalidade pecuniária, porque é a empresa, como pessoa jurídica, que exerce sua atividade específica através de seus empregados ou prepostos. Ela responde pelos atos de empregados ou prepostos, porque foi quem os admitiu ou contratou seus serviços, como motoristas profissionais.

Relação jurídica existe entre a empresa e o empregado, a que o Município está completamente alheio. Observamos, desde logo, que a entidade representante das empresas de táxis incorre num erro palmar: faz confusão entre pena corporal, que tem caráter penal e é intransmissível, e pena pecuniária, de que efetivamente se trata e vem expressamente prevista na legislação municipal. E' noção elementar em Direito que a pena corporal se circunscreve à pessoa do agente delituoso e a pena pecuniária atinge tão somente o patrimônio desse mesmo agente.

7. Ocorre-nos, a propósito, uma comparação elucidativa. Quando alguém furta um veículo e com ele comete sucessivas infrações de trânsito, atropela ou mata, é bem de ver que o proprietário não se torna responsável por nada do que aconteceu. Antes pelo contrário, é ele também vítima que pode, inclusive, agir contra o delinquente para ressarcir-se dos prejuízos que seu veículo sofreu. Se, porém, esse alguém é o seu próprio empregado, que se utiliza indevidamente do veículo, já o caso muda de figura por existir entre ambos relação de emprego, dependência, subordinação ou contratual: ele responde pelos danos a que tiver dado causa.

8. Recorramos, nesta altura da exposição, à lição dos mestres. O Prof. Caio Mário da Silva Pereira ensina que "o fundamento maior da responsabilidade civil está na culpa" ("Instituições de Direito Civil", vol. III, pg. 371).

Por seu turno, Pedro Alvim ("Responsabilidade Civil e Seguro Obrigatório", pg. 14 e seguintes) estuda, de modo correto e conveniente, a responsabilidade civil por ato ilícito, que apresenta vários aspectos, como doutrina o Prof. Washington de Barros Monteiro ("Curso de Direito Civil", Parte Geral, pg. 287), a saber: **in eligendo, in vigilando, in committendo, in omittendo, in custodiendo, in concreto e in abstracto.**

9. No caso em análise, há que considerar:

a) — As empresas de táxis se transformaram, com o tempo, em meras empresas alugadoras de veículos providos de taxímetro, mediante o pagamento diário, por parte do motorista, de quantia que, presentemente, vai até o limite de Cr$ 125,00, como divulgam os quotidianos de nossa Capital. Legalmente, elas se constituíram empresas de táxis, denominadas permissionárias, nos termos do diploma que disciplina a matéria, Lei Municipal 7329, de 11 de julho de 1969, e, por consequência, os motoristas que operam os veículos de sua propriedade são empregados seus, obrigatoriamente registrados, mas, em geral, com ordenado mensal equivalente a apenas um salário mínimo (maneira de burlar frontalmente os dispositivos trabalhistas). O "trato", propriamente dito, entre eles, é feito por fora e à margem da lei. Em que pese, contudo, o deliberado propósito de desnaturar juridicamente a empresa de táxi e, ao mesmo tempo, de desvincular o motorista, existe a relação empregatícia e a inarredável responsabilidade solidária por atos praticados pelo empregado, além de expressa disposição da Lei Municipal 7329, artigo 43.

b) — As empresas de táxis são culpadas **in eligendo** por escolher mal os seus empregados e, também **in vigilando** por sobre eles exercer péssima ou nenhuma fiscalização, isto é, vigilância negativa.

10. Essas mesmas empresas camuflam a realidade: são empregados seus os motoristas que operam os veículos de sua propriedade, mas no momento em que se define a responsabilidade solidária, elas pretendem negar a vinculação que a própria lei lhes impõe, isto é, negam ou pretendem negar a própria evidência.

11. Nesta mesma ordem de idéias, não nos parece demais insistir num aspecto fundamental e de indiscutível relevância: a Lei Municipal 7329, em seu artigo 43, é mais do que explícita ao atribuir à permissionária a responsabilidade por penas de natureza pecuniária. E o legislador municipal agiu com sabedoria. Não podia o Município ficar na dependência de receber, ou não, multas de prepostos ou empregados da empresa permissionária, por ser absolutamente estranho a essa mesma relação de direito, só existente entre empregadora e empregado, isto é, empresa e motorista.

Ora, se a empresa contrata motoristas para operarem os seus veículos, naturalmente depois de tê-los selecionado, é fora de dúvida que ela assumiu o risco contratual e se responsabiliza, desde logo, pelos atos que praticarem no exercício de sua função profissional, assegurando-se, de acordo com a lei, o direito de contra eles agir para ressarcimento de quaisquer prejuízos suportados ou multas pagas.

Do contrário, tais empresas estariam contratando elementos sem qualificação para o volante e que passariam a cometer, como efetivamente ocorre, todos os delitos de trânsito, sem qualquer possibilidade de serem responsabilizados. Aí, então, surge o interesse público, a segurança e a tranquilidade da comunhão social que as próprias mencionadas empresas acabam por afrontar e comprometer, admitindo motoristas inescrupulosos, como empregados, e pretendendo, ao depois, fugir a responder pelas faltas cometidas ou praticadas, quer contra o Poder Público, quer contra terceiros.

12. Persistimos em ponderar que o comportamento das empresas, assim agindo, não é benéfico, por manter, pelas ruas da cidade, profissionais desesperados em ganhar dinheiro para, primeiro, pagar a diária da frota e a gasolina e, em seguida, conseguir a própria subsistência, através da velocidade, da seleção de passageiros e da desobediência da sinalização, pondo inevitavelmente em perigo, não apenas os próprios usuários, mas os transeuntes em geral.

As empresas de táxis, ou melhor, alugadoras de táxis, é que criam esse **ambiente de impunidade**, é que, em última análise, transformam os seus motoristas em elementos indesejáveis e, assim, nocivos à so-

ciedade. Com o regime de trabalho imposto aos seus motoristas, são as empresas que promovem, garantem e alimentam a impunidade dos profissionais perniciosos, o que não deixa de ser uma impunidade em continuação, mas sempre originária das próprias empresas alugadoras de veículos.

13. Consideremos, em particular, a matéria arguida pela ADETAX, nos trabalhos que deram origem a este expediente. Falta-lhes apoio legal e procedência ao mesmo tempo que a argumentação desenvolvida se ressente de primarismo jurídico.

Em primeiro lugar, não se identificando as legislações carioca e paulista, não se poderá invocar similitude de situações e muito menos igualdade de direitos ou benefícios. Assinalemos o princípio que nos veio do Direito Romano de que **Nemo Jus Sine Lege**, isto é, não existe direito algum sem lei que o institua, aperfeiçoado pelo "legem habemos", que significa dizer que, se lei possuimos, imperioso se torna que seja fielmente cumprida, como nela se contém.

Em segundo lugar, não deixa de parecer ingênua a iniciativa de tentar a empresa eximir-se da responsabilidade pelas consequências de atos praticados por empregados ou prepostos seus, quando a legislação civil, e também a trabalhista, define a matéria e espanca dúvidas de qualquer natureza relativamente à solidariedade e ao ressarcimento propriamente dito. A relação de direito existente a ambos vincula, empregadora e empregado, mas o Poder Público é estranho a essa mesma relação **(res inter alios)**.

Em terceiro lugar, na conformidade do que dispõe o parágrafo único, do artigo 891, do Código Civil,

> "o devedor que paga a dívida sub-roga-se no direito de credor em relação aos co-obrigados".

(Mais do que oportunos, a propósito, os doutos comentários de João Luiz Alves e Clovis Bevilacqua). E, em consequência, a empregadora pagante fica sub-rogada no direito de exigir de seu empregado o que tiver por ele pago a título de multas impostas por infrações de trânsito.

Invocando a lição de Frederico Pezzella, o já citado civilista Washington de Barros Monteiro (in Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, vol. 4 p. 187), ao estudar o **direito de regresso**, escreve:

> "Modernamente, o direito regressivo constitui uma das notas fundamentais das obrigações solidárias".

14. Realmente, a responsabilidade solidária representa uma garantia aos direitos obrigacionais e constitui um benefício instituído em prol do credor (ob. cit. p. 186 e 206).

Ressalte-se, ao mesmo tempo, que

> "na solidariedade passiva há comunhão de interesses entre os co-devedores" (Rev. Jurisprudência TJSP, vol. 03, pág. 195).

E mesmo que pretendesse ignorar a realidade jurídica, é ainda a jurisprudência quem ensina:

> "Responde pelo dano aquele que lhe dá causa por dolo ou culpa" (Rev. dos Tribunais, vol. 398, pág. 339).

Semelhante julgado leva o estudioso a considerar a matéria contida no parágrafo 1.o, do art. 462, da Consolidação das Leis do Trabalho:

> "Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.
>
> § 1.o — Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito desde que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado".

