



PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO  
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO



*Nem a Chefia do Executivo, nem seus auxiliares diretos, nem os técnicos que desempenham as mais diversas tarefas e atividades na administração pública receberam formação técnico-jurídica que lhes permita conhecer as regras jurídicas que, no chamado Estado de Direito, enquadram seu trabalho. Quem deve, pois, assessorá-los com tais informações? Uma resposta se impõe vigorosamente: cabe ao advogado do Poder público desempenhar esta tarefa!*

# Revista de Direito

da Procuradoria-Geral do  
Município do Rio de Janeiro

PGM – 10 ANOS  
UMA DÉCADA  
DE ADVOCACIA PÚBLICA



ANO I – NÚMERO 1 – 1997





# Revista de Direito

da Procuradoria-Geral do  
Município do Rio de Janeiro

PGM 10 ANOS

---

UMA DÉCADA DE ADVOCACIA PÚBLICA

# Revista de Direito

da Procuradoria-Geral do  
Município do Rio de Janeiro

## PGM 10 ANOS

UMA DÉCADA DE ADVOCACIA PÚBLICA

**CENTRO DE ESTUDOS DA PGM**

|       |                |     |     |           |      |
|-------|----------------|-----|-----|-----------|------|
| RDPGM | Rio de Janeiro | v.1 | n.1 | p.1 a 128 | 1997 |
|-------|----------------|-----|-----|-----------|------|



**PREFEITURA DA CIDADE  
DO RIO DE JANEIRO**

Prefeito  
LUIZ PAULO FERNANDEZ CONDE  
Vice-Prefeito  
EIDER DANTAS

**PROCURADORIA-GERAL  
DO MUNICÍPIO**

Procurador-Geral  
ALEXANDRE NERY BRANDÃO  
Subprocurador-Geral  
ANDRÉ HERMANY TOSTES  
Procuradora-Chefe de Gabinete  
MARGARIDA MARIA VIEIRA  
PINTO GOMES CASTRO

**CENTRO DE ESTUDOS DA  
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO**

Procurador-Diretor  
DENIS BORGES BARBOSA  
Diretora do Departamento de Documentação  
REGINA LÚCIA SOUZA MIRANDELA

**COORDENAÇÃO EDITORIAL**

Procuradora  
VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE

*Revisão de texto e normatização:  
Departamento de Documentação  
do Centro de Estudos da PGM*

*Planejamento gráfico  
e composição do miolo  
Miguel Gahiosk - PG/ACS*

Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro.-v.1- , 1997-  
Rio de Janeiro: Centro de Estudos, 1997

Anual

1. Direito – Periódico. 2. Parecer – Periódico. 3. Jurisprudência – Periódico. I. Procuradoria Geral do Município.

CDU 340.05  
CDD 34 (05)

## Sumário

- 11 ..... Apresentação
- 13 - 28 ..... Uma nova concepção para a advocacia pública no Brasil: a atuação da Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro no período de 1993-1996 – Sonia Rabello de Castro
- 29 - 45 ..... A imunidade tributária e os fundos de pensão – Fernando dos Santos Dionísio
- 47 - 72 ..... Gratificação de desempenho fazendário previsto na Lei Municipal nº 1.933 de 29 de dezembro de 1992, como aplicada pelo Decreto nº 12.335, de 15 de outubro de 1993. Legalidade do Decreto em face à norma de autorização. – Denis Borges Barbosa – Parecer PG/GAB nº 1/97
- 73 - 85 ..... Constitucional, Processual Constitucional e Previdenciário. §2º, do art. 202, da CF. Compensação financeira entre os diferentes sistemas previdenciários. Norma de eficácia contida. Necessidade de fixação de critérios pelo ordenamento infraconstitucional. Leis Federais nº 8.212 e 8.213, do ano de 1991, que não atenderam a esta finalidade. Art. 59, do ADCT. Esgotamento do prazo constitucionalmente fixado para a aprovação da lei. Omissão inconstitucional caracterizada. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Cabimento em tese. Art. 103 e incisos da CF. Ilegitimidade atava do Município e de suas autoridades para a causa que, de resto, não se recomendaria aforar em face das suas limitações práticas. Mandado de injunção. Art. 5º, LXXI, da CF.

Pressupostos para o ajuizamento presentes. Tratamento dispensado ao instituto pelo Supremo Tribunal Federal. Construção e evolução pretorianas que sinalizam com a possibilidade, ainda que restrita, de obtenção de efeitos concretos capazes de compelir as autoridades impetradas a suprir a lacuna legislativa. Precedentes da Corte Suprema. – Arlindo Daibert Neto – Parecer PG/PPE nº36/96

- 87 - 94 ..... Constitucional e Administrativo. Magistério público. Aposentadoria. Contagem recíproca de tempos de exercício de funções dentro e fora do magistério. – Cristina Galvão D' Andréa Ferreira – Parecer PG/GAB nº 2/95
- 95 - 111 ..... Direito Processual Civil. Ação rescisória. Demora na citação. Inexistência de culpa do autor. Decadência não configurada. Direito Administrativo. Lei que altera cálculo de gratificação. Posicionamento jurisprudencial acerca da ocorrência da prescrição do fundo do direito. – Martinho Neves Miranda – Parecer PG/PPE nº 20/96
- 113 - 120 .... Veto parcial. Devolução dos vetos apostos para reapreciação pelo Executivo. Impossibilidade. Processo legislativo. Função do veto. Inteligência do art. 66 § 2º da CF. Interpretação evolutiva. – Vanice Regina Lírio do Valle – Parecer PG/PSE nº 36/92
- 121 - 124 .... Tribunal de Contas - Diligência - Contas de luz, gás e telefone mediante empenho - Prorrogação tácita do comodato anterior - Desnecessidade de termo de ajuste. – Prisce Maria S. F. Torres Barbosa – Estudo jurídico PG/PCG/7ª AJU nº 31/96
- 125 - 127 .... Apêndice – Relação dos Procuradores do Município

## Apresentação

*Dez anos de funcionamento de uma Instituição dedicada ao exercício da advocacia pública na Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro é acontecimento que não pode passar sem um registro de memória dos desafios enfrentados ao longo desse tempo. Mais ainda, é esse mesmo decênio que forja um conceito de exercício da advocacia pública em uma Cidade dinâmica e em constante desenvolvimento e crescimento como o Rio.*

*Reúnem-se, nesta edição da Revista, alguns exemplos dessa caminhada de aprendizado, empreendida pela Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro nessa década. O objetivo principal é, com essa divulgação, dividir essas experiências com colegas advogados públicos, membros da comunidade jurídica em geral, e mesmo com os munícipes, que como nós, são objeto da atuação desse Poder Público, nosso cliente.*

# *Uma nova concepção para a advocacia pública no Brasil*

*A atuação da Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro no período 1993 -1996.*

SONIA RABELLO DE CASTRO  
PROCURADORA DO MUNICÍPIO

---

## INTRODUÇÃO

Em nosso país, o serviço exercido pelo advogado dos entes políticos (União, Estados e Municípios) está dentre as funções mais tradicionais desempenhadas por agentes públicos; por esse motivo, merece uma reflexão sobre o papel que desempenha na máquina estatal e sua missão funcional.

A União, os Estados e os Municípios, como sabemos, são pessoas jurídicas que, no mundo do Direito, detêm direitos e obrigações. Todavia, sua especificidade como pessoas jurídicas de direito público faz com que transcendam essa dimensão e possuam um complexo maior de “direitos especiais”, tecnicamente chamados de **competências**. Essas **competências** formam um sistema especial e específico de regras e normas que balizam e norteiam a atividade dos administradores públicos. Este sistema de normas é, por outro lado, a garantia que têm os administrados de que as políticas públicas serão desenvolvidas segundo o princípio da legalidade, diretiva basilar do Estado de Direito.

Ora, nem a Chefia do Executivo, nem seus auxiliares diretos, nem os técnicos que desempenham as mais diversas tarefas e atividades na administração pública receberam formação técnico-jurídica que lhes permita conhecer as regras jurídicas que, no chamado Estado de Direito, enquadram seu trabalho. Quem deve, pois, assessorá-los com tais informações? Uma resposta se impõe vigorosamente: cabe ao **advogado do Poder público** desempenhar esta tarefa!

Com efeito, o sistema jurídico permeia toda a Administração Pública, formando assim uma *capilaridade sistêmica* através dela, o que exige, no âmbito da Administração, uma certa padronização de procedimentos, bem como uma troca mais intensa de informações sobre as atividades e programas que estão sendo desenvolvidos.

É verdade que, devido às dimensões do Poder Executivo e sua variedade tentacular de órgãos e estruturas, muitas vezes a Administração age, nos seus diversos setores, de forma autônoma e isolada, perdendo a visão global das políticas públicas desenvolvidas. Uma das funções que os denominados órgãos-meio podem desempenhar é justamente preencher essa capilaridade dentro da Administração Pública, ao menos no tocante aos procedimentos, informando sobre os diversos programas e experiências desenvolvidas.

Tal concepção sistêmica norteou a conduta da Procuradoria Geral do Município, órgão-meio que, em sua atuação, mantém contato com *todos os órgãos da Administração Municipal*.

## 1. A CONSULTORIA JURÍDICA

A lei que organiza a profissão do advogado (lei 8906/94) reserva ao profissional do direito dois campos bem específicos de trabalho: a atuação judicial, consubstanciada no trabalho junto aos órgãos do Poder Judiciário, e a atuação de consultoria, ou seja, o aconselhamento técnico preventivo, seja qual for a sua forma.

Qual tem sido, no entanto, o espectro de atuação e da função da Advocacia Pública no Brasil?

Em nosso país, a Advocacia Pública é costumeiramente organizada sob a forma de “Procuradorias”, órgãos integrantes da administração pública direta, cuja atuação preponderante e dominante tem sido a da representação judicial do ente público. Podemos mesmo afirmar que na maioria das procuradorias públicas a tarefa da consultoria não é por ela desempenhada, sendo freqüentemente atribuída a profissionais do Direito não integrantes das equipes concursadas de procuradores.

A **responsabilidade direta pela consultoria jurídica** no âmbito de toda a administração pública direta do Município do Rio de Janeiro foi talvez o passo de maior modernização administrativa dado na gestão governamental de 93/96. A Procuradoria-Geral do Município, a partir do ano de 1993, disponibilizou procuradores, já experientes na atuação judicial, para organizarem e implementarem, de forma sistêmica, o aconselhamento jurídico a todos os planos, projetos, ações governamentais.

A atuação do procurador (advogado público) nesta área de consultoria jurídica, (também chamada de assessoria jurídica) viabilizou dois aspectos fundamentais para o desenvolvimento da Administração Pública no Município:

1º - Permitiu que o Poder Executivo desenvolvesse suas políticas públicas dentro dos parâmetros jurídicos instituídos, diminuindo assim os desvios que acarretavam perdas patrimoniais para o Estado.

Os administradores públicos possuem ampla margem de decisão no que concerne à definição e execução das políticas públicas. O administrador público desenvolve suas atividades e serviços **conforme a lei**; porém a lei não pode nem deve prever, concretamente, as mais diversas formas, casos e hipóteses de atos e atividades do administrador público. Não se pode mais dizer, como afirmava o mestre Seabra Fagundes, que “administrar é aplicar a lei de ofício”; o amplo espectro de poderes e deveres de que hoje a Administração se incumba

leva-nos a afirmar que *administrar é desempenhar o ofício segundo a lei*. A escolha das políticas públicas encontra seus limites na chamada discricionariedade administrativa.

2º - A atividade de consultoria jurídica, desenvolvida diuturnamente próxima aos administradores públicos, permitiu também o salutar decréscimo dos conflitos com os administrados e, em consequência, a diminuição de lides judiciais.

## 1.2. ÁREAS DE ATUAÇÃO DA CONSULTORIA JURÍDICA

A efetiva atuação do advogado público junto à Administração permite não apenas que suas ações e atuações sejam consentâneas com o sistema jurídico, como também possibilita que a Administração reconheça os direitos dos administrados independentemente de provocação destes junto aos órgãos do Poder Judiciário. Dessa forma, foi possível identificar vários níveis de atuação dos procuradores do Município que viabilizaram o equacionamento de uma infinidade de questões, sem precisar da interferência do Poder Judiciário. Destacamos, entre vários exemplos, as seguintes áreas:

### 1.2.1. ÁREA DE PESSOAL E ÁREA TRABALHISTA

A consultoria na área de pessoal, tanto relativa ao pessoal estatutário quanto ao trabalhista, seja da administração direta quanto das empresas, fez estancar um acentuado processo de desorientação de procedimentos e de perdas de recursos públicos.

No início da gestão governamental, traçou-se um programa de questões jurídicas que foram resolvidas por meio de estratégia traçada em três frentes:

por pareceres normativos, de forma a uniformizar os entendimentos e procedimentos jurídicos no âmbito da Administração municipal;

por ajuizamentos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, com o fim de expurgar da legislação municipal normas que feriam o sistema constitucional e geravam embaraços para a Administração;

por projetos de lei cujas edições viabilizaram o balizamento de direitos de forma impessoal e segura para o Poder público e para os particulares.

Verificou-se que, com a decisão política de implementar essas orientações jurídicas por intermédio da Secretaria de Administração, houve um significativo decréscimo de ações judiciais contra a Prefeitura. É de se destacar também a decisiva atuação da procuradoria trabalhista na condução de **todos** os acordos e dissídios coletivos, ao longo de quatro anos consecutivos, relativos a empresas municipais, o que trouxe uma uniformidade na sua condução, permitindo uma discussão impessoal de suas cláusulas e inestimáveis vitórias judiciais nos dissídios ajuizados. De tal exaustivo labor resultou uma padronização de procedimentos e direitos para as empresas municipais nas áreas trabalhista e previdenciária.

### 1.2.2. ÁREA DE URBANISMO E MEIO AMBIENTE

Na área de urbanismo e meio ambiente também a consultoria jurídica teve especial destaque e desempenho.

Despiciendo dizer que este é assunto da maior relevância na atuação municipal, no exercício de suas competências públicas. Porém, o que tristemente se verifica é um atraso de mais de 50 anos no desenvolvimento da doutrina e do sistema jurídico nacional com relação a essa matéria. O país ainda não possui uma lei nacional de desenvolvimento urbano, conquanto haja projetos – já antigos – no Congresso Nacional. Importantes instrumentos urbanísticos criados pela Constituição Federal de 1988 ainda aguardam regulamentação por lei federal. Pode-se afirmar que é incipiente o direito urbanístico brasileiro diante das atuais exigências da reforma urbana.

Trabalhando contra esse atraso, a Procuradoria do Município participou diretamente de todos os grupos de revisão da legislação urbanística e ambiental: código de obras, lei de parcelamento, licenciamento e fiscalização, proteção ambiental, assim como de propostas de projetos de lei ou de decretos de conteúdo específicos.

Além disso, a Procuradoria atualizou por completo toda a consultoria em relação à matéria, posicionando-se e resolvendo questões jurídicas complexas concernentes a direito de construir, licenças edilícias, loteamentos irregulares, proteção ambiental e do patrimônio cultural, operações interligadas, negócios jurídicos urbanísticos e aplicações de institutos vários previstos no Plano Diretor do Município, como o de áreas de especial interesse urbanístico e áreas de especial interesse social. Vale ressaltar, ainda nesta área, a participação da PGM nos principais projetos desenvolvidos pelo setor da Habitação, seja no concernente a loteamentos irregulares, seja no projeto pioneiro chamado *Favela-Bairro*.

Ainda no âmbito da regularização dos assentamentos irregulares de baixa renda, problema social de tão notória magnitude na cidade do Rio de Janeiro, a PGM integra o GEAP (Grupo Executivo de Assentamentos Populares) viabilizando, através de pareceres, programas de assentamento, questões tributárias a eles concernentes, executivos fiscais, questões urbanísticas e fundiárias, desapropriações de interesse social, permutas de áreas, bem como questões contratuais relativas ao próprio desenvolvimento do programa, com negociações nas quais o banco parceiro do financiamento, o BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento), exigiu nosso *LEGAL ADVICE* por 2 ocasiões, como condição contratual.

Na área ambiental, diversas iniciativas podem ser destacadas, dentre elas a elaboração, em conjunto com a Secretaria Municipal de Meio Ambiente, de minuta de projeto de lei visando a regulamentação da legislação ambiental, a participação na Comissão do Regulamento de Impacto Ambiental e a elaboração do edital para contratação dos serviços de reassentamento para o Programa de Mapeamento Digital e Drenagem Urbana da Baía de Guanabara, co-financiado pelo BID.

### 1.2.3. ÁREA CONTRATUAL

Outra área de intensa atividade de consultoria foi a área contratual. Neste período governamental ocorreram significativas alterações na legislação nacional pertinente. Exigências ali contidas impuseram a oitiva das assessorias jurídicas em todos os contratos administrativos, como forma de controle. Foram também introduzidas mudanças profundas de procedimento, o que obrigou a elaboração de uma série de pareceres e minutas-padrão, notadamente os pareceres relativos a mudanças radicais trazidas pela aplicação dos planos econômicos, como o Plano Real.

Além do volume quantitativo de orientações jurídicas dadas nessa área, é importante frisar que a PGM também participou diretamente da concepção jurídica de grandes e inovadores contratos administrativos como foram aqueles concernentes à concessão da Linha Amarela, do VLT (Veículo Leve sobre Trilhos), do Teleporto, dos estacionamentos públicos, das licitações de linhas de transportes coletivos, das contratações de bancos para pagamento de servidor público, da licitação e contratação para lançamento de títulos da dívida municipal no exterior, da modelagem das contratações feitas pela Rio-Filmes, do contrato da Fórmula Indy, enfim, de todas as licitações e contratações feitas pela Administração direta. Para tanto, foi implementada a necessária padronização de entendimento acerca dos institutos jurídicos concernentes a licitações e contratos.

Inúmeros seriam os exemplos de destaque no trabalho de consultoria e assessoria jurídica nos quais a PGM participou e colaborou diretamente, porquanto a política governamental elegeu como uma de suas diretrizes básicas o controle prévio de suas ações e atividades por meio da audiência aos órgãos que chamou "*órgãos de defesa do Estado*": a Procuradoria-Geral e a Controladoria Geral do Município.

Constatou-se ao longo deste processo que, na atividade do advogado público, a consultoria (assessoria jurídica prévia) é indissociável da atividade do contencioso e que ambas devem ser

executadas através de um único corpo funcional, cujo nível de atuação seja tecnicamente o mesmo, subordinados à mesma autoridade técnico-funcional.

**Realizou-se então o conceito de advocacia pública em sua acepção mais ampla e moderna, que não prescinde da atuação do procurador na prevenção do conflito, na indicação de procedimentos administrativos e na formulação das políticas públicas.** Em verdade, não há como se furtar à responsabilidade e ao dever legal da prestação prévia do assessoramento jurídico pelo mesmo corpo funcional, que tem a responsabilidade e o dever legal de defendê-lo em Juízo.