15. Inquestionavelmente, o que existe entre a empresa e o motorista é um contrato verbal ou escrito de trabalho. E entre as condições deverá ou deveria estar disciplinada a matéria atinente à responsabilidade do empregado. No caso de omissão, porém, é lógico que prevaleçam as disposições legais genéricas ou específicas e os princípios gerais de direito.

Importa-nos assinalar, mais uma vez, que problema respeita exclusivamente aos contratantes, não se justificando o envolvimento da Prefeitura insistentemente desejado pela Adetax para conseguir que as permissionárias se eximam de suas próprias responsabilidades em relação à mesma Prefeitura.

16. Resta-nos, agora, um último aspecto a ponderar: é o que objetiva as prescrições da recente Resolução n.o 472/74, do Conselho Nacional de Trânsito — CONTRAN. O problema não oferece dificuldades.

Consultando o elemento histórico, verifica-se que o CONTRAN,

> "considerando que se torna imprescindível a identificação do verdadeiro infrator para que, por razões da própria segurança de trânsito, tenha as respectivas penalidades registradas em seu prontuário",

entendeu que é no prontuário do infrator, e não no do proprietário do veículo, que as infrações deverão ser registradas, para os efeitos legais.

17. Exemplificando: "A", proprietário de determinado veículo, resolve emprestá-lo a "B" que, em seguida, comete infrações graves, susceptíveis de justificar a apreensão ou cassação da própria Carta de Habilitação, nos termos do Código Nacional de Trânsito. Se o proprietário não identificar o condutor-infrator, essas infrações serão naturalmente registradas no prontuário dele e sua Carta poderá ser apreendida ou suspensa, mas desde que procedida a identificação, as mesmas infrações passarão a constar do prontuário do condutor identificado, muito embora as multas continuem de responsabilidade do proprietário do veículo.

E no caso de atropelamento ou morte, em que o motorista foge do local do acidente, só tendo sido anotado o número da placa do veículo. Não identificado o infrator, o inquérito será naturalmente instaurado contra o proprietário, até que, durante a fase de produção de provas, venha a ser identificado o infrator, contra quem, então, prosseguirá.

18. A Resolução do CONTRAN exige a iniciativa do proprietário, nas hipóteses em que a pessoa dele não se confunda com a pessoa do

infrator. Mas a Resolução não fala em multas (penas pecuniárias), nem uma simples Resolução poderia contrariar ou revogar uma Lei Federal, como é o Código Nacional de Trânsito (artigo 110), que impede a renovação da licença de veículo em débito de multas, nem uma Lei Municipal, como é a de 7329, de 11 de julho de 1969 que, em seu artigo 43, atribui, de modo expresso e inequívoco, às empresas de táxis a responsabilidade pelo pagamento das multas, por infrações de trânsito cometidas por seus empregados ou prepostos.

19. Muitos são os motoristas profissionais autônomos que também mantêm prepostos. Nem por isso deixam de assumir a responsabilidade que lhes cabe pelas infrações cometidas com seus veículos, como o fazem as empresas, sem qualquer fundamento de fato, ou de direito.

20. O CONTRAN não legisla, mas expede apenas Resoluções de caráter normativo, válidas para todo o território nacional e destinadas a auxiliar o cumprimento das leis de trânsito, especialmente do Código Nacional.

Sua última Resolução, obrigando o proprietário a identificar o infrator, não modifica nem altera o estatuido nos dispositivos legais transcritos e já oportunamente regulamentados nem sua imediata aplicação dependeria de quaisquer critérios normativos ou especiais.

21. Finalmente, não existe qualquer colidência, mas ao contrário há consonância e identidade entre o prescrito no Código Nacional de Trânsito, na Legislação Municipal e na última Resolução do Contran. Também por esse motivo, não pode a ADETAX envolver o Município no seu evidente propósito: não pagar as multas por infrações de trânsito cometidas por seus próprios empregados, assim burlando a lei e lesando o fisco. O problema todo das empresas é, em última análise, evitar o pagamento. Isto, porém, nem administrativa nem judicialmente poderá conseguir, porque é contra a própria lei e contra o próprio direito.

22. Dada a simplicidade da matéria tratada e, especialmente, o sentido imperativo do artigo 43, da Lei 7.329, não vemos como liberar

as empresas permissionárias da responsabilidade posta em relevo. Conviria, em caso de conflito de interesses, submetê-la ao douto pronunciamento do Poder Judiciário.

23. E' o que nos parece, **salvo melhor juizo.**

11 de julho de 1974

Bettino de Deo — Procurador — Secretaria Municipal de Transportes.

SEGURO OBRIGATÓRIO NOS ESTACIONAMENTOS DE VEÍCULOS

Inconstitucionalidade de projeto de Lei de autoria do Legislativo, criando seguro obrigatório nos estacionamentos de automóveis e outros veículos auto-motores proc. 37.542/74

A Assessoria Técnico-Legislativa da Prefeitura solicita desta Consultoria apreciação e pronunciamento conclusivo sobre o Projeto de lei 86/74, de autoria do Legislativo, a fim de que o sr. Prefeito, no momento oportuno, possa deliberar sobre a sanção ou veto do que a Câmara Municipal vier a aprovar.

O projeto de lei referido visa criar seguro obrigatório nos estacionamentos de automóveis e outros veículos automotores do Município de São Paulo, para ressarcimento dos danos causados aos mesmos por funcionários ou por terceiros, em manobras ou não, nos recintos destinados ao estacionamento. Determina, ainda, a propositura que nenhum alvará ou licença para funcionamento de garagens, prédios ou terrenos com estacionamento de veículos será concedido sem prova da existência do seguro previsto nos artigos referidos.

Diz, ainda, o artigo 3.o, parágrafo 2.o, que a falta de seguro implicará no reconhecimento de culpa pelos acidentes e responsabilidade pelos danos como se fosse o segurador.

O projeto, salvo melhor juizo, parece-nos eivado de inconstitucionalidade, razão pela qual deve ser vetado.

Com efeito, dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 8.o, inciso X que à União compete fiscalizar as operações de crédito, capitalização e **seguros**, bem como legislar sobre o cumprimento da Constituição e execução dos serviços federais (art. 8.o - XVII - "a").

A autonomia municipal é assegurada somente no que diz respeito à administração própria, no que se refira ao seu peculiar interesse, decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à organização dos serviços públicos locais (art. 15 - II "a" e "b" - C.F.) sendo expressamente vedado imiscuir-se em assuntos que refogem à sua competência.

Ora, como se nota, ao município não é dado legislar sobre seguros, cuja competência privativa é da União, assim como legislar sobre o assunto.

Esta circunstância, por si só, já inquina de inconstitucionalidade o projeto pretendido.

Por outro lado, visa ainda o legislador municipal fixar presunção "juris et de jure" acerca de responsabilidade civil dos empresários e proprietários de estacionamento, quando não realizarem o seguro previsto. (art. 3.o parágrafo 2.o).

A matéria, típica de direito civil, disciplinada pelo Código Civil Brasileiro, também é de competência exclusiva da União, consoante artigo 8.o - XVII - "b" da Constituição Federal, sendo inadmissível a sua disciplinação por lei municipal.

Conquanto se possa reconhecer os méritos da intenção do nobre edil autor da propositura, forçoso admitir-se que a criação de seguro obrigatório e fixação de casos de responsabilidade civil é matéria da exclusiva competência da União, atendidas as disposições da Constituição Federal, motivo pelo qual ela padece de insanável inconstitucionalidade, devendo ser vetada pelo Chefe do Executivo Municipal, caso venha a ser aprovada pela Edilidade Paulistana.

E' nosso parecer,

"Sub censura"

São Paulo, 29 de julho de 1974

Sérgio Lazzarini — Procurador — DAMU Consultoria Jurídica.

JURISPRUDÊNCIA

Correção monetária — E' inadmissível sem previsão legal — Precedentes do Supremo Tribunal Federal — Recurso extraordinário conhecido e provido.

Recurso Extraordinário n.o 74.870, São Paulo — Recorrente: Prefeitura Municipal de São Paulo — Recorrido: José da Costa Mello.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em conformidade com a ata de julgamentos e notas taquigráficas, conhecer do recurso e lhe dar provimento, unanimemente.

Brasília, 21 de maio de 1973. — **Raphael de Barros Monteiro**, Presidente e Relator.

Relatório

O Sr. **Ministro Raphael de Barros Monteiro**

Srs. Ministros:

Este o despacho que admitiu o excepcional, do dr. Sylvio do Amaral, Ilustre Presidente do Eg. Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, e que bem expõe a questão federal a respeito da qual se controverte nos autos:

"Em ação ordinária de cobrança por serviços prestados à Municipalidade, obteve o autor a indenização pleiteada sem correção monetária, "por não ter sido pedida na inicial".

A Câmara, no entanto, deu provimento a seu recurso para conceder aquele benefício, "a partir do laudo adotado", — e desse julgamento resultaram os dois recursos extraordinários agora apreciados. O autor sustenta que o acórdão violou os arts. 956 e 957 do Código Civil ao fixar o início da correção monetária na data do laudo, em vez de determinar "como termo inicial a data desde quando ocorreu o retardamento culposo"; e a Municipalidade, também com base na letra a do permissivo constitucional, diz que o acórdão violou os arts. 154 e 157 do Código do Processo, por conceder a correção sem pedido da parte, e 280, II, do mesmo Código, por adotar sentença que não tem fundamentação de direito.

O recurso do autor é evidentemente improcedente. Os preceitos civis indicados não foram considerados pelo acórdão porque cuidam de matéria estranha àquela focalizada pelo recorrente. Disciplinam o problema da mora contratual e nada têm a ver com correção monetária, que objetiva contornar a desvalorização da moeda.

Ademais, mesmo aplicando-se à correção monetária as regras contidas naqueles dispositivos, outra não seria a conclusão se não a de que o acórdão de nenhum modo contrariou seus preceitos, que se limitam à afirmação da responsabilidade do devedor pela mora (artigo 956) e à prescrição da responsabilidade objetiva do devedor atrasado (art. n.o 957), — temas que nem indiretamente o acórdão focalizou, e que nada têm a ver com o problema do termo inicial da correção monetária.

O recurso da Municipalidade, no entanto, justifica o processamento requerido, por um dos seus fundamentos. E' o que diz respeito à infração do artigo 280, II, do Código do Processo, que exige da sentença fundamentação de direito. No caso a correção monetária não tem fundamento na lei, que não prevê o benefício para hipóteses como a dos autos, de cobrança de serviços e obras. Não tendo fundamentação expressa na lei, a correção monetária tem sido denegada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, que a tem inadmitido como resultado de construção jurisprudencial. Por essa razão, parece de boa cautela admitir o recurso firmado na alegação de que a sentença omitiu a fundamentação de direito, uma vez que o dispositivo que concedeu a correção monetária impugnada não tem, realmente, assento em lei expressa.

As outras alegações da recorrente são improcedentes porque a correção monetária, quando devida, deve ser concedida **ex-officio**, segundo a jurisprudência deste e do Supremo Tribunal Federal. A matéria será no entanto considerada pelo Tribunal Excelso em vista da admissão do recurso pelo outro fundamento.

Em consequência, com razões das partes, subiram os autos, assim opinando, às fls. 238/239, a douta Procuradoria Geral da República:

"1. O Tribunal **a quo** fls. 183, reformando a sentença inicial, declarou a incidência da correção monetária em ação de cobrança de serviços de mão de obra e transportes prestados por empreiteiro à Municipalidade de São Paulo.

2. Daí o recurso extraordinário, fundado na letra a do permissivo constitucional, alegando-se negativa de vigência dos artigos 154 e 280, II, do Código de Processo Civil, pois ocorreu julgamento **ultra petita** e condenação sem base em lei.

3. Somos pelo conhecimento do recurso.

4. Conforme a jurisprudência predominante no Eg. Supremo Tribunal a correção monetária não é devida sem a previsão em lei. Esse o entendimento expressado nos R.E. 72.648, Relator Ministro Oswaldo Trigueiro e R.E. 71.050, Relator Ministro Thompson Flores, **in** R.T.J. 59, pgs. 626 e 848, respectivamente.

5. Somos pelo provimento do recurso extraordinário."

E' o relatório.

Voto

O Sr. Ministro Raphael de Barros Monteiro (relator) Srs. Ministros:

Na conformidade com o parecer que acabo de ler, que reflete a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal a respeito, conheço do recurso e lhe dou provimento.

Extrato da Ata

RE 74.870 - SP - Rel., Min. Barros Monteiro. Recte. Prefeitura Municipal de São Paulo (Adv. Lucy Rodrigues dos Santos). Recdo. José da Costa Mello (Adv. Attilio Nosé).

Decisão: Conhecido e provido nos termos do voto do Min. Relator. Unânime. 2.a T., 21-5-73.

Presidência do Sr. Ministro Barros Monteiro. Presentes à sessão os Srs. Ministros Thompson Flores, Bilac Pinto, Antonio Neder e Xavier de Albuquerque. - Procurador Geral da República, substituto, Dr. Oscar Corrêa Pina.

Hélio Francisco Marques, Secretário da 2.a Turma.

Interdito Proibitório — Intimação por parte da Municipalidade para a desocupação de terreno situado na margem do Rio Tietê — Margem de rio navegável — Ausência de ameaça — Improcedência da medida.

Acórdão da Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Cível n.o 204 967 — São Paulo — Apelante: Cia. Brasileira de Medidores — Apelada: Prefeitura do Município de São Paulo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Cível** n.o 204.967, da Comarca de São Paulo, em que é apelante **Companhia Brasileira de Medidores**, sendo apelada a **Municipalidade de São Paulo:**

Acordam, em Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar provimento ao recurso, pagas as custas pela apelante.

A Companhia Brasileira de Medidores, estabelecida nesta Capital, adquiriu, mediante escritura pública devidamente transcrita no cartório competente, um imóvel com "90 metros de frente para a Rua Silva Airosa a contar de 297 metros da margem do Rio Tietê, por 100 metros da frente aos fundos e mais se houver até encontrar as margens do Rio Tietê, com uma área de 9.000 m2, dividindo de ambos os lados, em toda sua extensão, com terrenos remanescentes dos vendedores Irmãos Vianello, e pelos fundos com o Rio Tietê, com todas as construções e benfeitorias existentes, tendo se comprometido os vendedores a entregar a área prometida toda murada".

Ali, segundo consta da inicial, mantém a proprietária sua fábrica e instalações industriais. Todavia, em fins de março do ano de 1968, sob alegação de que se trata de terreno municipal, a Prefeitura de São Paulo intimou-a a desocupá-lo em trinta dias sob pena de remoção de tudo que seja encontrado no mesmo, e correndo por conta dela as despesas respectivas.

A ré ofereceu contestação sustentando que o título de aquisição da autora, embora inclua a margem do rio, não lhe confere domínio sobre a mesma pois este pertence à União. Assim, a posse de tais terrenos só é legítima quando decorrente de concessão do poder público. A autora, em consequência, sem prova dessa condição, carece de direito ao procedimento judicial.

O processo teve tramitação regular e, decidindo, o magistrado acolheu integralmente a defesa julgando improcedente a ação com custas e honorários de 12% a cargo da vencida. Apelou esta.

A questão posta em juízo, muito bem debatida nos autos, foi apreciada com segurança pelo MM. Juiz prolator da sentença recorrida.

Em verdade, desde o tempo do Brasil – colônia as margens externas dos rios foram sempre consideradas acessório dos mesmos. Não fora assim, sua utilização como valor econômico seria impossível.

O assunto, deveras interessante, foi versado com rara eficiência pelo Desembargador Bandeira de Melo em acórdão que relatou consubstanciando decisão da Colenda Quarta Câmara Civil deste Tribunal proferida na Apelação n. 151.894, da comarca de Barueri (R. T. vol. 379/149). A sentença, aliás, reporta-se a esse pronunciamento e lembra que a **mais alta corte do país, na Súmula n.o 479, já admitiu que "as margens de rios navegáveis são do domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização".**

Dentro deste ponto de vista, e tendo-se em conta que a autora não provou ter direito à ocupação como decorrência de concessão do poder público, é evidente que o ato imputado à Prefeitura Municipal não constitui ameaça à autora, porquanto sua posse sobre a área em questão, à falta da condição referida, não legitima o apelo à via possessória. Nega-se provimento ao recurso, ficando mantida a sentença de primeira instância por seus próprios e jurídicos fundamentos.

São Paulo, 28 de dezembro de 1971

— **Cordeiro Fernandes**, Presidente com voto. **J. M. Arruda**, Relator

Funcionário Público — Reclassificação do cargo em época posterior ao falecimento — Reajuste de pensão devida aos beneficiários — Segurança denegada.

Sentença do MM. Juiz de Direito da Terceira Vara dos Feitos da Fazenda Municipal de São Paulo — Mandado de Segurança — Impetrantes: Maria do Carmo Moya e Maria do Rosario Moya — Impetrado: Diretor do Montepio Municipal de São Paulo.

Maria do Carmo Moya e Maria do Rosario Moya, ambas com qualificação nos autos, impetram a presente segurança contra ato do Senhor Diretor do Montepio Municipal de São Paulo, objetivando o reajustamento da pensão que recebem dessa autarquia, na mesma base dos atuais vencimentos dos Inspetores Fiscais, outorgados pela Lei Municipal n.o 7.623, de 28 de junho de 1971, e a partir dessa data.

Alegaram, para tanto, que são pensionistas do Montepio Municipal desde 20-12-1951, quando do falecimento de seu pai José Moya, que integrava a carreira de Lançador Municipal, cujo padrão de vencimentos era de "IX-B", percebendo ambas, a título de pensão, a importância correspondente a 2/3 do referido padrão.