Para finalizar, no que se refere à consultoria, deve-se mencionar a decisão institucional da PGM de colocar absolutamente em dia a resposta a todas as consultas formuladas ao seu corpo técnico. Essa meta alcançada, por mais banal que possa parecer à primeira vista, recorda-nos da notória crença social de que a Administração Pública, em todos os níveis e em todas as áreas, não tem qualquer comprometimento com **prazos de respostas** às indagações que lhe são feitas. Poder-se-ia mesmo dizer que a falta de resposta, ou a resposta tardia (e portanto inservível), é a regra na Administração Pública! Assim, o fato de um órgão jurídico, que responde a mais de quinhentas consultas por ano por escrito, ter cumprido noventa e cinco por cento delas em seus prazos regulamentares representou um enorme passo, não apenas de modernização administrativa, como também de mudança cultural de comportamento e de procedimento.

## 2. ATIVIDADE CONTENCIOSA E MODERNIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

Conquanto seja tradicional, deve-se ressaltar a intensa atividade contenciosa desenvolvida pela PGM nestes quatro anos. Procurou-se dar transparência e impessoalidade no trato do processo judicial por meio de dois projetos básicos:

- a) O cadastramento e conhecimento de todos os feitos judiciais da Prefeitura através de sistema de informática em rede;
- b) A elaboração de relatórios mensais e individuais de trabalho de cada procurador, com a discussão de casos significativos não só na procuradoria especializada, como também junto ao Gabinete-Geral da PGM, para definição da condução a ser dada em processos de relevante interesse do Município.

Com essas medidas, procurou-se ter informações gerenciais básicas, indispensáveis para a tomada de decisões administrativas e políticas na condução de assuntos pertinentes a todo o Município: como definir a política tributária sem o conhecimento do resultado do contencioso fiscal produzido na Justiça? Como planejar a política urbanística na ignorância das decisões Judiciais pertinentes? Traçar-se-ia a política de serviços públicos e suas concessões, aí compreendido, por exemplo, os serviços de ônibus, sem considerar a experiência da causas judiciais?

Enfim, parece elementar que as causas judiciais em que o Município é parte devem servir e alimentar fundamentalmente uma reflexão sobre os procedimentos e decisões administrativas de molde a aperfeiçoá-los. Todavia, é também evidente que, para tal ocorrer, o acervo judicial deve ser conhecido de forma sistemática, para que possa ser analisado e revelado com transparência às autoridades públicas por ele responsáveis.

O programa de informatização dos acervos judiciais das Procuradorias especializadas foi mais uma meta institucional que se pode considerar realizada, após quatro anos de investimentos, não só em equipamentos, como também em mudanças de métodos e rotinas de trabalho organizacional/administrativo, elaboração e testes de programas, cadastramentos. Em função da informatização, racionalizou-se o trabalho de parte dos funcionários de apoio administrativo, bem como dos procuradores, proporcionando o conhecimento qualitativo e quantitativo de seus acervos, antes conhecido apenas de forma "virtual".

O acervo judicial da PGM reflete, em alguma medida, os programas, atividades e políticas públicas desenvolvidos pelo Executivo municipal.

Uma atividade governamental criteriosa, por exemplo, nas áreas trabalhista e de pessoal, corresponde a um decréscimo paulatino de processos judiciais dessa matéria, como de fato aconteceu. É de se ressaltar que foram vitoriosas várias teses nesta área, mormente aquelas relativas às nulidades de contratações ou admissões no serviço público sem concurso, os dissídios coletivos, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADINs) de várias leis ou de dispositivos da Lei Orgânica Municipal em matéria do estatuto dos servidores públicos. Com a propositura dessas ADINs, a Administração Municipal pôde ter um quadro bastante mais claro e preciso quanto aos dispositivos vigentes e aplicáveis em matéria de pessoal.

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram destaque não apenas na matéria de pessoal. Também em matéria de organização administrativa, serviços públicos em geral, direitos e responsabilidade político-administrativa, houve a propositura de dezenas de ADINs, de resultado vitorioso, que visavam recuperar os princípios constitucionais de harmonia e separação entre os poderes, o princípio da reserva de iniciativa de leis do Executivo nas hipóteses constitucionalmente previstas e de impedimento de emendas que acarretem aumento de despesa. Todos esses procedimentos judiciais contribuíram para tornar mais claro o quadro legislativo municipal em vigor.

A atuação contenciosa da PGM foi também fundamental para possibilitar a continuidade de vários projetos governamentais, ou para desembaraçá-los de impedimentos trazidos por decisões liminares havidas em Mandados de Segurança, Ações Civas Públicas, Ações Populares, Ações cautelares e ordinárias. Assim foi no casos dos projetos: Rio-Cidade, Teleporto, Linha Amarela, tarifas de ônibus, terceirização de estacionamentos públicos, permissões de táxis, Conselhos Tutelares, políticas públicas relativas ao menor de rua, política e estatuto dos professores, inúmeros contratos de realização de obras públicas, política do disciplinamento do espaço público

para comércio ambulante, descentralização de pagamentos no sistema bancário. Para todos os casos exemplificados, e muitos outros, houve ações judiciais (em algumas delas, como no projeto da Linha Amarela, mais de duas dezenas) que exigiram muita agilidade, firmeza e mesmo obstinação, afora destreza técnica para superar e revogar decisões que por certo paralisariam por meses ou anos a continuidade desses projetos.

Vale destacar também as ações judiciais, vitoriosas, na área de recuperação do espaço urbano público, há anos tomado por inúmeras invasões. A recuperação do espaço urbano, seja motivada por interesse patrimonial e de liberação ao uso público, seja por motivo ambiental, foi objeto de longas batalhas judiciais, verdadeiras esgrimas de recursos processuais e de conceitos jurídicos. Foram emblemáticas as ações judiciais de desocupação da chamada Via Parque, da área do Canal de Marapendi, do Alto do Joá, do Tívoli Park e muitas outras. Nessa área, deve-se destacar também a desocupação administrativa de conjuntos habitacionais construídos pelo Município e a elaboração da minuta que deu origem ao decreto n.º 14.618/96, que regulamentou a instalação de guaritas e cancelas em logradouros públicos.

Foram significativas também as inúmeras defesas judiciais feitas nas ações civis públicas impetradas pelo Ministério Público, referentes à questão ambiental e, sobretudo, à questão do menor e do adolescente protegido pelo Estatuto do Criança e do Adolescente. Este assunto de alto interesse social teve, em igual proporção, o mesmo apelo na imprensa e na atuação de órgãos públicos fiscalizadores da lei que, no particular, procuravam por vezes não só fiscalizar, mas intervir nas políticas públicas municipais, para traçar-lhe as diretrizes de ações e de investimentos públicos através de processos e decisões judiciais.

Finalmente, merece especial destaque a atuação da PGM concernente às desapropriações de imóveis particulares necessárias a todos os projetos viários, de urbanização e de assentamentos populares, não apenas para o projeto da Linha Amarela, como também para a duplicação da Avenida Suburbana, para o Teleporto,

a Vila Operária Confiança e o programa Rio-Cidade. As desapropriações promovidas pela PGM neste período de governo ultrapassaram mais de um milhar, motivadas pelo compromisso de obter a imissão na posse pelo Município a tempo de as obras serem realizadas.

A partir de toda experiência acumulada em anos de laudos técnicos judiciais e em processos de desapropriação, foi instituída na PGM uma comissão especial de técnicos-peritos cuja função era de examinar e de aprovar os laudos de avaliação elaborados pela equipe técnica de avaliadores do departamento técnico da PGM. Todas as decisões de avaliação de imóveis foram estritamente técnicas, eis que a decisão final era tomada na esfera exclusiva da comissão de avaliação. Com laudos técnicos que realmente correspondiam ao preço do imóvel, conseguimos realizar amigavelmente mais de setenta por cento das desapropriações, restando para a propositura de ações judiciais todas as demais nas quais o acordo amigável não foi possível.

Esta metodologia de atuação nas desapropriações retrata a filosofia que embasou a atuação da PGM neste período, isto é, a coragem de assumir a responsabilidade pela indicação de procedimentos administrativos que visem evitar e dirimir conflitos com os administrados, reconhecendo os direitos que lhes são atribuíveis pela ordem jurídica vigente, prescindindo da chancela ou da intervenção do Poder Judiciário.

### 3. A DÍVIDA ATIVA

Foi iniciado pela Procuradoria um extenso trabalho de modernização da cobrança da Dívida Ativa do Município. A responsabilidade da PGM pelo executivo fiscal assume hoje uma posição estratégica em qualquer política governamental. Podemos dizer que praticamente todas as atividades de governo podem ter a sua eficácia comprometida caso o executivo fiscal funcione mal ou deixe de funcionar.

Porém, conseguir um funcionamento adequado da Dívida Ativa, em qualquer esfera de governo, é um desafio ainda não superado. Em nenhuma esfera de governo, podemos afirmar, ela opera a contento. Inúmeras são suas dificuldades, eis que recebe demanda de toda a Administração Pública para cobrança dos mais diversos créditos não pagos, tais como multas pelo exercício do poder de polícia exaradas por muitas secretarias e suas fiscalizações (multas essas nem sempre bem formadas), créditos de natureza diversas, taxas, emolumentos, bem como todos os créditos de impostos e multas de obrigações tributárias não pagas.

Isso faz com que a Dívida Ativa trabalhe com números extravagantes, (cerca de 250.000 inscrições de dívida a serem cobradas), em grande parte com informações imprecisas ou incorretas vindas da Administração Pública, para serem executadas junto a um outro Poder – o Poder Judiciário, cujo funcionamento independe por completo do Poder Executivo.

Não obstante todas essas dificuldades, a PGM assumiu a Dívida Ativa como seu projeto prioritário de modernização administrativa e iniciou um processo amplo de reorganização de seus serviços. Em primeiro lugar, solicitou-se ao Gabinete do Prefeito a implantação de mecanismos de segurança no seu sistema de informática. Foi também realizada auditoria no âmbito da especializada.

Conscientes do fato de que a Dívida Ativa, para o seu adequado funcionamento, necessita que o Município atualize o seu cadastro fiscal, foi realizado, em conjunto com a Secretaria Municipal de Fazenda, um trabalho de aperfeiçoamento do cadastro municipal por meio de remessa de ofícios ao Registro Geral de Imóveis, à Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, ao Registro Geral de Pessoas Jurídicas e ao Imposto de Renda.

Agora, em convênio com a empresa municipal de informática (IPLANRIO), iniciou o desenvolvimento de um novo sistema de processamento de dados mais compatível com suas necessidades.

Com isso, pretende-se empreender a melhoria substancial de seus serviços de executivo fiscal, sem o que toda a atividade de cobrança da administração municipal poderá perder a consistência.

Dos trabalhos desenvolvidos em conjunto com o IPLANRIO, podem ser destacados a elaboração do documento de arrecadação de receitas municipais (DARM); a implantação do sistema de informação que permite ao contribuinte acessar, por meio de terminal instalado na Procuradoria, o sistema de Dívida Ativa do Município, obtendo informações sobre débitos de IPTU e taxas; o aperfeiçoamento do sistema de envio de correspondência e elaboração de relatórios setorizados; e a implantação de sistema de informática para o pagamento de taxas em separado do IPTU, quando este estiver sendo discutido administrativamente ou por via judicial.

## CONCLUSÃO

A PGM esteve consciente de que era preciso que o Poder Público e, sobretudo, o Poder Executivo, assumisse suas responsabilidades decisórias, bem como, na medida do recomendável e do possível, reconhecesse os seus erros e os direitos de terceiros.

A tradição na atuação judicial das procuradorias que atendem o Poder público é a de nunca reconhecer a procedência de pedidos, nunca fazer acordos e recorrer de tudo e sempre, até a última instância e tribunal, independente de se examinar o mérito desse recurso. Com essa atitude, faz-se tábula rasa de sua capacidade e **de seu poder decisório**, colocando no colo do Poder Judiciário todo o trabalho e toda a responsabilidade por qualquer decisão. Com isso, a Administração Pública tem aberto mão de seu **poder de decidir, em detrimento do interesse público!**

Nestes quatro anos, procuramos reverter esta situação, desafogando o Poder Judiciário e valorizando a nossa atuação judicial pela qualidade de sua defesa; para que isso acontecesse, foi preciso abrir as portas para o reconhecimento de direitos na esfera administrativa e até judicial, abrir as portas para os acordos,

sobretudo na esfera trabalhista e contratual, bem como assumir e praticar a dispensa de recursos protelatórios, incabíveis ou incompatíveis com os Tribunais Superiores.

Por outro lado, também se instituiu na PGM a rotina de um acompanhamento sistemático de ações em curso nos Tribunais de Brasília: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho. Esse acompanhamento se realizou com a presença dos procuradores responsáveis pelos processos, não apenas em todos os julgamentos de importância, como também antes desses julgamentos, com a apresentação de memoriais e visitas técnicas aos Srs. Ministros e seus assessores, de modo a inteirá-los dos fatos e direitos de interesse do Município antes da formação de suas decisões.

Com essa política de presença constante junto aos Tribunais Superiores, a PGM conseguiu vitórias expressivas, revertendo decisões consolidadas nos Tribunais Regionais, como foi o caso do julgamento pelo STF da chamada Lei nº 1016, de grande repercussão financeira na área de pessoal da Prefeitura, bem como a reversão da cláusula de estabilidade nos dissídios coletivos da COMLURB e vários outros casos como Tívoli Park, Via Parque, Saco e Saquinho etc.

A presença de procuradores do Município junto aos Tribunais de Brasília não possibilitou somente um tratamento mais cuidadoso dos processos judiciais que lá tramitavam, como também aperfeiçoou o desempenho dos próprios procuradores, aproximando e levando aos Magistrados, de forma mais direta e pessoal, os problemas, as dificuldades e as esperanças do Município em relação a suas questões jurídicas.

Muitos outros destaques que representaram verdadeiros avanços poderiam ainda ser relatados, tais como o início de um treinamento mais intensivo e amplo, não só dirigido a procura-

dores, como também a funcionários que desempenham funções operacionais e técnicas, ou também a decisão de aquisição e implementação pelo Município de aquisição de imóvel para instalação definitiva da sede da PGM na Travessa do Ouvidor nº 4. Esses e muitos outros passos foram dados no sentido de se introduzir na Procuradoria-Geral do Município um processo de reflexão e modernização norteado por uma nova concepção de serviço público, compatível com a vontade e com a expectativa da população que o financia.

Foi vital para estes passos, vitoriosos, porém apenas introdutórios de um longo processo de mudança, a convicção, o trabalho, o apoio e a decisão política do Chefe do Executivo, do Prefeito Cesar Maia, sem o que nada seria possível de ser introduzido e implementado. Fazemos fé que seja este um caminho sem volta!

## *A imunidade tributária e os fundos de pensão*

FERNANDO DOS SANTOS DIONÍSIO  
PROCURADOR DO MUNICÍPIO

Para a sobrevivência do Estado Moderno, foi necessário que a Sociedade criasse um sistema todo estruturado que pudesse gerir os indispensáveis recursos para custear as funções estatais, e, o que é mais importante, essa parcela da cidadania deveria ser dividida de forma equânime entre todos os seus membros.

Lembre-se que, na época feudal, somente ao camponês é que era atribuída a obrigação de prover o sustento do Estado, pois os barões, donos das terras, em nada contribuíam para o custeio do Tesouro.

É certo que, ainda hoje, podemos estar longe da tão sonhada Justiça Fiscal. É certo, porém que muitos princípios de Justiça foram incorporados ao Direito, elevando-os inclusive ao texto da Carta Magna.

O princípio do tratamento isonômico e o da capacidade contributiva refletem o sentido maior que cabe a todos os membros da sociedade repartir, na justa medida de suas individuais capacidades econômicas, o custo da subsistência do Estado.

Embora caiba a todos contribuir para esses encargos, a Sociedade entendeu por bem excluir **certas e determinadas** pessoas, criando um **privilégio**, qual seja: a Imunidade Tributária. Temos os exemplos dos cultos religiosos, dos partidos políticos, das entidades sindicais dos trabalhadores.

Incluiu a Constituição Federal de 1988, como também já o fazia o Texto anterior, entre os beneficiários dessa **deferência especial** as “instituições de educação e de **assistência social, sem fins lucrativos**” (art. 150, VI, c).

No Brasil, durante as últimas décadas, surgiu, inspirado no modelo norte-americano, uma série de entidades de previdência privada, organizadas, inicialmente, pelas empresas estatais, cujo único objetivo é a complementação da aposentadoria de seus funcionários.

Como se sabe, a previdência oficial limita os ganhos de aposentadoria a um determinado teto máximo, o que implica dizer que o trabalhador, cuja remuneração mensal seja superior a esse teto, tem, ao se aposentar, reduzido o seu ganho mensal.

Apesar de não ser uma regra justa, é aplicável a qualquer trabalhador, seja, por exemplo, um autônomo (médico, advogado, engenheiro), os empregados de todas as empresas, os comerciantes, etc.

O chamado Fundo de Pensão o que faz: recebe da empresa patrocinadora e do próprio empregado uma contribuição mensal, a fim de que aquele empregado, ao se aposentar, venha a ter sua pensão complementada até o valor do salário que percebia quando na ativa.

Nada mais justo. A empresa e todos os seus empregados fazem uma **poupança** (o que chamam de reserva técnica) para que, ao término de sua vida laboral, estes últimos não vejam seus rendimentos reduzidos.

Essa poupança conjunta não difere da atitude adotada por qualquer cidadão, que, na medida das suas possibilidades, procura guardar parte do salário que recebe, fazendo aplicações financeiras, comprando imóveis para aluguel, comprando ações, em resumo, tentando ter uma velhice mais tranqüila.

Esse cidadão é um contribuinte como qualquer outro. O imóvel que adquiriu para alugar e lhe garantir uma renda é tributado pelo Imposto de Transmissão, na época da aquisição; pelo IPTU, anualmente; a renda do aluguel está sujeita ao Imposto de Renda. A mesma coisa se diria da aplicação financeira que fez ou das ações que adquiriu.

Os Fundos de Pensão, com o **único e específico objetivo de complementar o valor da aposentadoria de seus associados**, muito pelo contrário, entendem que estão imunes a qualquer taxaço, pois se colocam, ao ver deles, dentro do conceito de entidade de assistência social.

Em razão disso, vêm eles mantendo com os diversos entes federados uma série enorme de disputas judiciais, contratando renomados especialistas e chegando até mesmo a formar entidades de classe, como a Associação Brasileira de Entidades de Previdência Privada – ABRAPP.

Em recente brochura publicada por essa Associação, trazendo trabalhos de eminentes juristas, observa-se no Prefácio, de autoria de seu Presidente, o seguinte trecho:

*“Com a formação de reservas técnicas, pelo regime de capitalização, as entidades fechadas de previdência complementar transformaram-se na maior e mais estável fonte de recursos de longo prazo para financiamento de empreendimentos produtivos.”*

*De fato, a Revista Veja de 20 de novembro de 1991 (págs. 78 a 81), em reportagem intitulada Os Triggers da Pensão mostrava que “os fundos de pensão das estatais explodem com todo seu poder na privatização da Usiminas e da Mafersa”.*

Naquela época (1991), o patrimônio total desses fundos era de 16 bilhões de dólares, sendo hoje de aproximadamente 50 bilhões e estima-se, até o ano 2000, ser de 90 bilhões de dólares.

Como se verifica, o crescimento é assustador, principalmente por ter, nos últimos anos, adquirido diversas empresas, como é o caso da Perdigão, e participado com poder e entusiasmo dos leilões de privatização das próprias estatais que as criaram.