Através da Lei Municipal n.o 7.623, de 28-6-71 os cargos da carreira de Lançador foram reclassificados, passando a uma nova denominação — Inspetores Fiscais — adotando a nova tabela, o mesmo padrão alfabético dos ex-lançadores e com novos vencimentos.

Assim, com a nova lei o que se modificou foram a denominação e os vencimentos, já que não se alteraram as atribuições e responsabilidades.

Verificando as impetrantes que o valor de suas pensões não haviam sido reajustadas nas mesmas bases da valorização concedida pela mencionada lei, formularam requerimento nesse sentido, o qual fora indeferido.

Esse indeferimento não só contrariou os arts. 102, § 1.o, e 153, § 3.o da Constituição Federal, como também violou o art. 1.o, da Lei Municipal n.o 4.130.

E' verdade que se pode argumentar com a afirmação de que o art. 12, da lei n.o 7.623/71, torna esse diploma

inaplicável aos inativos, e implicitamente estariam atingidos os pensionistas.

Contudo, quando a norma legal outorga benefícios a uma determinada classe de indivíduos de uma mesma categoria ou carreira do serviço público, para deixar de abranger aqueles não atingidos por ela, não pode ferir prescrições legais, muito menos constitucionais.

Afora isso a nova lei nada reclassificou, pois somente alterou a denominação, rotulando de Inspetor Fiscal a carreira de Lançador, com novos vencimentos.

Logo, é o presente pedido de segurança para o fim acima mencionado, condenando-se o impetrado nas custas do processo e demais cominações legais.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 6/24.

Prestou informações a autoridade apontada como coatora alegando, preliminarmente, ser o Montepio Municipal parte ilegítima para o feito, já que o ônus financeiro decorrente da aplicação da lei n.o 4.130/51, é da Prefeitura Municipal de São Paulo.

No mérito alegou que o ato da Diretoria do Montepio Municipal objeto de impugnação, — ainda dependente de decisão da Prefeitura — resultou de aplicação de normas legais reguladoras da espécie.

Com efeito, a lei n.o 7.623/71, em seu artigo 12, veda a extensão aos inativos das disposições nela contidas.

Via de consequência, as pensões pagas pelo Montepio Municipal também não são atingidas por aquele diploma legal.

A diferença entre os vencimentos dos Inspetores Fiscais e dos Lançadores, resulta não só de atribuições diversas, mas ainda de maior número de horas de trabalho, além de gratificação de produtividade.

Não se trata, pois, de aumento de vencimentos com nova designação de cargos e simples alteração de símbolos de padrões de vencimento, já que a lei atingiu de modo profundo toda a estrutura da antiga carreira de Lançador.

Aliás, está contido na Súmula n.o 38, do Egrégio Supremo Tribunal Federal que, a "reclassificação posterior à aposentadoria não aproveita ao servidor aposentado".

Nessas condições, não há que se falar em transgressão a preceito constitucional, em especial, ao parágrafo 1.o do art. 102, que dispõe sobre a revisão dos proventos da inatividade sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários militantes.

Além disso, o Egrégio Tribunal de Justiça, em sessão plenária, deliberou pela constitucionalidade do art. 12, da lei n.o 7.623/71.

Ora, não tendo havido reajuste de vencimentos, mas simples reclassificação da carreira, deve ser denegada a segurança.

As informações vieram acompanhadas dos documentos de fls. 36/38.

O Ministério Público opinou pela concessão da segurança.

Por determinação judicial foi citada a Municipalidade para integrar a lide como litisconsórcio necessário, a qual ratificou as informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, juntando ainda os documentos de fls. 51/61.

Novamente manifestou-se o Ministério Público às fls. 62 v.o, ratificando o seu anterior parecer.

Este é o relatório.

Decido.

Pretendem as impetrantes com o presente "Writ Constitucional" que lhes seja reconhecido o direito ao reajustamento da pensão deixada pelos seus pais — José Moya e Laudelina de Almeida Moya — nas mesmas bases dos atuais vencimentos dos Inspetores Fiscais.

Redarguiu a autoridade apontada como coatora alegando ser inadmissível

tal pretensão, já que a lei n.o 7.623, no seu art. 12 veda a extensão aos inativos das disposições nela contidas.

Esta é, em síntese, a controvérsia em que se erige o litígio.

Colhe-se da relação jurídica posta em litígio que o fulcro da questão está em saber se a vedação contida no art. 12, da lei n.o 7623/71, conflita com a Constituição Federal no seu art. 102, § 1.o, que dispõe:

"Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade".

Impõe-se, portanto, verificar a matéria prejudicial de inconstitucionalidade do art. 12, da lei n.o 7.623/71.

Na verdade, o art. 116 da Constituição Federal não tira dos juízes de primeiro grau a atribuição de declarar inconstitucional a lei ordinária ou ato do Poder Público. Pois como disse Amilcar de Castro, se o juiz fosse obrigado a aplicar qualquer lei, embora inconstitucional, não só deixaria de ser independente, como de nada valeria o princípio da separação de poderes e a supremacia da Constituição (Revista Forense — 67/348).

Além disso, sem embargo da respeitável lição de Alfredo Buzaid, quando afirma que a declaração de inconstitucionalidade é sempre "incidenter tantum" — Da Ação Direta - pg. 59/70 — tenho para mim que nesse particular aspecto a razão está com José Frederico Marques, já que em nosso direito não existe lide constitucional, derivada do interesse em anular "erga omnes" um preceito da lei federal. O que existe, continua esse festejado mestre, é simplesmente a questão constitucional, visto que a inconstitucionalidade da lei ou ato é invocada para que se decida da pretensão ajuizada, pretensão essa que não visa, de maneira alguma, a declaração pura e simples da inconstitucionalidade da lei para ser esta a cassada jurisdicionalmente (Instituições - vol. IV - pg. 134).

Logo, nada impede que na ação especial do mandado de segurança se faça o confronto da lei menor com a lei maior, e decida o juiz pela validade daquela ou pela sua ineficiência por contravir a lei suprema.

Assim, sem grande indagação conclui-se que o art. 12, da Lei n.o 7.623, não contraria o art. 102, § 1.o da Constituição Federal.

Com efeito, exige a lei magna que os proventos da inatividade sejam revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade.

Ora, o que ocorreu com a promulgação da Lei Municipal n.o 7.623/71, foi uma simples reclassificação da carreira de Lançador Municipal, onde a fixação de novos padrões salariais foi uma decorrência da estrutura dos cargos.

Efetivamente, modificou-se a forma de investidura, alterou-se a jornada de trabalho, e se estabeleceu uma nova modalidade de estipêndio com a gratificação de produtividade.

Afora isso, houve mudança de denominação, passando os cargos de lançadores a denominar-se de Inspetores Fiscais.

Neste caso, é perfeitamente invocável a Súmula n.o 38 do Egrégio Supremo Tribunal: Reclassificação posterior à aposentadoria não aproveita ao servidor aposentado.

Acresce a tudo isso o fato público e notório, porque de todos conhecido, de que os governos da União, do Estado ou do Município, sistematicamente, vêm concedendo reajuste de vencimentos aos funcionários anualmente, sem exclusão de nenhuma carreira, a não ser que isoladamente tenha ela obtido vantagem salarial, mediante reclassificação. Também é fato notório de que os reajustes são feitos sempre na base percentual, e com a finalidade precípua de suprir o poder aquisitivo da moeda, deteriorada pela inflação.

Todavia, na hipótese dos autos, não cogitou o legislador municipal, com a promulgação da lei n.o 7.623/71, de conceder simples reajuste de venci-

mentos. O que houve foi uma reclassificação da carreira, e como decorrência a revalorização dos padrões salariais.

Logo, o art. 12 da Lei Municipal n.o 7.623/71, não afronta a Constituição Federal, e antes se harmoniza com ela, razão porque não há direito líquido e certo das impetrantes a ser amparado pelo "mandamus" constitucional.

Ante o exposto, denego a segurança impetrada e condeno as autoras nas custas do processo.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

São Paulo, 5 de fevereiro de 1973.

Adérito Pereira da Silva — Juiz de Direito.

Desapropriação — Concessionária de Serviço Público — Cálculo de Indenização — Critério de custo histórico

Sentença do MM. Juiz de Direito da Segunda Vara dos Feitos da Fazenda Municipal - São Paulo - Ação expropriatória - Autor: Prefeitura do Município de São Paulo - Ré: Companhia Paulista de Serviços de Gás.

A **Municipalidade de São Paulo** ajuizou a presente ação expropriatória visando incorporar ao seu patrimônio todo o acervo da **Companhia Paulista de Serviços de Gás** (antiga "The San Paulo Gas Company Limited"), declarada de utilidade pública pelo decreto n.o 7230, de 26 de outubro de 1967, por necessária à exploração e conservação do serviço público de produção e distribuição de gás à população. Ofereceu como indenização a importância de Cr$ 6.534.837,42 (seis milhões, quinhentos e trinta e quatro mil, oitocentos e trinta e sete cruzeiros e quarenta e dois centavos).

Instruindo a inicial com os documentos de fls. 7 a 18, efetuou o depósito da oferta e requereu imissão provisória na posse.

Deferida esta, procedeu-se à citação da ré que, a fls 21/75, juntou documentos e pediu o levantamento de 80% do depósito inicial. A fls. 82/85 foi oferecida a contestação em que impugna, por reputar irrisório o valor da oferta e pondera que dois dos imóveis relacionados na inicial não se destinam a produção e distribuição de gás.

Publicados os competentes editais, efetuou a ré o levantamento de 80% do depósito inicial.

A fls. 124/124v. foi proferido o despacho saneador, gerando o agravo no auto do processo tomado por termo a fls. 128. Do despacho que rejeitou a impugnação de quesitos feita pela ré, foi interposto novo agravo no auto do processo, tomado por termo a fls. 161.

Em prosseguimento foram juntados aos autos o mandado de imissão de posse cumprido e os respectivos autos de constatação (fls. 178/3.705). A fls. 3.772 foi substituído o perito judicial por impedimento superveniente.

O laudo do vistor judicial veio para os autos a fls. 4.009 a 5.075 (volume 12.o a 15.o). A crítica do assistente da ré a fls. 5.216 (16.o volume) a 5.499 (18.o volume). A do louvado da autora a fls. 5.502 (19.o volume) a fls. 5.669.

Após novas juntadas de documentos, foi designada audiência de instrução e julgamento (fls. 5.754) na qual, após a prestação de esclarecimentos pelo perito judicial, as partes ofereceram as alegações constantes dos memoriais de fls. 5.779 a 5.860.

E' o relatório.

Passo a **Decidir.**

Trata-se de ação expropriatória pela qual a Municipalidade de São Paulo visa incorporar ao seu patrimônio o acervo da Companhia Paulista de Ser-

viços de Gás, anteriormente denominada "The San Paulo Gas Company Limited", que durante cerca de 95 anos, na qualidade de concessionária de serviço público, explorou a produção e distribuição de gás no município da Capital.

Consoante se verifica do histórico traçado pelo ilustre assessor jurídico da perícia oficial (fls. 4.812 e seguintes), o primeiro contrato entre o Poder Público e a referida concessionária foi celebrado nos idos de 1863 e tinha por fim a iluminação a gás das ruas, edifícios públicos e casas particulares, tendo o serviço sido inaugurado em 31 de março de 1872.

Vencido o prazo desse primeiro contrato, em 15 de outubro de 1896, e malograda a concorrência pública instaurada anteriormente, nova avença foi celebrada com a concessionária, em 1897, com a duração de trinta anos. Na oportunidade, esta ofereceu dois projetos: o primeiro prevendo exclusividade por quarenta anos, ao cabo dos quais haveria a reversão gratuita do material ao Poder Público; e segundo limitando a duração do contrato a trinta anos, após o que seria o mesmo renovado ou feita a reversão onerosa, mediante avaliação do material. Optou a Administração pela segunda fórmula.

Com o advento da iluminação elétrica, foi aditado o contrato, estabelecendo-se o fornecimento de gás para outros fins. Outros aditamentos, prorrogações e, até mesmo, ameaça de rescisão se sucederam até que, em 23 de outubro de 1929, o último contrato foi celebrado e aprovado pela lei estadual n.o 2396, de 23-12-29.

Esse derradeiro ajuste previa a produção e distribuição de gás até fins de 1960, mediante privilégio e tinha como principais cláusulas as seguintes: a) direito exclusivo de assentar e manter câmaras subterrâneas nas canalizações e acessórios necessários à distribuição de gás, bem como pontes ou passagens subterrâneas para a travessia de rios, canais e leitos de estradas de ferro com suas instalações; b) preço básico do gás por metro cúbico, pago em moeda corrente do país e calculado metade em papel e metade em ouro ao câmbio par; c) direito de desapropriação; d) direito de construir e manter câmaras subterrâneas nas vias e logradouros públicos e de uso gratuito das águas dos rios; e) isenção de impostos, taxas e contribuições estaduais e municipais; f) desobrigação de, nos últimos anos, estender suas instalações e, nos últimos seis anos, ampliar suas fábricas ou construir novas.

De especial relevo a cláusula L I I, que estabelecia: "Findo o prazo do privilégio, ou em caso de falência ou liquidação da Contratante, terá o Governo o direito de encampar-lhe os serviços, pagando-lhe o valor em ouro do acervo neles exclusivamente empregado antes de entrar em sua posse. Não acordando as partes nesse valor, será ele fixado por peritos d'arte escolhidos judicialmente".

Em 30 de julho de 1936, com anuência da concessionária e da Light, os serviços de gás e iluminação pública foram transferidos ao Município da Capital, que sub-rogou-se nos direitos e obrigações do Estado decorrentes dos respectivos contratos. Por decreto de 12-6-59, de n.o 46 . 215, a "The San Paulo Gas Company Limited" foi nacionalizada com a denominação de Companhia Paulista de Serviços de Gás, continuando, entretanto, a ser a mesma pessoa jurídica.

Por ofício de 10 de dezembro de 1960, a Concessionária comunicou à Prefeitura que, embora o prazo contratual terminasse em fins daquele ano, continuaria a explorar o serviço, já então todavia, pelo regime de tarifa pelo custo, instituída por lei federal, com o que concordou a Municipalidade. As normas adotadas a partir de então estabeleciam as despesas de exploração, definiam a quota de depreciação e fixavam em doze por cento a remuneração do investimento, "observados os coeficientes de correção monetária do valor dos bens que constituem o ativo imobilizado".

Abertas infrutíferas concorrências para a concessão do serviço, chegou-se ao ano de 1967, quando, em 10 de abril, a concessionária oficiou à Prefeitura afirmando não mais se interessar pela exploração do serviço, pelo qual só responderia pelo prazo de 120 dias, dentro do qual aguardaria a designação de delegados da Municipali-

dade para assumir sua gestão e operá-lo sem interrupção, concordando, posteriormente, em dilatar o prazo.

Posta a situação nesses termos e na contingência de ver interrompido um serviço público essencial, a Prefeitura baixou o decreto n.o 7.230, de 26 de outubro de 1967, declarando de utilidade pública, para efeito de incorporação ao seu domínio, o acervo empregado no serviço público de fornecimento de gás a particulares. Em seguida, ajuizou a presente ação expropriatória, depositando o valor da oferta e sendo imitida na posse do referido acervo. De tal sorte o fornecimento de gás domiciliar canalizado não sofreu solução de continuidade, tendo sido propiciado inicialmente pelo criado Serviço Municipal de Gás e, atualmente, pela Comgás — Companhia Municipal de Gás.

Como se vê, coagida pela necessidade premente de assegurar à população a continuidade no suprimento de gás, serviço público essencial e indispensável, e precisando, para tanto, entrar na posse e domínio do acervo da concessionária, optou pela via da desapropriação, que se tornou judicial, por certo face ao fracasso das tratativas amigáveis.

Cuida-se, é inegável e já foi dito nos autos, de uma expropriatória especial, não tanto pelo vulto do acervo a ser incorporado mas, principalmente, pela sua natureza e destinação.

Neste passo, é de todo oportuno trazer à gala o magnífico estudo sobre a natureza da relação existente entre a empresa concessionária e os bens componentes do acervo destinado à execução de um serviço público, feito pelo eminente assessor jurídico do perito judicial.

Analisando as diversas teorias existentes a respeito — a da propriedade pública, pela qual o concessionário seria mero usufrutuário dos bens; a da propriedade privada plena e da propriedade resolúvel — o ilustre assessor demonstra, de forma irrefutável, ser esta última a única realmente aceitável, por espelhar a verdadeira relação existente entre o concessionário e os bens destinados à execução do serviço público concedido.

Desse entendimento, que conta com o apoio autorizado de nomes como Afrânio de Carvalho, J. X. Carvalho de Mendonça, Antão de Morais, Lacerda de Almeida, Saboia de Medeiros e Carlos de Carvalho, resultam importantes efeitos quanto ao destino dos bens, após o término do prazo da concessão. Sendo o domínio do concessionário temporário, isto é, pelo prazo que durar o contrato, findo este, opera-se a reversão dos bens ao patrimônio do Poder concedente.

Essa reversão entendem alguns doutrinadores ser gratuita, enquanto que para outros é onerosa, isto é, não dispensa a devida indenização. Tal discussão, conquanto doutrinariamente importante, no caso "sub-specie" torna-se despicienda ante os expressos termos da avença, que estabelecem o direito do concessionário à indenização. E dizer-se que por mais dez anos de concessão no contrato (três, na prática) a Municipalidade teria essa reversão graciosa...