O seu investimento imobiliário é também invejável. Na Cidade do Rio de Janeiro, por exemplo, são proprietários de grandes shoppings, como o Barra Shopping; de imóveis nobres, locados a grandes empresas e às próprias empresas patrocinadoras, como o edifício da Avenida Rio Branco nº 1, o prédio do Teleporto, o prédio da Caemi, na Praia de Botafogo, o prédio da Vale do Rio Doce, o do supermercado Paes Mendonça da Barra da Tijuca; etc, etc, etc. Em São Paulo, estão construindo o maior empreendimento imobiliário da América Latina, constituído de shoppings, blocos de salas comerciais e hotel 5 estrelas.

Certamente a discussão é jurídica e não econômica. Entretanto, o panorama acima foi dado apenas com o intuito de bem delimitar do que se está aqui falando, isto é:

- a) Seriam, de fato, essas entidades de previdência privada incluídas entre as instituições de assistência social que gozam do benefício da imunidade tributária, nos termos do art. 150, VI, c, da Constituição Federal de 1988?
- b) Seriam essas entidades, realmente, prestadoras de assistência social, equiparando-se as instituições de caridade, que atendem a qualquer necessitado, independentemente de contribuição, sobrevivendo, na maioria dos casos, a custa de doações da comunidade?
- c) Não teriam essas entidades, como alguns chegam até a afirmar, capacidade contributiva para participar dos custos com a manutenção do Estado?

Dê-se apenas mais um dado. Hoje, no Brasil, existem quase 300 entidades de previdência privada fechadas que concedem aposentadoria complementar única e exclusivamente aos empregados dessas empresas patrocinadoras. Os outros milhares e milhares de trabalhadores, no comércio, na indústria, nas empresas prestadoras de serviços, não dispõem de idêntico benefício, e possivelmente nunca terão.

## DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

A Constituição Federal de 1988, visando a espancar qualquer dúvida, elaborou **flagrante distinção**, em capítulo dedicado à Seguridade Social, entre **previdência social e assistência social**.

Sob o título da **Previdência Social**, a Seção I desse capítulo assim disciplina:

*"Art. 201. Os planos de previdência social mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:"*

E prossegue, na Seção III, sob o título de **Assistência Social**:

*"Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social e tem por objetivos:"*

Conforme se verifica pela leitura do *caput* de cada artigo supracitado, a Carta Magna ao tratar da Seguridade Social regulou em seções separadas a Previdência Social e a Assistência Social, deixando bastante clara a **diferença básica** entre os dois, qual seja, **a contribuição prestada pelo beneficiado e a generalidade da prestação**.

Em outras palavras, pode-se assegurar que a Constituição distingue a assistência social, que é gratuita e geral, da previdência social, que é mantida mediante a contribuição dos beneficiários e somente a eles atende.

Portanto, o art. 150, VI, c, da Constituição, conferiu a imunidade tributária somente àquelas entidades de assistência social, como espécie da Seguridade Social, descritas especificamente no art. 203 da Lei Maior.

Se assim não fosse, estaria quebrado, pelo próprio Texto Constitucional, o primeiro princípio elementar da tributação por ele consagrado, a isonomia tributária.

Não há, *data maxima venia*, como se dar o mesmo tratamento a uma verdadeira instituição de assistência social, que atende de forma indiscriminada a qualquer necessitado carente, que não condiciona que essa pessoa faça ou tenha feito qualquer contribuição e que sobrevive a custa de parques recursos doados pelos mais afortunados, comparando-as com as entidades de previdência privada, as quais não atende a população carente e complementa a aposentadoria apenas daquelas pessoas que lhes fazem, durante toda a vida laboral, uma poupada contribuição mensal.

E, diga-se de passagem, temos exemplos de instituições sérias, como é o caso da Casa da Irmã Dulce, as Casas das Mães Solteiras, os asilos e creches, etc.

Pretender se equiparar a essas instituições com o fito de não pagar impostos é, ai sim, a inversão da Justiça Fiscal almejada.

Se a Sociedade, através de seus representantes constituintes, fez incluir um benefício na Carta Maior, excluindo a tributação das entidades de auxílio aos carentes, teve por objetivo não criar mais sacrifícios e possibilitar que o maior número possível de desassistidos tivesse atendidas as suas necessidades vitais.

Não parece que a Sociedade também tem a intenção de abarcar aquela parcela da população (diga-se, muito pequena) que almeja ter uma aposentadoria mais confortável.

## DA POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL

Sob a égide da Constituição anterior, que não trazia idêntica distinção, os Tribunais muito se debatiam sobre a questão.

O Supremo Tribunal Federal, ainda na Constituição de 1946, no Recurso Extraordinário nº 63.411, publicado na R.D.P. nº 28/194, assim já se posicionava:

*"Não se considera instituição de assistência social, para o efeito da imunidade assegurada no art. 31, nº V, "b", da Constituição Federal de 1946, sociedade de fins beneficentes, que presta benefícios exclusivamente a associados, obrigados ao pagamento de jôia e contribuições mensais."*

São muito citados, também, os votos proferidos pelo e. Ministro Moreira Alves, do E. Supremo Tribunal Federal, que já teve oportunidade de reconhecer a imunidade desses tipos de entidades, valendo citar, como ilustração, o R.E. nº 89.012-SP (RTJ 87/684), assim ementado:

*"Imunidade tributária. Art. 19, III, c, da Emenda Constitucional nº 1/69.*

*É instituição de assistência social entidade mantida por empresas para prestar, gratuitamente, serviços de assistência a diretores, empregados e dependentes destas, uma vez que, além de preencherem os requisitos do art. 14 do Código Tributário Nacional, auxiliam o Estado na prestação de assistência social aos que necessitam dela, embora em área circunscrita."*

Entretanto, colhe-se no voto que Sua Excelência já afirmava, naquela época (julgamento em 14.04.78), que:

*"O fato de uma entidade que presta serviços de assistência receber recursos de empresas para a sua manutenção não lhe retira a finalidade social, mas é condição indispensável para o seu funcionamento. O que importa é que a contribuição não advenha*

*dos beneficiários dos serviços de assistência, porquanto, nesta hipótese, não há a gratuidade indispensável à caracterização do fim social: a inexistência de contraprestação de quem necessita da assistência."*

Outros julgados se sucederam até que, recentemente, como **último julgado de nossa Corte Maior**, no Recurso Extraordinário nº 136.332-1, publicado no DJ em 06.08.93, pág. 14906, tendo por relator o eminente Ministro Octavio Gallotti, assim se posicionou:

*"Ementa: Entidade de previdência privada. Sendo mantida por expressiva contribuição dos empregados, ao lado da satisfeita pelos patrocinadores, não lhe assiste o direito ao reconhecimento da imunidade tributária, prevista no art. 19, III, c da Constituição de 1967, visto não se caracterizar, então como instituição de assistência social.*

*Recurso extraordinário de que, por maioria, não se conhece."*

Esclareça-se que essa decisão foi por maioria de votos, pois o e. Ministro Ilmar Galvão, seguindo voto que já havia dado no extinto TFR, entendeu manter essa posição, considerando que o caso ali apreçado ainda se baseava na Constituição Federal de 1969, chegando a afirmar em seu voto que, "à luz do novo Texto Fundamental de 1988, é fora de dúvida que essa conclusão há de ser revista, (...)."

Para melhor apreciação, juntamos cópia do v. acórdão aqui abordado.

Vê-se, pois, que, no entender da Corte Suprema, a **gratuidade é essencial para o reconhecimento da imunidade**, é seu elemento indispensável.

É fato que o E. Superior Tribunal de Justiça reconheceu em vários casos a imunidade pleiteada por esses fundos de pensão, e até mesmo em ação movida contra este Município.

Entretanto, a posição daquela Corte a respeito da matéria ainda não está sedimentada. Em Recurso Extraordinário apresentado por este Município em razão de decisão do Recurso Especial nº 45.301-1-RJ, assim se pronunciou o i. Vice-Presidente na admissão do recurso extremo:

#### **"D E C I S Ã O**

*I - Ancorado na alínea "a" da norma autorizadora, o Município do Rio de Janeiro manifesta recurso extraordinário ao v. acórdão da Egrégia Primeira Turma, da lavra do Ministro Demócrito Reinaldo, que porta a seguinte ementa:*

**"TRIBUTÁRIO. ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. IMUNIDADE (ARTIGOS 9º e 14 DO CTN). PRECEDENTES.**

*Consoante jurisprudência predominante nesta Corte, as entidades fechadas de "previdência privada" são beneficiárias da "imunidade" tributária de que tratam os arts. 9 e 14 do Código Tributário Nacional. Recurso provido por unanimidade."*

*II - Aduz que a decisão recorrida, ao considerar que as entidades fechadas de previdência privada gozam de imunidade tributária, contrariou o art. 150, VI, "c", da atual Constituição, que deferiu o benefício fiscal às instituições de assistência social e que não guardam qualquer semelhança com as entidades de previdência privada. Argumenta, ainda, que, tanto na vigência da Constituição anterior, como na vigência da atual, apenas as instituições de assistência social, assim qualificados por sua natureza e objetivos, desfrutam daquela imunidade.*

*III - O Supremo Tribunal Federal vem de decidir, em data recente, em sentido contrário ao do aresto recorrido. O RE nº 136.332-1/RJ (DJU 25.06.93), ao perfilar o voto do Em. Ministro Octávio Gallotti, firmou o entendimento de que "sendo a entidade de previdência privada mantida por expressiva contribuição dos empregados, ao lado da satisfeita pelos*

*patrocinadores, não lhe assiste o direito ao reconhecimento da imunidade tributária, prevista no art. 19, III, "a", da CF/67, visto não se caracterizar, então, como instituição de assistência social". Do voto condutor do julgado naquela assentada, vale destacar:*

*"As entidades fechadas de complementação de previdência (tipo ora cogitado) têm receita constituída por contribuições prestadas, tanto pelos patrocinadores (empregadores), como pelos beneficiários (os empregados).*

*A legislação regente da matéria, mencionada no início deste voto, não estipula a proporção do concurso de cada uma das categorias para a receita da entidade. Mas, a própria natureza do empreendimento mostra ser substancial, e naturalmente tendente a se mostrar paritária, a participação dos empregados.*

*Não se cuida, pois, aqui, de contribuições simbólicas ou reduzidas, como teria sido o caso de modestas taxas escolares, cobradas nas escolas gratuitas, aos alunos capazes de satisfazê-las, ou hipóteses semelhantes, em que não tem a jurisprudência reputado desfigurada a gratuidade, para o efeito de caracterizar-se a imunidade.*

*Trata-se ao contrário, e como já ressaltai, de participação financeira exigida a todos os associados e essencial ao custeio do benefício.*

*Essa característica marcante da Recorrente – a de ser substancialmente mantida com o concurso dos recursos dos próprios beneficiários – basta para afastar a imunidade postulada, nos termos dos julgados a que me referi, precedidos pelos indicados no acórdão recorrido.*

*O terceiro ponto da controvérsia diz respeito à circunstância de que a imunidade constitucional relaciona-se com as instituições de assistência*

*social, cumprindo perquirir se é de rigor, para o deferimento do benefício, a distinção entre essa espécie de entidade (as de assistência), e as que se dedicam à previdência social.*

*Para o relevo dessa dicotomia, tive a oportunidade de acenar, como Relator do Recurso Extraordinário nº 116.631 (sessão de 30.8.88), quando ao reconhecer a imunidade da Fundação Rubem Berta, acentuei a diferença, então desinflante, mas agora decisiva entre aquela fundação, manifestamente assistencial, e a outra "possuída pelas entidades de previdência, regidas pela Lei nº 6.435-77, destinadas a complementar, financeiramente, os proventos de aposentadorias e pensões, pagos pela previdência estatal" (cfr. pág. 8 do voto que então proferi). Nessa última categoria, enquadra-se agora, exemplarmente, a ora Recorrente."*

*IV - A controvérsia, como se vê, gira em torno de texto da Lei Maior, cuja inteligência e alcance deve o STF fixar definitivamente, a fim de evitar interpretações colidentes e desiguais.*

*V - Com tal objetivo, ADMITO o recurso. Feitas as devidas anotações, remetam-se os autos ao Colendo Supremo Tribunal Federal.*

*Intimem-se*

*Brasília, 5 de dezembro de 1994.*

*MINISTRO BUENO DE SOUZA*

*Vice-Presidente"*

Em decisões recentes, observa-se que o E. Superior Tribunal de Justiça não vem mais apreciando essa questão, por entender que o tema é eminentemente constitucional afeto ao Colendo Supremo Tribunal (REsp. nº 39.815-0-RJ – Rel. Min. Hélio Mosimann – Recorrente: Fundação Valia e Recorrido: Município do Rio de Janeiro – j. em 10.05.95).

Além da massacrante posição desse E. Tribunal de Alçada, não reconhecendo a imunidade pleiteada, outros Tribunais também têm abraçado posição idêntica.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgado publicado na RT 264, págs. 253, se posiciona:

*“E no tocante a imunidade fiscal, a que se apega a recorrida, ela não a beneficia. A recorrida é sociedade civil de “união, defesa e auxílio mútuo” de viajantes, praticistas e representantes comerciais. Seus sócios contribuem e, na qualidade de sócios, adquirem direitos à obtenção de empréstimos, ao pecúlio, à assistência judiciária, etc. Não se trata, portanto, de instituição de assistência social, em que os benefícios não representam direitos adquiridos mediante contribuições, mas constituem socorros ou serviços prestados aos que deles necessitem, independente de contribuição dos socorridos. Instituição de assistência social, que se não confunde com as de previdência, ou de auxílio mútuo, ou de defesa de classe, “é aquela que, mediante ajuda pública ou privada atende objetiva, sistemática e permanentemente aos necessitados” (“Rev. de Dir. Administrativo”, vol. 44/427). Não é este o caso da recorrida, que atende aos interesses de seus sócios, obrigados ao pagamento de contribuições.*

*Não goza a recorrida, portanto, de imunidade tributária e a ação devia ser julgada improcedente. Para este fim, os recursos merecem provimento.”*

O próprio Tribunal Regional Federal - 2ª Região, apesar da própria súmula por ele editada (aplicável, esclareça-se, apenas ao Imposto de Renda), apreciando questão em tudo semelhante ao aqui exposto, se posicionou pela não concessão da imunidade às entidades de previdência privada:

“EMENTA

TRIBUTÁRIO. ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE IMUNIDADE.

- *As entidades de previdência privada, sendo de natureza fechada e só prestando assistência aos seus associados, mediante contribuição financeira, não são beneficiárias, nem podem ser consideradas entidades de assistência social para fins de gozo da imunidade tributária prevista no art. 19, III, c da Constituição Federal anterior e no art. 150, VI, C, da atual.*

- *Ao revogar a isenção a elas concedida anteriormente pela Lei nº 6.435/77, quanto ao imposto de renda retido na fonte, o Decreto-Lei nº 2.065/83 não incorreu no vício de inconstitucionalidade.*

- *Recurso provido. Sentença reformada.”*

“EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. INSTITUIÇÃO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA.

- *Para que a Instituição de assistência social seja passível da imunidade tributária de que tratam os artigos 19, III da Constituição Federal de 1969 e 150, VI, “c”, da Carta atual, necessário se torna que ela, além dos requisitos previstos no artigo 14 do CTN, não cobre dos beneficiários qualquer pagamento a título de retribuição pelos serviços prestados.*

- *Recurso não provido. Sentença confirmada.”*  
(Apel. em Mandado de Segurança nº 89.02.13948-4/RJ – Rel. Des. Clélio Erthal em 18.04.91)

## "EMENTA

## TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. INSTITUIÇÃO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA.

- Para que a instituição de assistência social seja passível da imunidade tributária de que tratam os artigos 19, III da Constituição Federal de 1969 e 150, VI, c, da Carta atual, necessário se torna que ela, além dos requisitos previstos no artigo 14 do CTN, não cobre dos beneficiários qualquer pagamento e título de retribuição pelos serviços prestados.

- Recurso provido. Sentença reformada." (Remessa Ex "Offício" em MS nº 90.02.07207-4/RJ – Rel. Des. Clélio Erthal em 11.03.91)

Vê-se que dúvida não pode restar sobre a efetiva posição da jurisprudência brasileira a respeito da matéria, valendo citar as palavras do e. Ministro Octávio Galloti, em seu voto, no R.E. acima citado:

*"Mas a imunidade tributária constitucional continua a ser um estímulo ao altruísmo (desprendimento de alguém em proveito de outrem). Entendo que não comporta a hipótese onde os associados se congregam em seu próprio benefício, mediante o recolhimento de contribuições, mesmo obtido o concurso de algum patrocinador e a despeito da reconhecida utilidade social do empreendimento."*

---

## DOS BENS AFETOS À FINALIDADE ESSENCIAL

Mesmo aqueles julgados que reconhecem a imunidade aqui discutida, limitam o seu alcance àqueles bens que tais entidades utilizam para a montagem de suas instalações, não estendendo, de forma alguma, a todo o seu patrimônio.

Para evitar aquelas discussões que existiam à luz da Carta anterior, o constituinte de 1988 fez incluir, no art. 150, III, §4º, o seguinte:

*"§4º As vedações expressas no inciso VI, alíneas b e compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas."*

Portanto, as entidades de assistência social (que não é o caso, frise-se, das entidades de previdência privada que nem imunidade pode lhes ser reconhecida) não gozam do benefício ilimitadamente, mas apenas no que toca àquela parcela do patrimônio vinculada diretamente às suas finalidades.

Mesmo aqueles julgados que reconhecem a imunidade aqui discutida, limitam o seu alcance àqueles bens que tais entidades utilizam para a montagem de suas instalações, não estendendo, de forma alguma, a todo o seu patrimônio.

No Recurso Extraordinário nº 98.382-MG (RTJ 106/89), o d. Ministro Moreira Alves, analisando o caso das autarquias, à luz da Constituição Federal de 1969, assim se pronunciou:

*"Imunidade fiscal. Autarquias.*

*-A expressão "vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes", a qual se encontra no §1º do artigo 19 da Constituição Federal, alcança não só os serviços, mas também o patrimônio e a renda das autarquias.*

*-Assim, são devidos tributos municipais sobre terreno baldio de propriedade de autarquias."*

A jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça também é copiosa sobre a matéria, valendo lembrar:

*“Recurso Especial nº 2.268-RJ*

*Relator Ministro Armando Rolemberg*

**EMENTA**

*Tributário – IPTU*

*A imunidade de que goza determinada entidade de assistência social, não se estende a imóvel pela mesma locado, quando do respectivo contrato conste caber ao locatário a obrigação do pagamento do tributo.” (DJ 10.05.90 – pág. 7321).*

*“Recurso Especial nº 6.394-0-DF*

*Relator Ministro Humberto Gomes de Barros*

**EMENTA**

**TRIBUTÁRIO – IMUNIDADE – ENTIDADES PRIVADAS DE PREVIDÊNCIA – CTN, ARTS. 9º e 14.**

*As entidades privadas de previdência gozam de imunidade, em relação ao Imposto de Transmissão de Bens Imóveis, no que toca a prédios diretamente vinculados a seus objetivos institucionais (CTN – Arts. 9º e 14).”*

*“Recurso Especial nº 5.611-0-RS*

*Relator Ministro Humberto Gomes de Barros*

**EMENTA**

*Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – ITBI – Imunidade – CTN, art. 9º, IV, c – Instituição de Previdência Privada – Afetação – Art. 14, §2º, do CTN. A imunidade prevista no art. 9º, IV, c, do*

*CTN, envolve somente os bens direta e exclusivamente afetados aos objetivos institucionais das entidades de previdência social (art. 14 do CTN).” (DJ 30.11.92 – pág. 22.555).*

Portanto, claramente está demonstrado que as entidades de previdência privada não se equiparam às instituições de assistência social, não gozando, dessa forma, do benefício da imunidade tributária contido no art. 150, VI, c, da Carta Magna, bem como, mesmo naqueles julgados que lhe emprestaram tal característica, a imunidade fica limitada aos bens afetos as suas finalidades essenciais, na forma do §4º do citado artigo 150 de nossa Lei Maior.