Posto que para incorporar ao seu patrimônio o acervo da concessionária, a Municipalidade tenha que indenizá-la, é certo que dispunha de outros meios legais que não a ação expropriatória. Poderia simplesmente encampá-lo, como foi feito com outros serviços públicos nos âmbitos federal, estadual e municipal.

Optou, todavia, pela desapropriação que é uma espécie do gênero encampação, tomada esta expressão o seu sentido lato. Como é sabido, a ação expropriatória tem por fim apenas o acertamento do valor da indenização a ser paga ao particular, pela alienação compulsória de seu bem, já que são insuscetíveis de apreciação os critérios de conveniência e oportunidade que informaram o decreto declarador da utilidade pública. E quando o particular rejeita a oferta feita pelo Poder Público, o valor da indenização é fixado pelo Juiz, com base no laudo pericial oferecido por perito de sua confiança, observadas eventuais críticas feitas pelos assistentes técnicos em que podem louvar-se as partes.

Normalmente essa perícia é feita por um técnico especialista na espécie do bem objeto da desapropriação que, mercê de seus conhecimentos a

respeito da matéria e com base nos critérios avaliatórios estabelecidos na lei e outros que reputar convenientes, procurará determinar o valor da indenização a ser paga, tendo em vista, especialmente, o montante do desfalque sofrido pelo patrimônio do expropriado.

A natureza especial da presente expropriação, entretanto, exigiu que a incumbência fosse cometida a uma equipe heterogênea de técnicos, composta de engenheiros, economistas e juristas. Tal necessidade decorreu não só da variedade dos bens a serem avaliados (imóveis, máquinas, equipamentos, canalizações, etc.) como da própria incerteza inicial sobre o critério a ser adotado para a determinação da justa indenização: se o de custo histórico ou se o do valor de reposição. A ser adotado o primeiro, bastaria um simples levantamento contábil, enquanto que, acolhido o segundo, mister se faria a avaliação peça por peça dos bens componentes do acervo.

Formada a equipe oficial, composta de renomados profissionais cuja simples enunciação dispensa apresentações, e indicados os assistentes técnicos, de igual nomeada e não menor valor, procedeu-se à avaliação com base no dúplice critério do custo histórico atualizado e do custo de reposição.

Tão intimamente ligados e entrelaçados se encontravam os aspectos técnicos, econômicos e jurídicos que não se poderia dissociá-los e nem prescindir na avaliação, do concurso dessas três categorias de profissionais, não merecendo guarida, nesse particular, a crítica do assistente da ré quanto à abordagem pela perícia oficial dos aspectos jurídicos da questão. No caso, não se cuidava apenas de determinar o preço de um objeto, mas, principalmente, de se estabelecer um critério jurídico e econômico para a determinação da justa indenização a ser paga pela expropriação do acervo de uma concessionária de serviço público. E justa indenização é uma expressão de sentido muito mais amplo e nem sempre correspondente ao do preço atual.

Feitas as devidas avaliações, a equipe oficial de peritos apresentou o valor correspondente ao custo atual dos bens vistoriados, bem como o seu custo de aquisição, histórico ou contábil, concluindo pela adoção desse segundo critério na determinação da justa indenização a ser paga. Para a determinação do custo histórico baseou-se nos registros contábeis da expropriada, de onde extraiu o preço de aquisição do acervo, efetuando, em seguida, a dedução das reservas acumuladas, um e outras corrigidos monetariamente.

Os louvados da autora concordaram quase que totalmente com as conclusões do laudo oficial, divergindo apenas no tocante aos encargos trabalhistas, que o laudo oficial carregou à conta da expropriante. Já os "experts" indicados pela ré preconizaram a indenização pela avaliação física dos bens, concordando com o custo histórico apenas no tocante aos encanamentos subterrâneos, que não permitiriam outro tipo de avaliação. Impugnaram, outrossim, vários ítens da avaliação física procedida pelos vistores judiciais, impugnação essa, todavia, que perde toda e qualquer relevância ante o acolhimento do critério do custo histórico, como se verá a seguir.

A excelência do critério do custo histórico e suas inegáveis vantagens sobre o do custo de reprodução vêm primorosamente demonstradas no magnífico trabalho do assessor jurídico da perícia oficial, pouco ou nada se podendo acrescentar aos irrefutáveis argumentos ali expendidos. Com rara profundidade e precisão o ilustre assessor alinhou as inúmeras razões que levaram o custo histórico a merecer a preferência dos melhores tratadistas modernos, quer no âmbito do direito pátrio quer entre os autores alienígenas.

A natureza peculiar das concessões, onde o direito individual subordina-se ao primado do interesse público, as próprias limitações da propriedade mantida pela concessionária sobre os bens constantes do acervo, a vedação a esta última de especular com a valorização real, decorrente do princípio da limitação dos seus lucros e outros fatores que seria ocioso repetir indicam o custo histórico como o único critério jurídica e economicamente aceitável para desapropriações como a presente.

A única crítica que se lhe poderia fazer, referente à desatualização do valor do investimento face à corrosão

inflacionária, fica superada com a aplicação da correção monetária que, além do mais, atende à finalidade da cláusula contratual do pagamento em ouro, tornada sem efeito pelo advento da Lei Oswaldo Aranha.

A indenização pelo custo histórico atualizado é justa, pois permite à concessionária reaver o que investiu no empreendimento, sem qualquer perda pela desvalorização da moeda e após auferir, por quase um século, dos privilégios de um comércio sem concorrência. Injusto, injurídico e anti-social seria que viesse ainda a obter lucros com os imóveis e equipamentos, revendendo-os (embora compulsoriamente) ao Poder Público pelo preço de mercado. E nem mesmo essa compulsoriedade, inerente a toda alienação desapropriatória, pode-se dizer presente neste caso, onde a situação foi inversa: o Poder Público expropriou porque a expropriada a tanto o obrigou, comunicando-lhe o seu desinteresse em prosseguir explorando a concessão.

E' de se ponderar, ainda, que os bens do acervo tem seu valor condicionado ao uso do serviço público, isto é, valem na medida em que são empregados na exploração do serviço concedido. Dessa forma, exceção feita aos imóveis, perdem o seu valor econômico se desvinculados do uso que lhes vem sendo dado. E, por outro lado, só têm relevância econômica para a empresa que suceder à expropriada na exploração do serviço. No caso presente, sobreleva, ainda, o obsoletismo de grande parte dos equipamentos, face às novas técnicas, mais produtivas e economicamente mais rentáveis, de produção do gás para fins domésticos, notadamente a adoção do sistema de craqueamento da nafta, que torna praticamente inservíveis muitos dos componentes do acervo. Dessa forma, mesmo para a continuidade do serviço, muitos dos bens perderam quase que completamente o seu valor. Nenhuma fábrica de gás que se instalasse hoje teria interesse na sua aquisição. Assim sendo, o seu pagamento pelo custo de aquisição atualizado já é uma generosidade.

Os privilégios de que goza a concessionária de um serviço público, como o monopólio ou exclusividade (não se argumente com a concorrência do gás liquefeito de petróleo que é muito recente face ao quase século de exploração do gás canalizado), a isenção de impostos, a clientela certa e em constante expansão (não cresceu mais por desinteresse da concessionária), o uso gratuito das vias e logradouros públicos, o poder de desapropriar e outros mais, tornam a sua situação substancialmente diversa da enfrentada por uma empresa que atue no mercado competitivo, correndo os riscos inerentes ao mesmo. Em consequência, os critérios adotados para a indenização dos seus bens, quando da reversão ao Poder Público, não podem ser os mesmos usados nas desapropriações dos pertencentes às empresas que operam no regime da livre concorrência. Mesmo porque, como contra-partida dos inúmeros privilégios, sofre a concessionária a limitação dos seus lucros, limitação essa que se opera não só na fixação das tarifas mas, também, na oportunidade da reversão dos bens do acervo.

Por todas essas razões e as demais muito bem relacionadas no notável trabalho da perícia oficial é que acolho o critério do custo histórico atualizado para a fixação da indenização a ser paga à expropriada. Aliás, como já se disse, é esse o critério modernamente adotado na legislação, na doutrina e na jurisprudência, para as desapropriações da natureza da presente.

Evidentemente que, no custo original atualizado devem ser abatidas as reservas para depreciação e outras acumuladas pela concessionária, também devidamente corrigidas monetariamente.

Pretende a autora que seja deduzida da indenização a importância referente aos encargos trabalhistas que assumiu e pelos quais estava obrigada a concessionária. Entretanto, como bem esclarecido na perícia oficial, essa adoção só se justificaria no caso de indenização pelo custo de reprodução. Face ao critério adotado, do custo histórico, só são dedutíveis as reservas constituídas — o que não é o caso dos encargos trabalhistas — e cobradas do consumidor através da tarifa. Nessa hipótese, se o fundo foi constituído às custas do consumidor, por incluído no preço da tarifa, e embolsado pela concessionária, exime-se o Poder Concedente de pagá-lo, devendo-se deduzí-lo do valor da indenização. Entretanto,

se essa reserva não foi formada, ou não o foi a cargo do consumidor, ou, ainda, não foi embolsada pela concessionária, não há porque deduzi-la da indenização.

Igualmente não merece acolhida o reparo feito pelo assistente da ré, no sentido de que, adotado o critério do custo histórico, deveriam ser abatidos os prejuizos e lucros cessantes apurados em levantamentos contábeis. Em primeiro lugar, esse levantamento é apenas parcial, não abrangendo todo o período da concessão. Em segundo lugar, é estranho falar-se em prejuízo depois de 1960, quando a concessionária passou a operar em regime de tarifa pelo custo. Mas derradeiro, é pouco provável que uma empresa particular pudesse funcionar durante trinta anos (os balanços citados são de 1937 a 1967) em regime deficitário, sem chegar à insolvência, considerando-se, ademais, que não contava com qualquer subvenção governamental. E observe-se que, vencido o contrato em 1960, a concessionária interessou-se em prosseguir na exploração do serviço e, em 1964, habilitou-se em concorrência pública (foi o único candidato) para continuar com a concessão, o que faz crer que a mesma não lhe era tão desinteressante como agora alega.

Em conclusão, pois, a justa indenização a ser paga à expropriada é a constante do laudo oficial e corresponde ao custo histórico do acervo, corrigido monetariamentne, deduzidas as reservas de depreciação, igualmente corrigidas.

Isto posto, ante o que acima foi dito e o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a ação, para declarar incorporado ao patrimônio da expropriante o acervo da Companhia Paulista de Serviços de Gás (ex "The San Paulo Gas Co. Ltd."), objeto da presente, mediante o pagamento da indenização de Cr$28.449.767,15 (vinte e oito milhões, quatrocentos e quarenta e nove mil, setecentos e sessenta e sete cruzeiros e quinze centavos), referente à atualização do custo histórico até 31-10-67, a qual será acrescida de juros compensatórios contados da prévia imissão de posse e incidentes sobre a diferença entre o depósito inicial e a indenização ora fixada, despesas processuais, inclusive os salários dos diversos peritos que funcionaram no feito e honorários de advogado que, respeitando o mínimo estabelecido no novo Código de Processo Civil, fixo em 10% do valor da indenização. A correção monetária deverá ser atualizada até o efetivo pagamento, excluida a parcela correspondente ao depósito já efetuado.

Custas na forma da lei.

Subam os autos ao Egrégio Segundo Tribunal de Alçada Civil em obediência ao disposto no art. 475 do estatuto processual vigente.

Transitada em julgado e satisfeito o pagamento da indenização, a presente servirá de título hábil para a transcrição no registro imobiliário.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

São Paulo, 07 de fevereiro de 1974.

Newton Martins Costa — Juiz de Direito.

Mandado de Segurança — Impetração contra ato do Diretor do Departamento de Operação do Sistema Viário, DSV — "Writ" preventivo — Violação de direito em tese — Improcedência.

Sentença do MM. Juiz de Direito da Primeira Vara dos Feitos da Fazenda Municipal de São Paulo — Mandado de Segurança n.o 355/74 — Impetrante: Dagoberto Loureiro — Impetrado: Diretor do Departamento de Operação do Sistema Viário (DSV)

1 — O dr. DAGOBERTO LOUREIRO, advogado e em causa própria, com fundamento no artigo 153, §§ 21 e 22, da Constituição Federal, e na

Lei 1533/51, impetrou o presente mandado de segurança contra ato do Ilmo. Sr. DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE OPERAÇÃO DO SISTEMA VIÁRIO-DSV, da Prefeitura Municipal de São Paulo, alegando, em resumo, o seguinte:

— que o impetrado, pretendendo combater o estacionamento irregular de veículos, em especial na área central da cidade, preconizou, em entrevistas e jornais, várias medidas, tais como esvaziamento de pneus e a colocação de um papel adesivo no pára-brisas do veículo, este para impedir o infrator de deixar o local e possibilitar o guinchamento do carro;

— que, de fato, o impetrado baixou a final uma Portaria, a de n.o 15, publicada no Diário Oficial do Município de 25/07/74, onde autoriza e regulamenta a colocação de tais papéis adesivos nos pára-brisas de veículos estacionados irregularmente;

— que o item II da aludida Portaria prescreve: "uma vez lavrado o auto de infração para imposição de penalidade e colocado o papel nos pára-brisas, o veículo estará à disposição do DSV para a remoção, só podendo ser retirado do local pelo condutor ou proprietário com a autorização das autoridades encarregadas da operação, após a assinatura do auto de infração no lugar correspondente, o que implicará no reconhecimento do fato";

— que os agentes encarregados da vigilância do trânsito, com base nessa Portaria, vem agindo arbitrariamente, fazendo remover veículos até "estacionados em locais liberados, mesmo na presença dos proprietários, ainda que concordem com a multa imposta", como teria ocorrido conforme notícia de imprensa;

— que a ameaça de vigilância e de ilegalidade "paira igualmente sobre as cabeças de todos os proprietários de veículos em São Paulo", inclusive a do impetrante, que é dono de veículo marca DKW, placa CI-1636, mesmo porque na área central da cidade praticamente não há lugares onde se possa estacionar veículos, apesar da imperiosa necessidade do impetrante de frequentar dita área em razão de seus afazeres e trabalho;

— que aquelas medidas preconizadas pelo impetrado são ilegais, eis que o Código Nacional de Trânsito, em seu artigo 95, é taxativo na enunciação das sanções que podem ser impostas aos infratores, delas não constando a colocação dos tais adesivos ou do arrancamento de placas;

— que o arrancamento de placas fere o direito de propriedade, já que pertence ao proprietário do veículo, que por ela pagou preço certo;

— que, diante de tais ameaças, é justo o receio do impetrante de sofrer as arbitrariedades dos agentes do trânsito, mesmo porque entende legal a imposição da multa e mesmo do guinchamento como meios de coibir o estacionamento irregular, mas ilegal o uso dos tais adesivos ou o arrancamento de placas.

Assim, requereu o presente mandado, preventivo, contra ato do impetrado, consubstanciado "na Portaria n.o 15, de 24 de julho de 1974, para o efeito de não lhe ser arrancada a placa, sob pretexto algum", alvitrando a concessão da liminar.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 9/16.

Tendo em conta a possibilidade de prejuízo irreparável ao impetrante, foi concedida a liminar, nos termos do despacho de fls. 18, comunicando-se ao impetrado.

Vieram as informações como se vê de fls. 21/25, acompanhada de um exemplar do adesivo mencionado na inicial e na Portaria n.o 15/74; nelas, alegou, em síntese, o impetrado, explicando como se opera a remoção dos veículos estacionados em lugares proibidos, que a remoção é ato legal (artigo 95, "e", do Código Nacional do Trânsito); ademais, a colocação do adesivo é simples ato complementar à verificação de infração, e o reconhecimento do fato-infração "é a mais elementar obrigação que se impõe ao infrator"; que o impetrante não demonstrou o seu direito líquido e certo, e contra a norma em tese não cabe a segurança pretendida; que, quanto à retirada de placas, não foi ela prevista na Portaria n.o 15.

Veio à lide, como litisconsorte e assistente, a PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, alegando, em resumo, o seguinte:

— que o "selo adesivo" mencionado na Portaria n.o 15/74 é "nada mais do que mera exteriorização da chamada do guincho pela fiscalização de trânsito", não passando de "uma modalidade de remoção, algo, assim, como remoção ficta", valendo notar que o guinchamento está previsto no Código de Trânsito;

— que o impetrante não demonstrou, cabalmente e de plano, a existência de um ato constitutivo da citada ameaça por ele temida, no que se refere ao arrancamento de placas;

— que o pretendido pelo impetrante é tão desarrazoado que a ele deveriam ser impostas as sanções previstas no artigo 16 do C.P.C., ou, no mínimo, a condenação em honorários de advogado (fls. 28/35).

Trouxe a Prefeitura dos documentos de fls. 36/44.

Opinou o M. Público, entendendo como justo o receio do impetrante, em tese, contra o fato de vir a encontrar, em seu veículo, o selo adesivo colado no pára-brisas, cabível a medida, e não lide temerária como pretendida pela litisconsorte; quanto à legalidade da Portaria n.o 15/74, entendeu-a o ilustre representante do Ministério Público como legal e regular; isto porque, permitida a remoção do veículo, no Código Nacional de Trânsito, não se trata a colocação do adesivo de penalidade em si mesma, pois já pressupõe a aplicação da pena de remoção; trata-se, isto sim, de medida visando à correta identificação do veículo, e, mais, "garantia de regularidade da remoção do veículo"; assim, "constatada a infração e lavrado o auto respectivo o veículo está à disposição das autoridades administrativas para remoção", ou seja, colado o selo no pára-brisas, é como se o veículo já estivesse apreendido, respondendo, obviamente, a autoridade, pelos eventuais danos causados durante a remoção. Entendeu, assim, ser improcedente o pedido (fls. 46/49).