*Parecer*  
**PG/GAB nº 1/97-DBB**

*Gratificação de desempenho fazendário previsto na Lei Municipal nº 1933 de 29 de dezembro de 1992, como aplicada pelo Decreto nº 12.335, de 15 de outubro de 1993. Legalidade do decreto em face à norma de autorização.*

---

**DA QUESTÃO**

A questão em análise é a legalidade do Decreto nº 12.335, de 15 de outubro de 1993, em face da Lei Municipal nº 1933 de 29 de dezembro de 1992, no que toca especificamente à atribuição de vantagens aos servidores da Secretaria Municipal de Fazenda, integrantes do chamado Grupo Fazendário, titulares de cargos de nível médio.

A lei em questão dispõe, em seu art. 1º, o seguinte:

*Fica instituída a Gratificação de Desempenho Fazendário, a ser atribuída aos servidores ocupantes de cargos efetivos integrantes do Grupo Fazendário, até o limite individual de duzentos e*

*quarenta pontos, com valor unitário referidos no art. 3º e parágrafos da Lei 1563, de 5 de março de 1990, em virtude da contribuição para o real incremento da arrecadação municipal.*

O decreto em análise dispõe assim, no pertinente:

*O valor da Gratificação de Desempenho Fazendário será calculado no valor unitário do ponto, mensalmente, consoante o art. 3º da Lei 1.563/90, observado para os ocupantes do Grupo Fazendário um limite individual de 240 (duzentos e quarenta) pontos.*

*Parágrafo único - Os pontos referidos no caput deste artigo serão auferidos em:*

*I - até 240 (duzentos e quarenta) pontos para os funcionários de cargos que exigem nível de escolaridade em grau superior;*

*II - até 160 (cento e sessenta) pontos, para os funcionários de cargos que exigem escolaridade em segundo grau.*

A questão trazida a nossa consideração consiste exatamente na articulação entre a lei que confere poderes ao Poder Executivo para conceder a gratificação e o decreto que a aplica a seus destinatários. Na peça inicial deste processo a questão é ainda mais estreitamente cesurada, apontando para falhas que, no entender do seu subscritor, feririam a legalidade do ato do Prefeito. Dirijo-me, pois aos dois pontos a que se volta a peça inaugural:

que o Decreto citado *inovou contra direito* dos integrantes da Associação, ao fixar um limite de pontos para os servidores de escolaridade de segundo grau.

que a lei autorizativa da concessão da vantagem não havia previsto tal discriminação.

## DO PRESENTE PROCESSO

O presente processo, curiosamente, deixa de conter qualquer postulação específica, não se constituindo pois num daqueles "processos oriundos de requerimento" a que se refere o Código de Procedimento Administrativo Municipal (Decreto nº 2.477/80), cujo procedimento tutela direitos subjetivos sob o amparo do *due process of law*. Com efeito, inaugurado com duto pronunciamento do administrativista Diogo de Figueiredo Moreira Neto, prossegue em tom rigorosamente teórico, que, a rigor, não ensejaria a manifestação do órgão central do Sistema Jurídico Municipal, *ex oribus*, manifestando o entendimento oficial do ente público.

Em preito ao magistério ilustre do parecerista, e em atenção ao interesse, em tese, da Associação dos Agentes de Fazenda do Município do Rio de Janeiro, que encomendou a douda peça doutoral, prosseguimos porém na análise da questão suscitada.

Precaução suplementar impõe-se ao parecerista, ao apreciar os vigorosos e brilhantes argumentos de um Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em matéria administrativa. Felizmente, alenta-o a ponderação do Conselheiro Ribas, falando no século XIX, quanto à verossimilhança dos discursos jurídicos.

Ribas distingue o discurso acadêmico, desinteressado e científico, ao qual toda a veneração se deve; o discurso do parecerista, que àquele se amolda no estilo, quando não no propósito; e o discurso inflamado, parcial, reconhecível de pronto, do advogado forense, em defesa dos interesses e, por algumas vezes, do direito de seu cliente. Ao julgador, aconselha Ribas, há que se recomendar a verossimilhança que existe no desinteresse do jurista acadêmico; a iluminação que resulta da manifestação interessada, mas douda, do parecerista; e o denodo que se revela no interesse desbragado e militante do advogado.

Ribas não menciona, mas quem o faz é o próprio Diogo de Figueiredo, em manifestação acadêmica sobre o papel das procuradorias públicas, quanto a verossimilhança dos pareceres como o que agora se lavra.

Manifestando-se sobre um ponto de Direito, suscitado regularmente perante o órgão legal de consultoria jurídica, o Procurador exprime não a retórica partidária, nem o eventual fulgor de sua ideologia jurídica, mas o entendimento equânime e ponderado do próprio Estado, em seu ramo executivo. Sem prevenções nem postulações, o parecer deve expressar o melhor juízo do Executivo sobre a própria legalidade de seus atos, para corrigir os desacertos, e corroborar a ação justa da Administração.

As garantias constitucionais, buscando não só o *dever*, mas a *segurança* de imparcialidade, dão ao Judiciário o poder de reexaminar tal juízo do Executivo, o qual, por melhor que seja, não terá o poder de decidir coisa julgada, fazendo – como diz a parêmia – do quadrado, redondo, e do escuro, claro. Mas a possibilidade de revisão na instância judicial, ensina o mestre Diogo de Figueiredo, não livra o Procurador do dever de imparcialidade, nem lhe faculta o temor reverencial.

Assim é que o presente pronunciamento, que não ousa ante-poner-se à iluminação do parecer de Diogo de Figueiredo, terá, caso o acolha a ilustre Chefe desta Casa, uma natureza diversa do trabalho do insigne jurista: não será um discurso de sapiência, mas de *auctoritas*. Delficamente, fala o Estado pela boca de seu órgão de Procuradoria, sempre sob o presságio maior, mas eventual, da revisão judiciária.

## DA VICISSITUDE DOS DECRETOS

A essência dos doutos argumentos de Diogo de Figueiredo é que o decreto não se conformou à letra da lei autorizativa, ao criar um discrimen nela não especificamente autorizado. Assim, o decreto, aplicando a autorização legal, deveria subordinar-se total e literalmente à letra da lei. Para o ilustre doutrinador, este, e qualquer decreto, é reservado, limitado e controlado pelo texto da lei.

Como apelamos, mais acima, à estilística sutil do Conselheiro Ribas, temos aqui, quando começamos a enfrentar a questão jurídica da natureza dos decretos, de lembrar outro desencantador de discursos: Gaston Bachelard. O epistemólogo francês ensina que o processo de conhecimento encontra certas resistências, as quais têm muito em comum com as barreiras com que se depara o psicanalista em sua pesquisa da subjetividade.

Assim é que o físico encontra, para chegar aos conceitos mais abstratos, a dificuldade de eliminar de seu raciocínio o fascínio pela materialidade dos objetos – a lenda de Newton e de sua maçã o perseguem. O sensível, o tangível, o imediato, desviam seu discurso, resistem à conceituação, ao processo de abstração. A evolução da Ciência fica frequente e longamente sustada por resistências mínimas, irrelevantes, cujo poder só se explica por uma psicanálise do conhecimento.

Quando se observa a evolução do conceito de Poder Regulamentar, em Direito Administrativo, a lembrança de Bachelard é inevitável. Resistências enormes surgem, especialmente, após períodos de ditadura ou restrição constitucional, à noção de decreto como um mecanismo juridicamente neutro. Como uma forma de manifestação da vontade administrativa que não tem, por si só, conteúdo ditatorial ou opressor.

Mas é o cunho ditatorial do decreto que sobreleva à doutrina constitucional recente. Tal noção, subjacente à tendência doutrinária de restringir o decreto ao regulamento, e este à expressão subordinada da lei, pode ser vista do textos de juristas da mais elevada competência. Num exemplo precioso, leia-se o que diz José Alexandre Tavares Guerreiro:

*Um dos traços peculiares de nossa experiência política, ao longo do tempo, vem sendo, justamente, o desequilíbrio dos poderes, evidenciado sobretudo pela hipertrofia do executivo, uma espécie de disfunção congênita e incurável de um organismo periodicamente acometido de crises constitucionais e cronicamente debilitado pela patologia do autoritarismo presidencial, não raras*

*vezes degenerado em incoercíveis estados ditatoriais. Sintoma característico desta moléstia nacional é, precisamente, a freqüência dos excessos regulamentares.*

Geraldo Ataliba, que acusa os propugnadores do regulamento autônomo de “arautos da teoria do “Executivo Forte”, da literatura italiana do período fascista, alemã da época nazista ou francesa de todas as épocas”, confessa:

*“o subscriptor destas linhas foi levado a escrever, com dureza de palavras, dois trabalhos para tentar denunciar o mau uso do direito comparado, combater os regulamentos autônomos (...) O momento presente da experiência brasileira é melancólico, no que ao tema concerne. Abusos do Executivo, tolerância do Judiciário, penetração de uma literatura superficial (...).”.*

Sem nenhuma contestação à realidade histórica a que se refere o Tavares Guerreiro, há que se notar, de outro lado, que tal justo furor contribuiu enormemente para a incerteza científica com que a nossa doutrina trata a questão dos decretos do executivo. Deve-se enfatizar, em ressalva à qualidade metodológica dos juristas brasileiros, especialmente os posteriores à Carta de 1988, que o fantasma do Poder Regulamentar não é nem atual, nem nativo.

A questão é recorrente, e deriva do atrito inevitável entre os poderes, cuja convivência *harmônica* é uma utopia na materialidade da Histórica. A dialética e o equilíbrio dinâmico, mas difícil, entre o Legislativo e o Executivo, esta sim é a realidade.

Esmein, escrevendo antes da 1ª Guerra Mundial, data da Revolução de 1830, que se sucedeu aos excessos de Carlos X, o início da rejeição ao *regulamento autônomo*, expressão autóctone do poder legisferante do executivo. O Rei, valendo-se de uma cláusula final do texto constitucional (“*réglements et ordonnances nécessaires pour l’exécution des lois et pour la sûreté de l’État*”), lançou uma série de normas *extra legem*, que afrontara os sentimentos democráticos da época.

Em reação a tais fatos, a constituição francesa imediatamente subsequente fixou uma redação mais restritiva do poder regulamentar. O dizer quanto à segurança do Estado, como fundamento do regulamento independente, foi ostensivamente suprimido. Enfatizou-se literalmente a proibição de o regulamento inovar ou contradizer a lei.

Porém o pêndulo logo voltou-se em favor de uma função mais presente do Executivo, e a partir da de 1848 o texto passou a ser breve e genérico (“o chefe do executivo ... assegura a execução das leis”). Com a Constituição de 1958, chegou-se ao fim de uma longa evolução no sentido de um equilíbrio entre as funções legisferantes do executivo e do legislativo.

Sem qualquer imputação de autoritarismo ou de carência democrática, o regime francês atual supera, de muito, o que se considerava abusivo no tempo de Carlos X. O campo de ação normativo do Legislativo é limitado a um *numerus clausus*, ficando o executivo livre para expressar-se com suas normas no espaço nele não incluído.

No dizer de Hauriou, o Legislativo tem um domínio *reservado, limitado e controlado*. Em exata réplica ao papel – não do Legislativo – mas do regulamento brasileiro, no sentir de Diogo de Figueiredo. Igual o papel, mas contrário em seus agentes.

Tomando o exemplo americano, entre o das grandes democracias de nossos dias, vai-se encontrar outra versão inteiramente diversa do Poder Regulamentar. Na análise intensamente dialética de Jackson, em seu voto no famoso caso *Youngston Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952), o Ministro da Suprema Corte enfatiza que os poderes presidenciais quanto ao Poder Regulamentar não são fixos, mas flutuam, dependendo da conjunção de sua competência com a do Congresso. Acompanhemos tal análise:

*“1. When the President acts pursuant to an express or implied authorization of Congress, his authority is at its maximum, for it includes all that he possesses in his own right plus all that Congress can delegate.*

2. *When the President acts in absence of either a congressional grant or denial of authority, he can only rely upon his own independent powers, but there is a zone of twilight in which he and Congress may have concurrent authority, or in which its distribution is uncertain. Therefore, congressional inertia, indifference or quiescence may sometimes, at least as a practical matter, enable, if not invite, measures on independent presidential responsibility. In this area, any actual test of power is likely to depend on the imperatives of events and contemporary imponderables rather than on abstract theories of law.*

3. *When the President takes measures incompatible with the expressed or implied will of Congress, his power is at its lowest ebb, for then he can rely only upon his own constitutional powers minus any constitutional powers of Congress over the matter. Court can sustain exclusive Presidential control in such a case only by disabling the Congress from acting upon the subject. Presidential claim to a power at once so conclusive and preclusive must be scrutinized with caution, for what is at stake is the equilibrium established by our constitutional system."*

A análise clássica de Jackson pressupõe que o Executivo tenha uma fonte de autoridade própria para sua manifestação de vontade de caráter normativo. Que não seja ele, total e completamente, sujeito à vontade da lei oriunda do Legislativo. Que haja uma esfera de poder própria ao Executivo, a qual legitime uma parcela da função legislativa a ser desempenhada pelo Presidente por direito próprio. Em especial, no caso de inércia do Legislativo, ou, no dizer do magistrado, *congressional inertia, indifference or quiescence*.

Neste vácuo legislativo, o exercício dos poderes do Executivo se dá como um imperativo de fato: *any actual test of power is likely to depend on the imperatives of events and*

*contemporary imponderables rather than on abstract theories of law.* O Executivo tem o dever de enfrentar os imponderáveis do cotidiano através de seus instrumentos próprios.

O magistério de Jackson afirmou-se na doutrina constitucional americana. Num exemplo recente, a Suprema Corte aceitou o exercício normativo autônomo pelo Executivo no tocante à transação com o Irã no episódio da libertação dos reféns, considerando que tal hipótese recairia no segundo caso de Jackson. Tal reforço no papel do Executivo levou Tribe a constatar que a Suprema Corte parece ansiosa em admitir o crescimento dos poderes presidenciais.

Exercício pleno de democracia e mecanismos flexíveis de harmonia entre os poderes – tanto no caso francês como no americano. Ao contrário do que alegava Geraldo Ataliba, não tratam os exemplos aqui trazidos da Itália fascista, da Alemanha nazista, ou da França de Petain. Assim, não parece intrinsecamente autoritário ou antidemocrático seja o sistema francês, seja o americano, de interpretar o alcance do poder regulamentar.

---

### À IDEOLOGIA E A PRÁTICA DO PODER PRESIDENCIAL

Não se postula, evidentemente, que as idiosincrasias do sistema francês ou do americano, em toda sua singularidade histórica, sejam tomadas como parâmetro para a análise constitucional brasileira. O que se enfatiza é, uma vez mais, a neutralidade do decreto em si, como instrumento de manifestação de vontade do Executivo: dá-lhe a História várias funções, de expressão legisferante originária até como meio de aplicação meramente derivado, em absoluta subordinação à lei.

Ora, o estatuto constitucional do regulamento não se alterou, textualmente, nas últimas Cartas. Os autores, que viam possível o regulamento autônomo na Carta de 1967, não teriam razões tex-

tuais de mudar sua perspectiva em face da nova Constituição, não fora por uma resistência bachelardiana: o medo de uma prática autoritária rediviva.

Note-se que, ainda que numericamente minoritários, são autores de monta que afirmam a possibilidade de um regulamento autônomo. Citam-se Hely Lopes Meirelles, Sérgio Ferraz, Francisco Campos, Bonifácio Fortes, Gonçalves de Oliveira e Sérgio d'Andréa Ferreira. Num estudo específico, Clencio da Silva Duarte.

Tal entendimento ecoou no seio da advocacia pública. Assim é que, em Parecer Normativo datado de 1975, a Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara, no magistério de Amílcar Motta, entendia subsistente regulamento mesmo após revogação da lei regulamentada.

Enfatize-se que nunca se postulou, mesmo entre os defensores do regulamento autônomo, a possibilidade de exprimir a vontade do executivo *contra legem*, através de ato regulamentar. Em geral, a expressão normativa do executivo é apenas entendida possível nos casos de *congressional inertia, indifference or quiescence* de que falava Jackson. Nunca, assim, se postulou o exercício de regulamento independente em desafio frontal à manifestação do Legislativo, no âmbito de sua competência.

De outro lado, como nota, numa das mais brilhantes análises da questão, Geraldo Ataliba, não parece razoável a possibilidade de um decreto regulando comportamento *inteiramente* estranho à Administração. Não se regulamenta o Código Civil; nunca se chegou a fazê-lo em nossa história. A razão disto é simples: não cabe, como é óbvio, regulamentar o que não se cumpre executar.

Assim, são os desmandos da Administração, e não os do decreto, o objeto real da insurgência da doutrina pátria: maior o Estado, maior o poder de seus agentes, e mais eficaz será o decreto para jungir, *através do comportamento dos agentes subordinados*, a repercussão do aparelho do Estado sobre os administrados. Assim, não espanta que a maior parte da elaboração doutrinária sobre a excessividade dos decretos nasça no campo tributário.

Curiosamente, o justo (mas equívoco) furor contra os regulamentos independentes, que persiste na doutrina após tantos anos de plena prática da Democracia, poupa, em grande parte, o caudaloso exercício normativo do Presidente da República através de medidas provisórias. Num contexto em que se agudiza a *inércia, indiferença ou assentimento passivo* do Congresso, e a repetição incoercível das medidas provisórias, implanta-se, à sorrelfa, um sistema próximo ao francês. É de se perguntar, ecoando Luís Roberto Barroso: por que não uma Constituição para valer?

Aparentemente, a questão do decreto inteiramente subordinado à lei só assombra, no atual regime constitucional, o Executivo estadual e municipal. É um fantasma localizado, o que surge no caso vertente.

## O DECRETO E O REGULAMENTO

Com tudo que já se disse a respeito do regulamento independente, é preciso enfatizar, com a máxima clareza, que não é necessário postular a sobrevivência do regulamento independente para justificar o Decreto nº 12.335, objeto de nossas considerações.

Se nos estendemos ao examinar as resistências doutrinárias à utilização do decreto, foi exclusivamente para apontar o pouco cuidado científico que se tem dedicado à consideração do que é tal instrumento, em si mesmo. Mais precisamente, a consideração do decreto *utilizado no seu campo próprio*, que é o interior da Administração do Poder Executivo.

Prossigamos em nosso processo de desencantação do discurso doutrinário. Jean Rivero refere-se ao Poder Regulamentar como *le pouvoir de statuer par voie générale, accordé à des autorités autres que le parlement*. Assim, não se identifica o regulamento para fiel execução e o exercício do poder regulamentar; aquele, subordinado, determinado pela lei; este, manifestação de um poder de prescrever genericamente, seja por regulamento de fiel execução, seja por direito próprio.

Pois que *decreto e regulamento* são instrumentos que não se identificam. É um truísmo, ainda que enfarruscado pelo embate ideológico, que há decretos sem conta que nada têm de regulamentar. Todos aqueles que constituem situações individualizadas – como os de concessão de benefícios, direitos ou vantagens – claramente são decretos, e nada têm de regulamento. São *atos condição*, no dizer de Duguit, manifestação de vontade administrativa de caráter pontual, individualizado, que reconhecem a existência de pressupostos previstos no sistema jurídico, e exercem poder vinculado *ou discricionário*, subjetivando a hipótese legal.

A obscuridade ideológica voltaria, ao se argumentar que a condição subjetivada resulta necessariamente de lei. Com efeito, mas na concessão de prêmio, comenda ou incentivo, o conteúdo discricionário do decreto avulta. É ressabido que o exercício do poder discricionário igualmente resulta da lei, por *atribuição de poderes* ao agente, que deve ponderar a conveniência e oportunidade do ato, jungido aos *fins e parâmetros* da ação que lhe é incumbida.

O pior efeito da confusão ideológica, porém, é a confusão entre *regulamento e decreto normativo*. Parece claro que não é a Constituição que incorre em tal confusão, pois menciona entre as funções presidenciais “expedir decretos e *regulamentos para sua fiel execução*”. Não será por imperfeição de estilo, ou mera repetição histórica, que o texto constitucional menciona “decreto” e “regulamento”. Fica evidente, nas oito vezes que a Carta menciona a figura do decreto, que nem todos os decretos são regulamentares.

Com efeito, ao indicar que ação presidencial se fará por iniciativa do Executivo, a Carta designa como *decreto* o ato que determinará a intervenção (art. 36 § 1º), o Estado de Sítio (art. 138) e o Estado de Defesa (art. 136 § 1º). O conteúdo de tais decretos certamente não é nem regulamentar, nem puro *ato condição*:

“O decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor (...)”

“O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem (...)”

“O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.”

Todos estes decretos instrumentam poderes próprios do Chefe do Executivo, sob um complexo sistema de *checks and balances*. Em cada um destes casos, o Executivo pode agir e baixar normas sem prévia e específica autorização do Legislativo, que aliás nem tem poderes para proibir, *ex ante*, a decisão presidencial. Lembrando uma vez mais Jackson, “*When the President acts in absence of either a congressional grant or denial of authority, he can only rely upon his own independent powers*”.

Assim, parece claro que no nosso sistema constitucional, pelo menos o Presidente da República tem poderes independentes, derivados diretamente da Constituição, para baixar decretos de cunho normativo, sem natureza regulamentar.

Mas não nos restrinjamos às medidas de exceção; a distinção entre decretos e regulamentos se encontra em outras fontes constitucionais. No seu art. 87, a Carta trata de uma relação menos ideologicamente carregada que a do rol de poderes presidenciais – a atribuição dos ministros. Assim são eles definidos:

*Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:*

*I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;*

*II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos; (...)*

Também aí não é possível, sem séria contaminação ideológica, entrever simples falta de estilo ou de imaginação do texto constitucional. Parece claro que entre os atos do Presidente da República haverá *decretos e regulamentos*, mesmo porque (ensina Cretella) “a forma tradicional é redigir regulamento em texto separado e baixar-se decreto que o aprove”. Nem todos os decretos serão regulamentos, ou a Carta não os distinguiria uma vez mais.

Porém a mais útil conclusão a se retirar do art. 87 é que *nem todos os decretos normativos são regulamentares*. Com efeito, se pode o Ministro baixar instruções para a execução de um decreto, que não seja regulamento, certamente tal decreto terá cunho normativo; não se conceberá a expedição de instruções para um decreto que tenha a natureza de ato condição.

Se não são regulamentares, ou seja, derivados e subordinados *diretamente à lei*, promovendo sua fiel execução, que decretos normativos serão estes?

O exemplo dos decretos de desapropriação, de intervenção, de sítio e de estado de defesa aponta o caminho: o decreto normativo de caráter não regulamentar é o instrumento pelo qual o Executivo manifesta vontade como resultado de poderes próprios, os quais podem ter (nos três últimos casos) conteúdo *prescritivo, geral e impessoal*. Em cada uma destas hipóteses, a base do poder é a Constituição, ela mesma.

Mas a fonte do poder do Executivo pode ter hierarquia infraconstitucional, e nem por isso o ato pelo qual o Presidente, Governador ou Prefeito terá natureza necessariamente subordinada.

## REGULAMENTO PARA FIEL EXECUÇÃO E DIRETIVA DE AUTOLIMITAÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO

Com efeito, sempre que a lei dá a uma autoridade um poder discricionário, de agir segundo uma avaliação de conveniência e oportunidade, este poder de agir deverá ser exercido de alguma forma. No nosso sistema constitucional, o instrumento de que dispõe o Chefe do Executivo para manifestar sua vontade, *inclusive quando exercitando poder discricionário de fundo infraconstitucional*, é o decreto.

Nem se pode postular – como na verdade ninguém o fez – que o atual texto constitucional vede o exercício do poder discricionário. Nem se firmou jamais que a manifestação do poder discricionário deva ser necessariamente subjetiva, pontual, expressa em cada caso por um ato condição. A oportunidade e conveniência, objeto da avaliação do agente público, não será tão fugaz, tão individualizada, tão subjetiva, que só comporte uma manifestação única, inaugural, irredutível a um parâmetro, ainda que tentativo.

Note-se, aliás, que mesmo no caso de regulamento para fiel execução, a possibilidade lógica de baixar tal regulamento presume alguma parcela de escolha discricionária entre as hipóteses do comando legal. É um truísmo a mais do Direito Administrativo. Não fora assim, e o conteúdo dos regulamentos de fiel execução seria o recomendado pelo Barão de Itararé: “Artigo único – Cumpra-se a lei”.

Mas o que ressalta do bom senso e da prática cotidiana é que as atividades de cunho efetivamente discricionário podem ser objeto de decreto *por direito próprio*. Jean Rivero indica a existência, no âmbito do Direito Administrativo Francês, desta margem de manifestação geral e prescritiva, sem caráter de *regulamento de fiel execução*, nem de *regulamento independente*:

*“En marge des lois et règlements, les “directives” adoptées par une autorité investie d’un pouvoir discrétionnaire posent, elles aussi, des principes*

*relatifs à l'usage qu'elle entend faire de ce pouvoir, mais réservent la possibilité de les écarter, compte tenu des cas d'espèce. Ces attitudes, qui tendent à substituer à la légalité traditionnelle une légalité "souple", moins contraignante pour l'administration, répondent à certaines nécessités dont la jurisprudence tient compte (...)"*.

Não se restringe ao Direito Francês a noção de diretivas de autolimitação ao poder discricionário. Com efeito, teve o subscritor ocasião de sustentar, perante o Supremo Tribunal Federal, a compatibilidade com o sistema constitucional pátrio de uma egrégia diretiva de aplicação do poder discricionário, o Ato Normativo nº 15 do INPI, que regulou por mais de quinze anos a transferência de tecnologia no Brasil.

A nossa excelsa corte, em longo e minucioso acórdão relatado pelo Ministro Oscar Dias Correia, enfrentou exatamente a insurgência de impetrante contra atos fundados no Ato Normativo em questão, alegando a violação dos limites do regulamento para fiel execução. No acórdão unânime, o Supremo identificou na norma legal de regência do controle de transferência de tecnologia uma inegável atribuição de poder discricionário, sem que a diretiva de autolimitação ficasse sujeita à pecha de incompatibilidade constitucional.

O que fez a Corte Suprema foi contratipar os elementos da diretiva em face dos propósitos da lei autorizativa, para sopesar a compatibilidade da expressão prescritiva e geral do poder discricionário com os fins gerais da norma do Poder Legislativo, concessiva de autorização. A razoabilidade da diretiva, em face do propósito da lei, e a óbvia mutabilidade dos critérios de atuação administrativa, insuscetíveis de regração em sede legal, são os claros motivos da decisão jurisprudencial.

Resulta deste importantíssimo aresto a confirmação de que o nosso Direito Administrativo aceita como plausível que, no exercício da discricionariedade do titular do respectivo poder determine regras de comportamento a seus subordinados, com base na potestade hierárquica.

Mais ainda, exatamente em homenagem à previsibilidade da conduta administrativa, atributo tão essencial quanto os princípios elencados no art. 37, *caput*, da Carta, o nosso direito pátrio enfatiza a *autovinculação* do titular do poder discricionário aos atos de caráter prescritivo, geral e impessoal que baixar com base em seu poder próprio, sem prejuízo de alterar sua manifestação quando a conveniência e a oportunidade o determinar.

## DIRETIVAS DE AUTOLIMITAÇÃO E DELEGAÇÕES LEGISLATIVAS

Uma mitologia final, que cabe exorcisar, é o da *impossibilidade das delegações legislativas*. Tal tese encontra ilustríssimos defensores, mesmo no âmbito da atual Constituição, entre os quais Luís Roberto Barroso, para o qual seria uma uniformidade da história constitucional brasileira tal delegabilidade – com exceção da Carta de 1937. No atual texto, embora carecendo-se da menção direta que fazia o art. 6º da Constituição Federal anterior, encontram os adeptos de tal doutrina reforço de sua posição no art. 25 do ADCT, que revogou *em cento e oitenta dias da promulgação da Carta*, todas as delegações ou atribuições a órgãos do Poder Executivo competências relativas à ação normativa.

É bem verdade que o mesmo dispositivo prevê que tais delegações poderiam ser prorrogadas por lei. Assim, ou (interpretando-se o corpo da Carta pelo seu segmento transitório) são as delegações possíveis, ou são elas apenas no caso da sobrevivência de delegações pretéritas.

Curiosamente, a prevalecer a tese de Barroso, que as delegações de ação normativa teriam sido inconstitucionais na Carta anterior, o dispositivo transitório como que constitucionalizaria *ex post facto* as milhares de deliberações do Conselho Monetário Nacional ou do Conselho Nacional de Seguros Privados, depositários entre outros de uma capacidade prescritiva derivada de lei. A rigor, poder-se-ia mesmo concluir do dispositivo transitório que – fosse realmente vedada a delegação de ação normativa a órgãos do Exe-

cutivo nas Cartas anteriores – na presente, por falta de proibição estrita e pela autorização da *grandfathering clause* do art. 25 do ADCT, algum tipo de delegação deste tipo seria permissível.

Barroso percebe, como o fazem outros membros da advocacia pública, que não há realmente mácula incorrigível nas ações normativas de órgãos do executivo, pois concede que

*“É até possível que ao longo da vigência da nova Carta a doutrina e a jurisprudência venham a acolher entendimento mais flexível, embora exigindo a fixação de standards e rejeitando a abdicação”*

Sabe, obviamente, o douto constitucionalista que, aqui, em particular, a tradição constitucional americana elaborou complexo e eficiente metodologia de avaliação de parâmetros e de propósitos de uma delegação legislativa a órgão do Poder Executivo. Ao traçar os propósitos e ao conceder os instrumentos de uma ação administrativa, o Legislativo jamais abdica de seus poderes (inclusive e principalmente o poder político de denegar meios para a continuidade da ação, até mesmo por via orçamentária).

De outro lado, a teia constitucional é viva e contínua. O extremismo ideológico, ao simplesmente denegar qualquer ação prescritiva geral ao Executivo, atenta muito mais contra a Constituição do que qualquer iniciativa normativa do Executivo poderia fazer. A dinâmica dos freios e contrapesos, à visão dos que negam ao Executivo qualquer poder normativo, se reduziria a um sistema estático e ahistórico de tabus intransponíveis, que a realidade da democracia real e viva desmente.

Que nosso sistema constitucional tenha optado por um método de separação e harmonia de poderes *funcionais* – e não pela *intercessio* de dois agentes de mesmo poder funcional, como os cônsules romanos – não significa que se conceda ao Executivo apenas a função de repetidor, exato, restritíssimo, ainda que

detalhista, da vontade do Poder Legislativo. A dinâmica constitucional democrática pressupõe outra coisa, como ensina o *leading case* sobre delegações legislativas:

*“The Constitution as a continuously operative charter of government does not demand the impossible or the impracticable. It does not require that Congress find for itself every fact upon which it desires to base legislative action or that it make for itself detailed determinations which it has declared to be prerequisite to the application of the legislative policy to particular facts and circumstances impossible for Congress itself properly to investigate. The essentials of the legislative function are determination of the legislative policy and its formulation and promulgation as a defined and binding rule of conduct. [These] essentials are preserved when Congress has specified the basic conditions of fact upon whose existence or occurrence, ascertained from relevant data by a designated administrative agency, it directs that its statutory command shall be effective. It is no objection that the determination of facts and the inferences to be drawn from them in the light of the statutory standards and declaration of policy call for the exercise of judgment, and for the formulation of subsidiary administrative policy within the prescribed statutory framework. ”*

Não obstante a vigorosa afirmação desta dinâmica do equilíbrio entre os poderes pela Suprema Corte Americana, deve-se notar que *no caso presente*, não se tem qualquer delegação legislativa. Prescrever para terceiros, fora da Administração é a natural função de tal delegação; o que se examina, no caso vertente, é um preceito interno, de ordenação *pro domo sua*. O que a lei em questão deu ao Executivo foi um instrumento de administração de produtividade, relativo ao seu próprio corpo funcional.

Ao se examinar, assim, a tese das delegações legislativas, teve-se assim como propósito apontar a carência científica da doutrina do Poder Regulamentar, como prevalente entre nossa

prática comum. Apontando sua natureza estritamente ideológica, e historicamente superada (tantos anos após o fim do regime militar), cabe-nos agora demonstrar como sua aplicação ao caso vertente é não só indevida mas também ofende ao mais essencial de todos os princípios jurídicos: o da razoabilidade.

## UM INSTRUMENTO DE PRODUTIVIDADE

Não se denega ao comando de uma estrutura laboral – privada ou pública, o poder diretivo sobre os homens e mulheres que constituem sua força de trabalho. Este poder se manifesta de quatro formas diversas:

pela organização de funções laborais (que no sistema estatutário fica sob reserva legal);

pela proposição de normas regulamentares de trabalho;

pela imposição disciplinar; e, finalmente

pelo *poder conformativo da prestação*, “que se exprime pela possibilidade de dar ordens e de fazê-las obedecer”.

Esta última faceta da potestade intrínseca à organização laboral pode-se dar por via impositiva ou por meio de estímulos e incitamentos à produtividade. Um exemplo típico de mecanismo do poder conformativo de prestação, em sua modalidade incitativa, são as gratificações de produtividade ou as comissões de venda, comuns tanto no setor privado quanto na área pública.

Aqui cabe distinguir, com muita ênfase, na estrutura da remuneração do servidor, o *padrão e vantagens* de que fala o Direito Administrativo, das gratificações *pro labor faciendo* de caráter incentivatório. Aquelas, estabelecidas em reserva de lei como parte integrante do cargo, tem como fundamento a manutenção do servidor, em sua dignidade humana. O “padrão e vantagens” é contrapartida vinculada, direito do servidor pelo simples cumprimento de sua prestação laboral.

Já as gratificações de incentivo têm natureza naturalmente vinculada a *resultados* – e entender ou aplicá-las de outra forma constitui-se em desvio de finalidade, sancionável pela nulidade e pela responsabilidade funcional ou política. Estes resultados serão avaliados segundos os *standards* indicados na regra patronal ou lei instituidora, mas a prudência impõe que a avaliação permaneça no âmbito discricionário. Certamente, mesmo a discricionariedade do empregador privado tem de obedecer aos princípios da isonomia e da razoabilidade; não menos a do administrador público.

É intrínseco ao poder conformativo do administrador privado ou público determinar como um incentivo deve ser administrado, não só levando em conta as disponibilidades de caixa, como a melhor forma de se conseguirem os objetivos da gratificação. Esta determinação se faz *ex ante*, ao propor a regra patronal ou o projeto de lei, ou, *havendo poder discricionário, ex post*.

Assim, os propósitos a que a gratificação visa são elementos essenciais da análise de razoabilidade dos meios e do desvio de finalidade, na fixação dos seus parâmetros. Que resultados se visarão com uma gratificação de *produtividade*? Seguramente, não só o esforço, ou boa vontade do trabalhador; “produtividade” não é o mesmo do que interesse ou entrega ao trabalho.

Ao formular um projeto de lei, ou ao baixar uma decisão patronal, o administrador público ou privado tem de levar em conta, assim, critérios relativos ao resultado pretendido: produção objetiva, e não só esforço. Não menos tal se dá quando a lei ou decisão patronal reserva escolhas discricionárias ao administrador público ou privado.

Quaisquer que sejam, os limites da discricionariedade então outorgada estarão fixados pelo propósito necessário de aumentar a produtividade em termos objetivos. Obedecidos tais limites, aplicam-se os ensinamentos de Yakus: “It is no objection that the determination of facts and the inferences to be drawn from them in the

light of the statutory standards and declaration of policy call for the exercise of judgment, and for the formulation of subsidiary administrative policy within the prescribed statutory framework”.

### A DISCRICIONARIEDADE NECESSÁRIA DA GRATIFICAÇÃO

O texto da lei sob análise é uma outorga indiscutível de discricionariedade. Com efeito, diz ela que a gratificação *a ser atribuída*, o será *até* o limite individual de duzentos e quarenta pontos.

Assim, a autoridade que vier a atribuir a gratificação, levando em conta, na voz da lei, a “contribuição para o real incremento da arrecadação municipal” de cada servidor, só poderá graduar a benesse *até* duzentos e quarenta pontos.

De outro lado, a partícula “até” demarca um espaço em que a lei não fixa valores precisos. Um espaço que deverá ser delineado *à luz dos parâmetros que a lei fixa* [in the light of the statutory standards]: *até* duzentos e quarenta pontos; e *com vistas à política pública declarada pela lei* [declaration of policy]: a citada “contribuição para o real incremento da arrecadação municipal”.

Enfatizam os especialistas que a gratificação de produtividade deve ser individualizada; que deve ser mensurada levando em conta a produtividade pessoal, por exemplo, pelo cumprimento de metas qualitativa e quantitativamente caracterizadas. Assim, o “até” teria um aspecto subjetivo, que dependeria da produtividade de cada servidor, individualmente.

Mas a lei silencia como se fará a atribuição *objetiva* da graduação; não prefigura quais são as metas, quais os requisitos qualitativos, quais os quantitativos. Pois que as metas têm cunho marcadamente *executivo*; assim também os critérios de aferição de qualidade ou quantidade, que podem variar levando em conta dife-

rentes políticas públicas. É neste espaço objetivo, mas político, não no subjetivo, e laborativo, que se tece o poder discricionário do Prefeito.

É exatamente devido ao vínculo entre a produtividade e o desempenho pessoal do servidor que se impõe o discricionarismo do Executivo. Não fosse pelas variações pessoais possíveis, a lei poderia dizer: cada servidor ganha tanto. Como os critérios devem acompanhar, *de um lado*, as políticas públicas da arrecadação e *de outro*, as qualidades e eficácias subjetivas, abre-se o espaço necessário do poder discricionário.