ASSIM RELATADOS,
DECIDO:

2 — Não constando dos autos tenha o impetrante sofrido qualquer penalidade por infração às normas de trânsito, tem-se como acertado o pedido de segurança preventiva.

Tem o impetrante justo receio de sofrer violação, em tese, a seu direito alegado. É que provou, de plano, ser motorista e proprietário de veículo; entendendo ameaçado o seu direito de, ao violar o regulamento de trânsito que proíbe de estacionar em determinados locais o seu veículo, ver-se punido de forma ilegal e não prevista na lei, impetrou segurança para que as medidas punitivas, declaradas ilegais, não o atingissem; assim, não se insurgiu contra a lei em tese, mas contra a real ameaça que entende existente na sua aplicação, caso venha a infringir o regulamento de trânsito. Daí o cabimento da ação, sob a forma preventiva, como aliás, prevista no artigo 1.o da Lei 1533/51.

Ainda preliminarmente, de se ver que todas as considerações em torno do hipotético arrancamento de placas, mencionado na inicial, não tem o menor cabimento, já que o impetrado não fez constar da Portaria n.o 15/74 tal "sanção", e ela, ao que consta, não foi aplicada ao impetrante. Fica afastada a questão, pois, desde logo.

O cerne da questão — disciplinamento do trânsito nas grandes cidades como São Paulo — merece algumas considerações preliminares. É do conhecimento geral a dificuldade que têm as autoridades em coibir os abusos quanto ao uso do automóvel: questões das mais complexas se depararam a elas no que concerne a estruturas viárias obsoletas, legislação insuficiente, falta de meios materiais e de racionalização e planejamento, e sobretudo o despreparo da população em geral para o convívio num sociedade altamente motorizada. Todavia, de uns anos a esta parte, embora com um atraso longo e desencorajador, vem a cidade se beneficiando, a final, de medidas concretas destinadas à substancial melhora do fluxo de trânsito na área metropolitana; tais são a construção do METRÔ, de grandes avenidas, do anel rodoviário, de vias

expressas, instalação de sinalização moderna e abundante, etc. Mas o que muito poucos têm notado é a sutil e gradativa mudança de mentalidade das autoridades responsáveis pelo trânsito, com positivos reflexos na atitude da população: gradual e firmemente vem-se impondo, principalmente aqui em São Paulo, a idéia fundamental de que o trânsito é um problema sério, que atinge a todos sem distinção, e que portanto merece atenção prioritária. Nessa mesma ordem de idéias, têm entendido as autoridades responsáveis, e o povo também, que o automóvel é veículo de transporte nitidamente individual; logo, dada a dificuldade de locomoção numa área altamente congestionada como é o grande centro da cidade, deve, ali, o automóvel ceder o espaço que ocupa a veículos de transporte de maior eficiência. Outrossim, imposições conjunturais de ordem econômica — como, por exemplo, a crise do petróleo — estão a exigir concessão de absoluta prioridade aos veículos de transporte mais eficiente, isto é, aos coletivos, em detrimento dos automóveis. Assim, é irretorquível a lógica das medidas tomadas pela autoridade quando procuram desestimular o uso de veículos individuais, em favor dos coletivos. Por isso, paulatinamente vem sendo restringido o uso de automóveis no centro da cidade, seja com imposição de horários, seja com proibição de estacionamento em áreas cada vez maiores. Todavia, como é compreensível, a resistência a tais medidas existe de forma ponderável, eis que muitos interesses individuais se vêem ameaçados. Dessas atitudes de resistência, uma das mais egoístas e insensatas é a dos motoristas que, tal crianças mimadas, não se conformam em não poder estacionar o seu veículo — muitas vezes durante o dia inteiro — em frente ao seu local de trabalho ou lazer: tomam como direito seu, individual, o de estacionar seu veículo o mais próximo possível de onde estão, sentindo-se esbulhados quando uma autoridade qualquer pretenda, em benefício da coletividade, melhor e mais eficientemente, dar uso mais racional aos espaços e ruas atravancados de veículos estacionados. E é então que se chega ao pretendido aqui, pelo impetrante.

De fato. A pretensão deduzida é exatamente o grito anacrônico de um individualismo já superado: no fundo, pretende o impetrante que as coisas fiquem como estão, podendo os motoristas estacionar onde bem entenderem os seus veículos, pagando, de vez em quando, multas por estacionamento em local proibido, que sempre terão valor inferior ao custo dos estacionamentos pagos!

Feita essa digressão, de se examinar o pedido. O impetrante fundamenta sua pretensão com duplo argumento: a) a aplicação das medidas preconizadas na Portaria n.o 15/74, do DSV, possibilita arbitrariedades dos agentes fiscalizadores do trânsito e até ocorrência de danos aos veículos fiscalizados; b) a aplicação do "selo adesivo" é penalidade não prevista no Código de Trânsito e, por isso, ilegal.

Quanto à primeira alegação nenhuma procedência tem. É que em toda aplicação de lei existe em potencial a arbitrariedade; cada uma dessas arbitrariedades, à evidência, pode ser combatida pelos meios próprios, principalmente perante o Judiciário. Se na remoção de veículo, estacionado em lugar não permitido, houver dano ao veículo removido, é evidente que o responsável responde pelo dano; se houve guinchamento de veículo por estacionamento, não houve infração; e assim por diante. Logo, a execução das medidas previstas na referida Portaria 15/74 deve ser regular. Finalmente, quanto a esse argumento do impetrante, deve ficar assentado que nenhuma irregularidade concreta foi por ele apontada, pelo que improcede a alegação.

Quanto à aplicação do "selo adesivo", verifica-se, desde logo, como se argumentou nestes autos, não se tratar de "penalidade", mas de simples ato de execução. A penalidade para o estacionamento em local proibido é a imposição de multa e guinchamento do veículo (artigo 95, "e", Código Nacional de Trânsito). Assim, quando o agente fiscalizador pilhar um veículo estacionado em lugar proibido, lavrará o auto de infração e providenciará a remoção do veículo; então, quer para instrução dos encarregados do guincho, quer para identificação correta do veículo, colará no pára-brisa do

veículo o tal selo adesivo, (item I, da Portaria — fls. 12). Logo, o veículo, assinalado dessa forma porque já lavrado o auto de infração, ficará à disposição do DSV para a remoção; assim, a liberação dependerá ou da assinatura do auto de infração pelo responsável pelo veículo ou da satisfação das formalidades legais quando já removido o veículo. No primeiro caso, a assinatura do auto de infração pelo responsável pelo veículo "implicará no reconhecimento do fato"; isto significa que o responsável pelo veículo deve aceitar o fato de que está sujeito à penalidade descrita no auto de infração, e de que está ciente do mesmo. Tal não impedirá, evidentemente, a interposição de recurso pelo interessado, como previsto no artigo 216 e seguintes do Regulamento do Código Nacional de Trânsito (Decreto Federal 62.127/68 e Decreto-Lei 237/67), isto é, o "reconhecimento do fato" mencionado na Portaria 15/74 não significa admissão da infração ou confissão. Quando removido o veículo, o mesmo princípio se aplica.

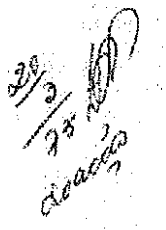
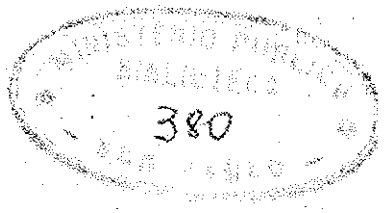
Logo, é de se ver que o selo adesivo é colocado no pára-brisa do veículo em infração com duplo objetivo: identificá-lo como veículo autuado, e impedir que o proprietário ou responsável retire-o do local sem autorização "das autoridades encarregadas da operação" (isto é, dos oficiais que dirijam as operações, como informou o impetrado a fls. 21). Trata-se, portanto, a colocação do selo adesivo, em mero ato de execução, nos casos em que é prevista a penalidade de guinchamento do veículo. Não há, pois, qualquer ilegalidade no uso previsto de tal "selo", mesmo porque sua colocação no pára-brisas não acarreta qualquer dano ao veículo, já que removível com um líquido especial (ou, até, como já se comentou, com a aplicação do refrigerante "Coca-Cola").

Daí porque improcede o pedido.

3 — À vista do exposto, JULGO IMPROCEDENTE o presente pedido de segurança, cassada a liminar concedida.

Em conseqüência, arcará o impetrante com as custas do processo e, face à sucumbência (artigo 20, CPC) pagará também honorários de advogados do impetrado, que, simbolicamente e atendendo ao disposto no artigo 20, § 4.o, do CPC, é fixo em Cr$... 200,00 (duzentos cruzeiros).

R.I. e comunique-se.

São Paulo, 23 de setembro de 1974.

ARNALDO TEIXEIRA MENDES
JUIZ DE DIREITO