Assim, é preciso acentuar a dupla repercussão da crucial partícula “até”: “até”, porque certos servidores, em certos meses, podem variar em produtividade. Mas “até”, também, porque no espaço que vai do ponto zero até os duzentos e quarenta pontos há que se estabelecerem critérios, que impeçam a desigualdade, a arbitrariedade e a injustiça. Tratando-se de critérios com claríssimo cunho técnico (o que é resultado, do ponto de vista da teoria da Administração) e político (que resultados se visam segundo as políticas públicas pertinentes), a lei só poderia deixar a vertente objetiva do “até” sob o poder discricionário do Executivo.

Na estrutura municipal, como é natural, como a administração direta da arrecadação está a encargo da Secretaria de Fazenda, o Prefeito deixa os detalhes da fixação dos critérios do “até” com o titular daquela pasta. Cabe-lhe apenas estipular as grandes linhas do *poder conformativo da prestação*, “que se exprime pela possibilidade de dar ordens e de fazê-las obedecer”.

Assim é que o fez, estabelecendo – por autolimitação e não por ação regulamentar – que o limite para as diferentes categorias seria distinto: *até* 240 (duzentos e quarenta) pontos para os funcionários de cargos que exigem nível de escolaridade em grau superior; e *até* 160 (cento e sessenta) pontos, para os funcionários de cargos que exigem escolaridade em segundo grau.

Foram estes os parâmetros que o Prefeito delegou ao Secretário de Fazenda para o exercício de seu poder discricionário. Poderia ele mesmo estabelecer as minúcias da pontuação; e assim,

caracterizar atividades típicas de nível médio com um limite de pontuação, e com outras as atividades de nível superior. Não o fez, em respeito à descentralização. Delegou, autolimitando-se.

## DA RAZOABILIDADE DO DISCRÍMEN NA AUTOLIMITAÇÃO

Embora a doutrina enfatize a liberdade do administrador no exercício de seu poder discricionário, quer este parecerista crer que, como enfatiza o Direito Constitucional Americano na doutrina de Yakus, mas como também o faz o Direito Administrativo Francês, na tese do *detournement de pouvoir*, impõe-se examinar a razoabilidade do critério como uma *formulation of subsidiary administrative policy within the prescribed statutory framework*.

Em outras palavras: no exercício da autolimitação, o Prefeito agiu de forma razoável em face da política expressa na lei, e dentro de seus parâmetros? Contribuiu o Prefeito, ao aplicar discricionariamente o "até" da lei, para os propósitos que a norma expressa?

Entendo que sim. Minha conclusão se baseia em dois parâmetros que, sendo de *razoabilidade*, no sentido do atendimento do *substantive due process of law*, o são *a fortiori*, segundo o critério ainda mais augusto do bom senso. Como lembra Siqueira Castro:

*"Por exigência insuprimível de limitação de mérito ou de conteúdo nas decisões de caráter normativo, a nenhuma autoridade constituída, nem mesmo ao legislador legitimamente investido da representação política, é dado deliberar de forma arbitrária e incondicionada."*

Em primeiro lugar, cumpre lembrar, uma vez mais, que a gratificação é de *produtividade*. Não de encargos especiais, ou de melhores esforços. Não é do servidor limitado, mas esforçado, que

ela cuida, mas do resultado objetivo que ele possa dar, considerando-se as políticas públicas pertinentes.

Não se pode esperar de um servidor de nível médio o *resultado* que seria próprio do nível superior. Ofende à boa razão que os anos de formação escolar e os critérios distintos dos diferentes concursos não viessem a representar *resultados* diferentes. Assim, autolimitando-se em face de resultados diversos, o Prefeito usou razoavelmente seu poder discricionário.

Em segundo lugar, o Prefeito aplicou com razoabilidade as exigências do princípio concursivo, e de seu colorário, a proibição do desvio de funções. Ambos representam a *garantia de qualidade do serviço público* em face do cidadão que o frui e do contribuinte que o paga. É nesta ótica, e não da simples igualdade de oportunidade a todos, que avulta o princípio concursivo.

Com efeito, ao limitar o alcance do princípio concursivo à isonomia perante a prebenda do Governo, o Direito apenas moderniza, dando foros de democracia, o atributo regalengo do soberano como *fons honoris*, a fonte das vantagens e honras. Olhando apenas do ponto de vista do concursando, o Direito Administrativo permanece feudal.

Mas o concurso, suas imposições e exigências, é um requisito de qualificação. É do *direito a um serviço público qualificado* que trata a Carta da República, ao exigir que a investidura seja precedida de exame de provas e títulos. A contrapartida da diferente qualificação é a diferente remuneração. Se o *resultado* que um concursado de nível superior e um de nível médio pudesse alcançar fosse o mesmo, o direito público à qualificação seria frustrado.

Assim, o critério de autolimitação escolhido pelo prefeito, além de ser *legal*, pois que exercício regular de seus poderes discricionários, é também razoável, tanto em face dos objetivos *específicos* da lei instituidora, quanto dos dos requisitos maiores, de fundo constitucional, do direito público à qualificação da Administração.

## CONCLUSÃO

Entendemos, assim:

que o Decreto nº 12.335, de 15 de outubro de 1993, em nada inovou em face da Lei Municipal nº 1933 de 29 de dezembro de 1992, no que toca especificamente à atribuição de vantagens aos servidores da Secretaria Municipal de Fazenda, integrantes do chamado Grupo Fazendário, titulares de cargos de nível médio, **senão pelo exercício regular, em estrito cumprimento do *substantive due process of law*, da auto-limitação do poder discricionário instituído pela lei autorizativa;**

que não só a lei autorizativa da concessão da vantagem não havia previsto a discriminação efetuada pelo decreto, **como não poderia fazê-lo, sem ofensa ao princípio de separação e harmonia entre os Poderes.** Com efeito, tal princípio exige que as decisões relativas ao chamado *poder conformativo da prestação*, “que se exprime pela possibilidade de dar ordens e de fazê-las obedecer”, **sejam discricionariamente tomadas pelo Executivo como parcela inerente de sua potestade constitucional.**

É assim, legal e conforme às normas constitucionais o Decreto 12.335, de 15 de outubro de 1993, ao estabelecer que o valor da Gratificação de Desempenho Fazendário fosse calculado *até* 240 (duzentos e quarenta) pontos para os funcionários de cargos que exigem nível de escolaridade em grau superior e *até* 160 (cento e sessenta) pontos, para os funcionários de cargos que exigem escolaridade em segundo grau.

É meu parecer, salvo melhor juízo.

DENIS BORGES BARBOSA  
PROCURADOR DO MUNICÍPIO

## Parecer PG/PPE nº 36/96-ADN

*Constitucional, Processual Constitucional e Previdenciário. §2º, do art. 202, da CF. Compensação financeira entre os diferentes sistemas previdenciários. Norma de eficácia contida. Necessidade de fixação de critérios pelo ordenamento infraconstitucional. Leis Federais nºs 8.212 e 8.213, do ano de 1991, que não atenderam a esta finalidade. Art. 59, do ADCT. Esgotamento do prazo constitucionalmente fixado para a aprovação da lei. Omissão inconstitucional caracterizada. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Cabimento em tese. Art. 103 e incisos da CF. Ilegitimidade atava do Município e de suas autoridades para a causa que, de resto, não se recomendaria aforar em face das suas limitações práticas. Mandado de injunção. Art. 5º, LXXI, da CF. Pressupostos para o ajuizamento presentes. Tratamento dispen-*

*sado ao instituto pelo Supremo Tribunal Federal. Construção e evolução pretorianas que sinalizam com a possibilidade, ainda que restrita, de obtenção de efeitos concretos capazes de compelir as autoridades impetradas a suprir a lacuna legislativa. Precedentes da Corte Suprema.*

1. Trata-se de apurar a maneira juridicamente exata de implementar-se o comando contido na parte final do §2º, do art. 202, da Constituição Federal, do seguinte teor:

*“Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.”*

2. Recebeu o Município do Rio de Janeiro, para fins de concessão de aposentadoria a seus servidores, o encargo de aceitar tempo de serviço prestado a terceiros, garantindo-lhe a Constituição, em contrapartida, o direito de acertar contas com os demais sistemas de seguridade existentes, por critérios a serem fixados por lei que se dispunha de um ano para promulgar.

3. Em 24 de julho de 1991, foram editadas as Leis de número 8.212 e 8.213, a primeira dispondendo sobre a organização da Seguridade Social e instituindo o Plano de Custeio da Previdência, e a segunda cuidando dos Planos de Benefício.

4. Silenciando a Lei nº 8.212/91 quanto ao tema da compensação entre os sistemas previdenciários, a este respeito intentou versar a Lei nº 8.213/91, em sua Seção VII, sob o título “Da Contagem Recíproca de Tempo de Serviço”.

5. A disciplina ali vista, contudo, muito deixou a desejar, sobretudo porque nitidamente se a estabelecia “*Para efeito dos benefícios previstos no Regime Geral da Previdência Social...*” de que estão excluídos os servidores públicos em geral .

6. O tom do tratamento dispensado ao problema resta claro da leitura do art. 94 e de seu parágrafo único, da Lei nº 8.213/91:

*“Art. 94. Para efeitos dos benefícios previstos no Regime Geral da Previdência Social, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuições ou de serviço na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diferentes sistemas de previdência social se compensarão financeiramente.*

*Parágrafo único: A compensação financeira será feita ao sistema a que o interessado estiver vinculado ao requerer o benefício pelos demais sistemas, em relação aos respectivos tempos de contribuição ou de serviço, conforme dispuser o Regulamento.”*

7. Como se percebe, o dispositivo em referência nem de longe se presta a atender ao solicitado pelo §2º, do art. 202, da Constituição Federal, já que limita-se a dizer o objeto a compensar – ponto mais que óbvio em virtude do compulsório aproveitamento do tempo de serviço recíproco, sem que, no entanto, esclareça que critérios devem ser seguidos para o encontro de contas.

8. Cogitar-se da entrega, pura e simples, dos valores recolhidos a título de contribuição ao sistema remetente do tempo de serviço, como critério para compensação financeira ao sistema destinatário, é uma idéia que esbarra em algumas dificuldades, a primeira delas a ausência dessa previsão na lei comentada ou em outra qualquer.

9. Há dois óbices, porém, à adoção do valor da contribuição como critério.

10. O primeiro, quando for o caso de aproveitamento do tempo de serviço público prestado a outro ente federativo **quando junto a este não haja ocorrido o recolhimento de contribuições previdenciárias**, sobretudo no período anterior à aprovação da Emenda

Constitucional nº 3/93, que inseriu o §6º, no art. 40, da Constituição Federal. De que receita se creditaria o sistema responsável pela remuneração da inatividade?

11. O segundo, considerando a existência de outros benefícios previdenciários, que não apenas o da aposentadoria, passíveis de serem desfrutados pelo segurado, junto ao sistema primitivo, e que, portanto, para este gerariam uma despesa cuja fonte de custeio seria, igualmente, a contribuição em debate. Nesta hipótese, seria correto que o sistema responsável pela aposentadoria levasse a integralidade do valor das contribuições pagas?

12. O importante, bem se vê, é que, a despeito da promulgação das leis nºs 8.212 e 8.213, em 1991, a disciplina da compensação financeira entre os sistemas previdenciários não veio, o que na prática impede o mútuo acerto das contas, muito embora subsista a obrigação constitucional de admitir o tempo de serviço ou contribuição externo do servidor, com vistas à sua transferência para a inatividade, sem a correspondente fonte de custeio.

13. Por outro lado, não se perdeu de vista o disposto no art. 198, do Decreto Federal nº 611/92.

14. Sucede que o citado dispositivo nada acrescentou à discussão.

15. Além disso, em nosso sistema constitucional jamais seria concebível que um regulamento federal disciplinasse a atuação administrativa do sistema previdenciário do Município, sobretudo pelo que vai no parágrafo único, do art. 149, e no inciso h, do art. 24, ambos da Carta Republicana.

16. Adite-se aos argumentos até aqui trazidos os elencados pelo Min. Sepúlveda Pertence, em julgado do Tribunal Pleno do STF proferido em 30.9.93 – ou seja, quando já em vigor as duas leis da Previdência antes mencionadas –, na apreciação, à luz do §2º do art. 202, da Constituição Federal, do dispositivo da Constituição do Estado de São Paulo que condicionava “...cômputo do tempo anterior de contribuições ao sistema geral de previdência

*social correspondente ao desempenho de atividades privadas...”, para todos os efeitos, ao pagamento prévio de um número determinado de contribuições ao sistema previdenciário daquele ente federativo:*

“Só a lei federal *poderá* dispor, com fundamento no art. 202, §2º, da Constituição, sobre os critérios de compensação financeira entre os sistemas de previdência social, em cada hipótese de aposentadoria mediante contagem recíproca de tempo de contribuições. (grifou-se)

10..... a lei reclamada na parte final do art. 202, §2º O, CF.. há de ser unicamente a lei federal, nunca, uma lei estadual para cada unidade federativa. (grifou-se)

12. É evidente, assim, que jamais poderia a Constituição ter confiado à diversidade das leis locais a regência dos critérios de compensação, vinculanles do sistema previdenciário federal: a matéria *demandada* *solarão* normativa uniforme. (grifou-se)

17. Neste mesmo julgamento, a Suprema Corte, dando a correta exegese ao §20, do art. 202, da Constituição Federal, deu sua visão a respeito da omissão constitucional que aqui se sustenta existir, muito embora não fosse esta exatamente a matéria a decidir:

“O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator)

13 ... dispensa demonstração que a compensação financeira prevista na Constituição Federal ... unicamente à busca da recomposição do equilíbrio entre as contribuições recebidas por um sistema previdenciário e a aposentadoria a ser paga pelo outro ...

23. *Outra coisa é a previsão, na segunda parte do mesmo texto constitucional, da compensação financeira entre os diferentes sistemas previdenciários, essa sim, pendente do estabelecimento de critérios legais.* (destacou-se)

.....  
VOTO

*O Sr. Ministro Marco Aurélio.....*

*O sistema de compensação, pelo menos em nível constitucional, foi introduzido pela Carta de 1988 e, sem querer colocar em dúvida o que asseverado pelo Ministro Moreira Alves, não conheço diploma algum que o estabelece a ponto de alcançar objeto da regra constitucional. ou seja, a verdadeira compensação entre os sistemas" (grifou-se)*

18. Resta claro que também para aquele Tribunal, a regulamentação dos critérios dentro dos quais ocorrerá a compensação está a cargo de lei ainda não aprovada pelo Congresso.

19. Não se estaria diante de mera lacuna do ordenamento jurídico que poderia "... ser suprida, objetivamente, pelo juiz, de acordo com o art. 126 do Código de Processo Civil.", mas sim da "... falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades..."

20. Dessa maneira, no que concerne ao presente estudo, o problema passa a ser focado em ordem a ensejar a plena eficácia da compensação, constitucionalmente assegurada, dos sistemas previdenciários entre si, a despeito da carência de disposição normativa reclamada pelo §2º, do art. 202, da Constituição Federal.

21. Não resta a mais mínima dúvida de que o Congresso Nacional, no que pertine ao tema, de há muito incorreu naquilo que a jurisprudência do STF denomina *mora constitucional*, essencialmente definida como a "... inércia injustificável da autoridade pública, na execução do encargo que lhe foi constitucionalmente imposto..."

22. "A inércia dos órgãos estatais, *que deixam de exercer a obrigação de emanar normas*, determinada em preceitos constitucionais, traduz verdadeiro processo **informal** de mudança na Constituição 'Configura inegável processo de mudança constitucional, embora não altere a letra constitucional, altera-lhe o alcance, na medida em que paralisa a aplicação constitucional. Tal paralisação, não desejada ou prevista pelo constituinte, é de ser tida como inconstitucional'."

23. Trata-se, assim, de inconstitucionalidade por omissão.

24. A respeito do assunto, a perplexidade está menos na quantidade de estudos, do que na falta de uniformidade das conclusões neles oferecidas.

25. Detectado o erro, dois seriam, em princípio, os instrumentos de correção de que desde logo se cogitaria: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (§2º, do art. 103, da CF) ou o mandado de injunção (inciso LXXI, do art. 5º da CF).

26. No texto constitucional, assim vêm apresentados os dois institutos:

"Art. 5º ....

*LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania "*

"Art. 103 .....

*§2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias"*

27. Abstraindo-se das inúmeras controvérsias em todos os sentidos quando a matéria é inconstitucionalidade por omissão e seus sucedâneos, concentrando-se na casuística da Corte Constitucional, tem-se que:

a) a declaração de inconstitucionalidade por omissão é forma de controle concentrado de constitucionalidade – vale dizer da eficácia das normas constitucionais;

b) o mandado de injunção é a ação do titular de direito que a Constituição assegure, em norma de eficácia contida, lesado por uma omissão inconstitucional de parte do órgão ou autoridade competente para expedir a regulamentação própria.

28. “A ação direta de inconstitucionalidade tem por escopo a defesa da ordem jurídica; já o mandado de injunção tem por afinidade proteger direito subjetivo constitucional, direito individual ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A ordem jurídica, objeto da ação direta, tem caráter abstrato; a defesa de direito individual, entretanto, faz-se em concreto”

29. Ou seja, embora possuam o mesmo fundamento, o objeto de uma e outra medida são distintos: na primeira, busca-se uma declaração em tese sobre a existência de uma omissão inconstitucional- na segunda, partindo necessariamente do pressuposto de que aquela omissão exista – o que igualmente deverá ser apreciado no julgamento da causa – cuida-se dos efeitos concretos da *mora legislativa* da autoridade no direito do impetrante.

30. Dentro da perspectiva do presente trabalho, descarta-se, de pronto, o uso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

31. Primeiramente, porque o Município do Rio de Janeiro ou qualquer de suas autoridades não possui legitimidade ativa para provocar essa modalidade de controle, junto ao STF, à luz da Constituição Federal, pelo que nela se estabelece em seu art. 103, *caput* e incisos.

32. Ainda que fosse superável o problema da legitimidade e não é, ao menos juridicamente, o mandado de injunção continuaria sendo a melhor escolha.

33. Numa visão que se pretende sistemática, a via da ação direta teria apenas o condão de dotar o mundo jurídico de uma declaração de inconstitucionalidade por omissão com efeitos *erga omnis*, que, além da ciência “... ao Poder competente para a adoção das providências necessárias...”, quando muito se prestaria a municiar o mandado de injunção do seu pressuposto inafastável, sem possuir as mesmas possibilidades oferecidas por este, como adiante se abordará.

34. De resto, a análise do atendimento ao pressuposto da existência da inconstitucionalidade omissiva prescinde daquela modalidade de controle concentrado, porque pode e deve ser feita no próprio julgamento da injunção.

35. A despeito do até aqui exposto, quase uma década depois de promulgada a Constituição da República, a jurisprudência do STF todavia claudica quando se depara com a questão da efetividade da sentença proferida num ou noutro caso.

36. Isso ocorre porque, nas duas hipóteses, o ponto nevrálgico da discussão se assenta na necessidade de uma determinada norma jurídica, cuja falta provoca a dormência de um certo direito latente no texto constitucional.

37. E o dilema da Corte sempre esteve entre suprir essa lacuna, e invadir a competência de outro Poder – normalmente o Legislativo, mas não exclusivamente –, ou não supri-la, e correr o risco de emitir uma sentença inócua que “recomenda”, “solicita”, “exorta” ou “dá ciência” ao outro Poder para que cumpra a sua obrigação constitucional, mas cujo desatendimento nada permitiria fazer, à míngua de sanção prevista para essa hipótese.

38. Uma coisa é certa, quando se trata de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevalece no STF a tese de que deve o Tribunal limitar-se à ciência, ao Poder ou órgão competente, da omissão inconstitucional, a fim de que a supra.

39. Já na seara do mandado de injunção, providências práticas foram cogitadas:

a) no julgamento do Mandado de Injunção nº 107-DF, Rel. Min. Moreira Alves, o entendimento veio na linha de que *"... se determine, se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional."*

b) quando da apreciação do Mandado de Injunção nº 283-5-DF, em que se analisou a ausência da lei reclamada pelo §3º, do art. 8º, do ADCT, concedeu aquela Corte o prazo de 60 dias para que se ultimasse o processo legislativo, incluindo a sanção presidencial, sob pena de franquear-se ao impetrante a obtenção do direito almejado pelas vias ordinárias;

c) no aresto do Mandado de Injunção nº 284-DF onde a omissão constitucional alegada era a mesma do feito mencionado no item anterior, disse a Suprema Corte: *"Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional.... e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção nº 283,... absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se prescindível nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizarem, imediatamente, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório"*.

d) em outro Mandado de Injunção, de nº 429, onde o impetrante postulava direito semelhante ao pedido no feito descrito no item anterior, decidiu-se que *"Persistindo a mora do legislador quanto à edição da lei regulamentadora preconizada no mencionado dispositivo constitucional.... já declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MI nº 283, é de assegurar-se de logo ao interessado, por ela prejudicado, a possibilidade de exercitar seu pretense direito por*

*meio de ação ajuizada nos lermos do direito comum, na conformidade com a orientação jurisprudencial assentada nos precedentes da Corte (MI nº 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, e MI n. 284, Rel. Min. Celso de Mello)"*;

e) no julgamento do Mandado de Injunção nº 232-RJ, em questão a ausência de lei regulamentadora do art. 195, §7º, da Constituição Federal, concedeu-se ao Congresso o prazo de seis meses para adoção das *"... providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente.... da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo em que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerido"*

40. Destaca-se deste último julgado a seguinte passagem, do voto do Min. Sepúlveda Pertence, essência do pensamento daquele Pretório quanto aos efeitos concretos passíveis de obtenção em sede de mandado de injunção:

*"... sempre que o caso permitir, inserir, no mandado de injunção, uma cominação, com o sentido cautelar ou compulsivo de levar à agilização do processo legislativo de complementação da norma constitucional, sem no entanto, se substituir definitivamente o Tribunal ao legislador"*

41. Além disso, em casos onde *"... o Estado se valesse de sua omissão no regulamentar direito, liberdade ou prerrogativa constitucional, seria lícito ao Poder Judiciário impedi-lo disso por medidas concretas (como a suspensão do processo administrativo ou judicial) que não implicassem a regulamentação, in concreto ou in abstracto, da norma constitucional dependente de regulamentação"*

42. De outra parte anote-se que na Corte Suprema inexistente controvérsia a respeito dos seguintes temas:

a) ser auto-aplicável o dispositivo constitucional que instituiu o mandado de injunção;

b) "... a mesma razão que justifica a concessão do mandado de injunção aos direitos e garantias previstos nesse artigo 5º existe com relação aos outros direitos e garantias constitucionais (inclusive os sociais cujo exercício seja inviabilizado pela falta de norma regulamentadora)";

c) o procedimento utilizado, por analogia, é o do mandado de segurança;

43. Atente-se para o fato de que o mandado de injunção é contra "autoridades, órgãos ou Poder a que se imputa omissão inconstitucional quanto à regulamentação...", daí porque não se possa condenar condicionalmente a União Federal (que não é parte no mandado de injunção) caso o Congresso não elabore, no prazo estabelecido, a regulamentação do texto constitucional em causa, nem outros entes federativos ou pessoas - como o INSS - tampouco cabendo a constituição de litisconsórcio passivo destes com a autoridade impetrada, pelos mesmos motivos invocados pela jurisprudência para este entendimento quando se trata de mandado de segurança.

44. Assim, a despeito do risco de eventuais limitações da sentença futura, opino pela propositura de mandado de injunção, junto ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "q", da CF), contra o Congresso Nacional e o Presidente da República, responsáveis pela elaboração da norma regulamentadora inconstitucionalmente omitida, (art. 61, da CF, c/c art. 59, *caput*, do ADCT), a fim de que sejam notificadas essas autoridades para que procedam à elaboração legislativa de que se ressente o §2º, do art. 202, da CF, no prazo de 60 (sessenta) dias, sob pena de não o fazendo ser franqueado ao Município do Rio de Janeiro o acesso às vias ordinárias, contra os demais sistemas previdenciários do país, inclusive o do INSS, para obter, à luz do ordenamento civil vigente e mediante a aplicação da matemática atuarial, a compensação financeira, a que constitucionalmente faz jus pelo tempo de serviço ou contribuição, prestado

por seus servidores a outra esfera de serviço público ou à iniciativa privada, que haja sido ou venha a ser obrigado a considerar na concessão de aposentadoria.

Rio de Janeiro, 12 de setembro de 1996

ARLINDO DAIBERT NETO  
PROCURADOR DO MUNICÍPIO

### VISTO AO PARECER PG/PPE Nº 36/96-ADN

Senhora Procuradora-Geral:

**RATIFICO** o pronunciamento em epígrafe, fruto de cuidadoso estudo encetado pelo Dr. Arlindo Daibert Neto, que perscrutou a jurisprudência sobre o *mandado de injunção* e concluiu pelo seu cabimento.

A medida em apreço fora a alvitada pela Ilma. Sra. Subsecretária Municipal de Administração, com os endossos subsequentes do Exmo. Sr. Titular daquela Pasta e do Chefe do Executivo.

Frise-se que o que aqui se assevera é a pertinência do remédio constitucional apontado, não que o mesmo vá medrar, o que de resto não é lícito assegurar a respeito de qualquer tipo de demanda, considerando os imponderáveis da via judicial.

Nada obstante, é a única providência cabível para tentar por cobro ao desencontro de contas de seguridade social aqui versado.

À superior apreciação.

Rio de Janeiro, 08 de outubro de 1996.

GUSTAVO VIANNA DE SIQUEIRA  
PROCURADOR-CHEFE EM EXERCÍCIO  
NA PROCURADORIA DE PESSOAL

*Parecer*  
*PG/GAB nº 2/95-CGD'AF*

*Constitucional e Administrativo. Magistério público. Aposentadoria. Contagem recíproca de tempos de exercício de funções dentro e fora do magistério.*

Exma. Sra. Procuradora-Geral:

1. Estudando a questão da aposentadoria dos servidores ocupantes dos cargos de professor, e considerando o realce atribuído, pela Constituição Federal, à categoria em apreço, em sede de fixação do tempo de serviço necessário à aposentação voluntária com proventos integrais; e bem assim, a necessidade de estabelecer-se um entendimento sistemático quanto à disciplina constitucional das inativações funcionais, cheguei, objetivamente, às seguintes conclusões:

a) que não se pode considerar, isoladamente, o disposto nas alíneas a, b e c, do inciso III, do art. 40 da CF; nem as demais regras constitucionais e infraconstitucionais sobre a matéria;

b) que as normas que envolvem aspectos temporais, referidas na letra anterior, devem ser examinadas em face do cargo ocupado pelo servidor, no momento em que esse requerer a aposentadoria facultativa; ou no da ocorrência de qualquer dos fatos que conduzem à aposentadoria por invalidez ou idade.

2. A essas observações devem somar-se os seguintes esclarecimentos:

a) a Constituição Federal, ao prescrever o tempo mínimo necessário à aposentadoria voluntária, o faz em número de **anos civis**, ou seja, tendo em vista o calendário gregoriano;

b) o cálculo dos proventos da inatividade, seja quando essa se der na sua forma voluntária, seja nas hipóteses de invalidez ou de idade, é feito sempre proporcionalmente, com base em uma fração cujo denominador é igual ao número de anos (civis) que são necessários à aposentadoria por tempo de serviço, e o numerador ao número de anos trabalhados.

3. Com relação, especialmente, à aposentadoria dos ocupantes do cargo de professor, objeto do presente estudo, dispõe a Constituição Federal no seu art. 40, III, b da seguinte forma:

*" Art.40 - O servidor será aposentado:*

.....

*III - voluntariamente:*

.....

*b - aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais".*

A literalidade do texto constitucional leva a que, na aplicação isolada do dispositivo citado, tenha de haver a cumulação dos dois pressupostos: (a) "ser ocupante" do cargo de professor, no momento da aposentação, e (b) "ter" 30 ou 25 anos de efetivo exercício em funções de magistério.

Assim, se o professor detiver efetivamente vinte e cinco, se mulher, e trinta anos, se homem, de efetivo exercício em funções do magistério, nenhuma dificuldade se apresenta.

4. Existem, no entanto, as seguintes hipóteses:

a) ao assumir o cargo de professor, o servidor já é titular de tempo de serviço em atividades que não as de magistério;

b) o professor, ao longo de sua vida funcional, é deslocado para o exercício de funções outras, como, por exemplo, as de confiança.

Foi, precisamente neste ponto (e aqui não se encontra em linha de consideração definir-se o que venham a ser "funções de magistério"), que surgiram inúmeras controvérsias, especialmente após a normatização do Parecer PG/PPE/16/93.

5. Tendo em vista que nenhum tempo de serviço público pode ser desconsiderado para fins de aposentadoria (art. 40, § 3º, da CF) indaga-se: quando o professor em uma das situações descritas no item 4, ou em ambas, poderá aposentar-se facultativamente, com proventos integrais?; ou, nos casos de inativação por invalidez ou por idade, qual o estipêndio respectivo?

6. Grife-se, preliminarmente, ser raro um professor aposentar-se, após 25 ou 30 anos no efetivo e exclusivo exercício em função de magistério.

Daí, a necessidade de dar-se uma solução jurídica às hipóteses mencionadas.

Afastadas estão as alternativas: (a) de considerarem-se igualmente as funções dentro e fora do magistério, dada a explicitude do texto do art 40, III, b, da CF; (b) de desprezarem-se aquelas últimas diante da já referida disposição do § 3º, do mesmo artigo; e (c) serem aplicadas, isoladamente, as regras gerais sobre tempo de serviço para aposentadoria voluntária contidas nas alíneas a e c, do inciso III do artigo em apreço, porquanto se estaria eliminando a qualificação especial que a Carta Magna confere, ao exercício do magistério, para quem nele se aposenta.

Impõem-se, portanto, o aproveitamento do tempo estranho às respectivas funções de forma adequada, homogeneizando-o com o da prestação de ensino.

7. As regras que, na contextualidade sistêmica da Constituição Federal, não de ser adotadas são as seguintes:

a) em nenhuma hipótese, o professor poderá afastar-se com o tempo de serviço inferior a 25 ou 30 anos civis, conforme o sexo;

b) cada ano civil: (I) de função de magistério corresponderá a 1/25 ou 1/30 avos: (II) no exercício das demais funções será traduzido em frações cujo numerador é o número de anos civis efetivamente trabalhados, sendo o denominador o total, também de anos civis, necessários à aposentadoria voluntária com proventos integrais no cargo respectivo.

Assim, por exemplo, um servidor, homem, que, ao tomar posse no cargo de professor, seja titular de 10 anos de atividade como Auxiliar Administrativo, terá esse tempo calculado à razão de 1/35 (um trinta e cinco avos), já que, sobre esse tempo de serviço, no cargo de Auxiliar Administrativo, incide a regra geral da alínea a, do inciso III, do art. 40, da CF. Por sua vez, a apuração do tempo de serviço em funções de magistério observará a fração de 1/30, nos termos da alínea b, do inciso III, do mesmo dispositivo constitucional.

Do resultado dessa adição obter-se-á o valor dos proventos a serem pagos.

Reitere-se que terá obtido o número de anos necessário à aposentação voluntária o servidor, cujo tempo de serviço apurado, após a adição acima mencionada, for igual ou superior a um inteiro, ou seja, quando for encontrada a unidade ou uma fração imprópria, porquanto consoante repetidamente afirmado, o número de anos necessários à inativação voluntária não poderá ser inferior ao número de anos civis.

Frise-se finalmente que, em razão desse princípio, na hipótese oposta - isto é na de um ex-professor vir a requerer aposentar-se em cargo de outra espécie -, a fração representativa do número de anos trabalhados no magistério terá como denominador o total necessário a aposentação voluntária segundo a regra aplicável ao cargo em que vai se dar a inativação.

Submeto à superior consideração de V. E<sup>sa</sup> as observações ora formuladas, e apresento, em anexo, minuta de Projeto de Lei Complementar regulando a matéria objeto deste estudo.

Rio de Janeiro, 27 de setembro de 1995.

**CRISTINA GALVÃO D'ANDRÉA FERREIRA**  
PROCURADORA-ASSESSORA  
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

*Obs: Aprovado pela Exm<sup>a</sup> Sr<sup>a</sup> Procuradora-Geral e encaminhado ao Excelentíssimo Senhor Prefeito em 02 de outubro de 1995.*

## LEI COMPLEMENTAR Nº \_\_ DE \_\_ DE SETEMBRO DE 1995 - MINUTA

*Dispõe sobre aposentadoria dos ocupantes do cargo de Professor e dá outras providências.*

### O PREFEITO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO,

no uso de suas atribuições legais, faz saber que a Câmara Municipal do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:

Art. 1º - Os professores que exercerem funções de regência de turma, pelo período mínimo de 30 (trinta) anos, se homem, ou 25 (vinte e cinco) anos, se mulher, farão jus à aposentadoria especial de que trata o art. 40, III, b, da Constituição Federal.

Parágrafo Único - Aplica-se a regra deste artigo, aos professores que, em exercício no âmbito da Secretaria Municipal de Educação, detinham, em 20 de fevereiro de 1995, tempo de serviço suficiente à obtenção da aposentadoria especial, independentemente das funções exercidas naquela Pasta.

Art. 2º - O valor dos proventos de aposentadoria de professor ou professora que, para fins de inativação, compute tempo de serviço estranho às funções de regência de turma, corresponderá à soma de parcelas calculadas da seguinte forma:

I - a cada ano de efetivo exercício de funções de regência de turma corresponderá uma fração de 1/30 avos se se tratar de professor; e de 1/25 avos se de professora;

II - ao exercício das outras funções corresponderá uma fração cujo numerador é igual ao número de anos civis efetivamente trabalhados, e o denominador o total, também de anos civis, necessários à aposentadoria voluntária com proventos integrais no cargo considerado.

Parágrafo Único - Considera-se perfeito o tempo necessário à aposentadoria voluntária, quando a soma das frações a que se referem os incisos I e II deste artigo for igual ou superior a 1 (um) inteiro.

Art. 3º - Aplica-se o disposto, nesta lei, aos Especialistas de Educação, enquadrados pelo Decreto nº 2.834, de 23 outubro de 1980 e Decreto nº 3.639 de 13 de agosto de 1982, detentores de habilitação específica para lecionar.

Art. 4º - Fica revogado o § 6º, do art. 71 da Lei nº 94, de 14.03.79.

Art. 5º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, de setembro de 1995

CESAR MAIA

*Obs.: Texto encaminhado à Câmara de Vereadores e aprovado como Lei Complementar nº 27, de 18 de dezembro de 1995.*

## Ofício PG/GAB/ASS/Nº029

Em 09 de julho de 1996

SENHORA ASSESSORA-CHEFE:

Em aditamento ao Ofício PG/GAB/ASS/Nº 022, de 12.06 do corrente, informo a V. Exª que o procedimento a ser adotado considerando o disposto no art. 2º, da Lei Complementar nº 27/95, é o seguinte:

| 1ª HIPÓTESE  | 2ª HIPÓTESE                             |
|--|---|
| PROFESSORA   | PROFESSOR                               |
| $(DP \times 6) + (DO \times 5) = TTAPF$  | $(DP \times 7) + (DO \times 6) = TTAPF$ |
| <p><b>onde:</b> DP = dias trabalhados como professor (regência)<br/>           DO = dias trabalhados em outras atividades<br/>           TTAPF = Total do tempo apurado no padrão da fórmula</p> |   |

O total de dias referente ao cômputo, em dobro, dos períodos de férias e licença especial não-gozados será somado, ao final do procedimento, ao valor encontrado pela conversão, em dias, do número apurado após efetivação da multiplicação dos fatores antes discriminada, do seguinte modo:

**Exemplo:** em que DP = 7150  
 DO = 1800  
 PD (período em dobro) = 732

$(7150 \times 6) + (1800 \times 5) = TTAPF$   
 $42900 + 9000 = TTAPF$   
 $51900 = TTAPF$

51900 (total do tempo apurado no padrão definido pela fórmula) dividido por 6 (fator de conversão para dias)\* é igual a 8650 (oito mil seiscentos e cinquenta) dias.

$8650 \text{ dias} + 732 \text{ dias} = 9382 \text{ dias}$

\* Obs: Quando se estiver aplicando a fórmula da 2ª hipótese o fator de conversão será 7.

Esse número de 9.832 corresponde ao total de dias de trabalho efetivo detido pelo servidor, que sendo superior a 9.125 (total de dias necessários a aposentação no cargo de professor), significa que o servidor obteve, na espécie, mais do que o quantitativo necessário para a aposentadoria.

Na hipótese inversa, ou seja, quando o total de dias de trabalho efetivo detido pelo servidor for inferior ao quantitativo exigido para aposentadoria, a diferença entre ambos corresponderá ao número de dias de trabalho ainda necessário.

Frise-se mais uma vez, por importante, que o total de dias necessários à aposentação no cargo de professor, referido nos parágrafos anteriores somente poderá ser aplicado, isto é, considerado, após a apuração do padrão de equivalência dos dias trabalhados como professor e em outras atividades, por aplicação do disposto no art. 2º, da Lei Complementar nº 27/95.

Na oportunidade, reitero protestos de estima e consideração.

CRISTINA GALVÃO D'ANDRÉA FERREIRA  
PROCURADORA-ASSESSORA DA  
PROCURADORA-GERAL DO MUNICÍPIO

À Ilmª Srª  
Drª PRISCE MARIA F.S. TORRES BARBOSA  
M.D. Assessora-Chefe da PG/PCG/7ª AJU

## *Parecer* *PG/PPE nº 20/96/MNM*

*Direito Processual Civil. Ação rescisória. Demora na citação. Inexistência de culpa do autor. Decadência não configurada. Direito Administrativo. Lei que altera cálculo de gratificação. Posicionamento jurisprudencial acerca da ocorrência da prescrição do fundo do direito.*

Sr. Procurador-chefe:

Trata-se de ação rescisória, de nº 15/90, proposta pelo Município do Rio de Janeiro em face de Glaucio Pacheco Borges e Outros com o objetivo de rescindir o v. acórdão proferido pelo 1º Grupo de Câmaras Cíveis nos Embargos Infringentes nº 429/87, sob a alegação de que houve violação literal aos arts. 1º e 3º do Decreto nº 20.910/32.

No *Judicium rescissorium*, colima-se que o Tribunal de Justiça deste Estado reconheça a existência da prescrição do fundo do direito pleiteado pelos réus na ação ordinária, ajuizada em 1986,

para fins de obtenção de revisão da forma de cálculo adotada pela Administração Pública, e conseqüente pagamento das diferenças apuradas, com base nas leis nºs 14/60 e 1.163/66, desde 1960 até 1969, ano em que foram revogadas pelo Decreto-lei nº 100/69.

Diante da morosidade do procedimento citatório e da complexidade da matéria, V.Sª encaminhou o assunto ao Senhor Subprocurador-Geral que, por seu turno, solicitou a esta especializada, uma avaliação, à luz da jurisprudência atual, acerca das possibilidades de êxito da Comuna em sede processual, e de mérito, vindo-me os autos para reflexão e confecção de parecer.

É o relatório.

No que concerne ao primeiro aspecto, o problema se resume a saber se, com o decurso de mais de seis anos do ajuizamento da ação sem a conclusão da fase citatória, estaria a incidir a regra emanada do parágrafo 4º do artigo 219 da Lei de Procedimentos, o que redundaria na configuração da hipótese de decadência do direito do autor para a propositura da demanda rescisória.

A jurisprudência do STJ já se pacificou no sentido de que a prescrição ou decadência só ocorrerá por demora no procedimento citatório, caso haja concorrido culposamente o autor para esse retardo. (Resp 1379-0-RJ - DJ 16.03.92, Resp 1450-O-SP - DJ 18.12.89, Resp 2686-0-SP - DJ 17.09.90, Resp 7.013-0-RS - DJ 03.08.92, Resp 8.257-0-SP - DJ 16.12.91, Resp. 19.111-0-SP - DJ 26.10.92, Resp 24.783-8 - SP - DJ 30.11.92).

Assim, para aferirmos se ocorreu a decadência na hipótese *sub-examen*, torna-se imperioso analisarmos quais as providências que ficam a cargo do autor para a realização da citação, para que, uma vez feita essa delimitação, possamos estabelecer um liame comparativo com a atuação que o Município Carioca vem tendo no processo judicial, a fim de identificarmos se o Ente Público vem contribuindo para a procrastinação da fase citatória.

O Código de Processo Civil de 1973 utilizou-se da técnica adotada na Alemanha e na Áustria para a realização da citação: é o sistema da mediação, na qual a efetivação da *in ius vocatio* não cabe à parte, mas ao meirinho, por ordem do juiz.

O sistema de comunicação dos atos processuais adotado pelo CPC, nada mais representa do que um reflexo da conjugação do princípio do dispositivo com o do inquisitivo, acolhido no art. 262 da Lei de Ritos, por ser da parte a prerrogativa para principiar o processo judicial, desenvolvendo-se este por impulso oficial.

Muito embora seja do Poder Judiciário a competência para dar cumprimento ao intercâmbio processual, o CPC atribui ao autor o ônus de *promover* a citação do réu, termo utilizado pelo legislador processual civil tanto no art. 47, parágrafo único, quanto no art. 219, parágrafo segundo.

Convém perquirirmos qual o sentido da expressão "promover a citação do réu", por ser esta a tarefa imposta pela lei à parte autora para que seja possível que a relação processual tenha a sua forma angular.

Ao analisar o tema, Hélio Tornaghi entende que "promover significa tomar as providências, diligenciar, fazer o que puder". (Comentários ao CPC, pág. 160, vol. II, 2: ed., Ed. RT).

Cândido Dinamarco salienta que "...muito pouco poderá fazer o autor para que a citação se realize; muito pouco também, por outro lado, precisará ele fazer. Basta que indique com correção o nome e qualificação do réu (CPC, art. 282, inc. II), especialmente o seu endereço, para que ele possa ser encontrado; precisa também pagar o preparo inicial, condição sem a qual o processo não tem andamento, se for necessária citações por precatória ou edital, terá o ônus de adiantar recursos para esse fim. Fora isso, difícil é atinar com algo mais que incumba ao autor fazer, no cumprimento do seu ônus de promover a citação. (Litisconsórcio, pág. 182, 1: ed., Ed. RT.)

Reunindo as lições de Tornaghi e Dinamarco podemos concluir que incumbe ao autor, na sua missão de promover a citação, indicar o nome do réu, bem como o seu endereço respectivo (o que foi feito pelo Município através de sua peça vestibular), além de custear as despesas necessárias para tanto, o que se encontra excluída no caso vertente, uma vez que as custas só são pagas a final pelo vencido. (CPC, art. 27).

Caso haja, por exemplo, uma alteração do endereço fornecido para a diligência citatória, compete ao autor envidar todos os esforços, (o que ocorre comumente com a solicitação ao Poder Judiciário para a expedição de ofícios aos órgãos públicos competentes requisitando as informações necessárias), e, tornando-se infrutíferas as tentativas realizadas, requerer a citação por edital.

Cabe ao autor mostrar-se atuante na busca da realização de uma citação válida, fazendo o possível para que a comunicação do ato processual ocorra de maneira eficaz, o que não significa efetivá-la, mas manter-se na incessante procura dos meios necessários para permitir a concretização do ato citatório. A sua desídia com o andamento desta fase do processo, revelada pela falta de atuação junto ao Judiciário para a coleta dos subsídios necessários para a citação, é que caracterizam a culpa do autor, ensejadora da aplicação do art. 219, § 4º do CPC, como assinala a Jurisprudência indicada anteriormente.

Os autos da ação rescisória representam um campo ideal para a observação quanto ao desempenho do Município do Rio de Janeiro, no que concerne às providências que foram tomadas para a realização da citação dos 107 réus do processo.

A apresentação de um breve histórico de processo judicial é medida que se impõe para essa avaliação.

A petição inicial foi protocolada em fevereiro de 1990 (fls. 02/18), e os mandados citatórios foram extraídos somente em outubro do mesmo ano (fls. 57).

Em abril de 1991, o Município solicitou a devolução dos mandados de citação devidamente cumpridos para que fosse dado prosseguimento ao feito (fls. 58). Por não ter sido atendido em seu requerimento, o autor renovou o seu pedido nos meses de maio, agosto, e outubro do mesmo ano (fls. 62, 76 e 79), o que acabou motivando o relator do feito a solicitar ao Presidente do Tribunal de Justiça a adoção das providências necessárias para a realização das citações (fls. 82), sendo que os primeiros mandados cumpridos só foram juntados aos autos em fevereiro de 1992, dois anos após a propositura da ação.

Neste passo já é possível notar a deficiência do aparelho judiciário para a realização das citações, fato que foi, inclusive, confessado pela Secretária-Chefe do Tribunal de Justiça (fls. 80), e reconhecido pelo 1º Vice-Presidente do Tribunal (fls. 66), não havendo como se imputar tal atraso ao autor, tornando-se inaceitável, portanto, o entendimento de que se operou a decadência para a propositura da ação.

O Superior Tribunal de Justiça caracterizou a presente hipótese através do verbete nº 106 de sua Súmula de Jurisprudência, *in verbis*:

*"Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência."*

Mesmo tendo contra si uma máquina judiciária deficiente, o Município vem diligenciando no sentido de tentar resolver os problemas enfrentados pelos Srs. Oficiais de Justiça, ao procurar

descobrir os novos domicílios daqueles que não foram encontrados nos endereços indicados, bem como ao tentar identificar os sucessores dos réus falecidos, além de outras providências que vêm sendo tomadas ao longo do processo (fls. 798/802, 986/988, 1018/1020, 1114/1115, 1160 e 1207).

Diante dessa série de medidas adotadas pelo autor, nota-se claramente que o mesmo vem promovendo a citação dos réus. Procedimento que vem se revelando difícil e moroso, mas que encontra explicação não só pela deficiência do aparelho judiciário, como também pelo considerável número de litisconsortes passivos que figuram nessa ação.

Assim, à luz do substrato fático revelado com a análise dos autos, bem como do suporte fornecido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência pátria, chega-se à conclusão de que não ocorreu a decadência na hipótese vertente, por não ter sido identificada a concorrência de culpa do Município para o retardamento da realização da citação dos réus.

Ao encerrar a primeira parte deste estudo peço vênias a V.S.<sup>a</sup> para citar luminoso acórdão do STF, em que figurou como relator o Min. Xavier de Albuquerque, e que parece responder à importante indagação que nos foi formulada, dada a similitude que aquele julgado guarda com o presente caso:

*"Ajuizada a ação rescisória no prazo fixado para o seu exercício, o retardamento havido nas citações dos réus, se não imputável a falta de diligência dos autores, desautoriza o acolhimento da arguição de decadência. Recurso Extraordinário conhecido e provido. (RTJ 91/1174)."*

Antes de passarmos à análise sobre o cerne da controvérsia, convém chamar a atenção para outro importante aspecto da fase citatória, o qual, muito embora não tivesse sido objeto de indagação, poderá produzir sérias consequências no normal desenvolvimento do processo.

Como a fase postulatória ainda não foi concluída (apesar do transcurso de mais de seis anos), por ainda faltarem cerca de vinte réus para serem citados, vislumbrou-se a possibilidade de desistência da ação quanto a estes, de modo a impulsionar o processo judicial, haja vista que cerca de 80% dos litisconsortes passivos tiveram a sua citação realizada.

Ocorre contudo, que processualistas de escol consideram que o litisconsórcio passivo na ação rescisória é necessário, sendo esta a posição de Cândido Dinamarco, (Litisconsórcio, pag. 120, 1:ed., Ed. RT), Luiz Eulálio de Bueno Vidigal (Comentários ao CPC, vol. VI, pág. 218, 2:ed., Ed. RT) e Barbosa Moreira (Comentários ao CPC, Vol. V, pág. 174, 5:ed., Ed. Forense).

Nessas condições, a fase citatória sofrerá inevitável procrastinação tendo em vista que não se poderá desistir da citação de um litisconsorte sequer, uma vez que, no litisconsórcio necessário, a eficácia da sentença passa a depender da citação de todos os litisconsortes no processo, consoante dispõe o art. 47, *in fine* do CPC.

Além da questão relativa à quantidade de tempo que ainda será despendida com as citações restantes, há outro problema a ser considerado nesta ação, pois, sendo necessário o litisconsórcio, a nulidade de citação de um dos réus apenas resultará na rescindibilidade da própria sentença proferida na demanda rescisória, risco que aumenta consideravelmente no caso presente, por se tratarem de 107 litisconsortes passivos.

Vejamos, a propósito, o Magistério de Bueno Vidigal:

*"Se deixar de ser citado um dos litisconsortes da ação em que se proferiu a rescindenda, e a rescisória vier a ser julgada procedente, esta última decisão estará, portanto, sujeita a ser, por sua vez, rescindida, mediante ação rescisória proposta pela pessoa cujo citação tiver sido omitida." (ob. cit)*

Nessas condições, ainda que se consiga atingir a fase decisória, com o julgamento da demanda a seu favor, o Município estará sujeito a assistir a rescisão do julgado por nulidade ou inexistência de citação, pois, dada a multifária ramificação do pólo passivo, torna-se difícil certificar-se da validade da citação de todos os réus.

A questão relativa ao mérito está jungida à averiguação da tendência jurisprudencial acerca da tese sustentada pela Municipalidade Carioca, que aponta para a existência da prescrição do fundo do direito dos réus à pretensão de revisão de forma de cálculo entre os anos de 1960 e 1969, e não apenas às diferenças de vencimentos dela decorrentes.

Tal posição encontra-se calcada na assertiva de que, a partir da entrada em vigor do Decreto-lei nº 100/69 (que alterou a forma de calcular os triênios dos servidores vedando a incorporação da vantagem ao vencimento-base), iniciou-se o prazo prescricional para o ajuizamento da ação com vistas à obtenção da incorporação, nos moldes da legislação anterior, e que teria se escoado em 1974, tendo sido a demanda proposta somente em 1986, quando já ultrapassado o lapso prescricional de cinco anos previsto no art. 1º do Decreto Federal nº 20.910/32.

Quando ainda julgava matérias desse naipe, o Supremo Tribunal Federal fixou posição no sentido de que, em não havendo decisão administrativa negando o direito dos interessados, não ocorre a lesão ao fundo do direito, razão pela qual a prescrição que passaria a incidir na hipótese, só abrangeria as parcelas mensais.

O acórdão-líder do Excelso Pretório que norteou a tendência dos julgados do STF, da lavra do Min. Moreira Alves, ficou redigido da seguinte forma:

*Prescrição quinquenal. Controvérsia sobre qual de duas leis (se a anterior ou se a posterior) é que se aplica para o cálculo de uma das vantagens incorporadas a proventos.*

*Inexistência, no caso, de negativa de vigência do artigo 1º do Decreto 20.910/32, uma vez que, em última análise, o acórdão recorrido entendeu que, no caso, o direito à vantagem, que decorre de relação jurídica incontroversa e sobre o qual não houve decisão administrativa contrária a requerimento dos interessados, renasce mensalmente, razão por que a prescrição diz respeito, apenas, às parcelas mensais. Interpretação que, no mínimo, é razoável (Súmula 400).*

*Recurso extraordinário não conhecido. (RTJ 101/806)*

Frise-se que também no caso presente não houve qualquer ato da Administração Pública Municipal negando aos servidores o direito à percepção da gratificação na forma estabelecida pela legislação pretérita, sendo que, para o STF, essa inércia do Poder Público não teria o condão de violar o direito do funcionalismo, inviabilizando desta forma o início do curso do prazo prescricional do fundo do direito.

Contra esse argumento, o Município sustenta que o Decreto-lei nº 100/69 representou verdadeiro ato negativo expresso do Poder Público quanto ao direito do funcionalismo de recebimento da gratificação nos moldes delineados pela legislação anterior.

Ainda que se adote o raciocínio jurídico desencadeado pelo Município, (e que não encontra ressonância no STF), faz-se mister sublinhar que a legislação posterior alterou a forma de cálculo dos triênios, sem contudo extinguir essa vantagem funcional.

A ressalva é necessária tendo em vista que os resultados dos julgamentos de casos semelhantes no STF não se mostram favoráveis ao Município, por ter-se entendido não atingir o fundo do direito o ato normativo que apenas altera a maneira de calcular a gratificação, sem contudo aboli-la, alcançando a prescrição apenas e tão-somente as parcelas vencidas.

Vejamos os arestos mais importantes sobre o tema:

*"O ato administrativo normativo que altera o percentual de gratificação devida pela prestação de serviço noturno diz respeito, não ao direito de receber essa vantagem (no caso, incontroverso), mas ao valor dela e, como este não concerne ao fundo de direito (o de perceber a gratificação por prestar o serviço), mas à sua consequência (saber se o montante é maior ou menor), a prescrição atinge apenas as parcelas vencidas.*

*Recurso Extraordinário de que não se conhece, no tocante à alegada prescrição, por não se achar configurada a divergência com a Súmula 443, vencido nesse ponto o Relator, e por não haver sido questionado o tema relativo ao art. 116 da Constituição de 1967 (Emenda nº 1-69) nem contrariado o art. 8º, XVII, q da mesma Carta (autonomia universitária). (RTJ 130/318)"*

*"Prescrição de vantagem funcional.*

*Dissídio superado, ante o decidido pelo Tribunal Pleno, no RE nº 110.419 (Sessão de 8-3-89), onde ficou assentado que quando o ato administrativo impugnado apenas reduz o cálculo da gratificação (sem aboli-la) não concerne, então, ao fundo de direito, mas à sua consequência. Por isso, a prescrição só atinge as parcelas.*

*Recurso de que não se conhece, de acordo com a Súmula 356. (RTJ 128/870)"*

Com a transferência da competência para o julgamento da matéria, conferida pela Carta Constitucional de 88, ao Superior Tribunal de Justiça, ficou mantido nesse tribunal o entendimento de que, na hipótese de não ser indeferida expressamente pela Administração o direito reclamado, prescrevem apenas as prestações anteriores ao quinquênio que antecede a citação para a ação.

Dá a inclusão do verbete nº 85 na Súmula de Jurisprudência do STJ, vazada nos seguintes termos:

*"Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação."*

Já com relação à tese defendida pelo Município de que a nova Lei, faria as vezes do ato administrativo expresso que nega o direito a vantagem funcional, podemos notar que a matéria passou a adquirir no STJ relativo grau de controvérsia.

Com efeito, existe o posicionamento de alguns Ministros do STJ, que procura dar novos contornos à Súmula nº 85, no sentido de que o surgimento de um novo diploma normativo que venha a extinguir determinada situação jurídica anteriormente existente, representaria verdadeiro ato negativo expresso do Poder Público quanto a determinado direito do servidor.

Esse entendimento encontra-se insculpido nos acórdãos que transcrevemos a seguir:

*EMENTA: Administrativo. Funcionário público. Vantagem funcional. Restabelecimento. Atualização e pagamento de gratificação denominada Percentagem Fazendária. 1. Prescrição. Ocorrência, porquanto ajuizada a ação somente dezessete anos após o ato que suprimiu a gratificação postulada. 2. Recurso provido." (RSTJ 53/255)*

*EMENTA: Civil e Administrativo. Gratificação Fazendária. Estado do Paraná. Prescrição do próprio fundo de direito.*

*Faltando ato concreto da Administração Pública negando o direito à gratificação já percebida por funcionário, a prescrição atinge apenas as parcelas não reivindicadas no quinquênio anterior.*

*No entanto, se a lei ou se a disposição administrativa, independentemente de manifestação do administrador, causar efeitos concretos, é a partir de sua vigência que começa a correr o prazo prescricional.*

*Recurso improvido." (RSTJ 75/229)*

Além desses dois arestos, encontramos apenas mais um julgado do STJ nessa mesma diretriz, cujo teor encontra-se nos autos da ação rescisória nº 15/90, às fls. 35/46.

A mecânica do raciocínio jurídico desencadeada por essa corrente busca equiparar a lei que extingue determinada vantagem com o ato administrativo que viola o direito do servidor, a fim de possibilitar o preenchimento de todos os requisitos necessários para a configuração da prescrição.

O conceito de prescrição, contido no art. 263 no projeto do Código de Obrigações, revisto no ano de 1965, reúne com precisão os pressupostos necessários a sua configuração, sendo válida a sua transcrição para uma melhor compreensão do tema.

*"Ocorre prescrição quando o titular do direito o não exercita pelo tempo previsto em lei, deixando que se constitua situação contrária à pretensão do credor."*

Tal situação contrária à pretensão do credor, para essa corrente jurisprudencial, poderia ser tanto a lei que extingue o direito, quanto o ato administrativo que nega a sua aplicação, satisfazendo assim, a exigência contida na já citada Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça, para viabilizar o início do prazo prescricional do fundo do direito, e não apenas das parcelas mensais que deixaram de ser pagas corretamente pela Administração Pública.

Portanto, de acordo com esse entendimento, a prescrição sucessiva das prestações somente poderia ocorrer sob a égide da legislação que concedeu determinado direito ao servidor. A partir

de sua revogação, passaria a correr o lapso prescricional de cinco anos, devendo a pretensão ser deduzida em juízo dentro do quinquênio, sob pena da inevitável incidência da prescrição do fundo do direito do credor.

O entendimento dessa corrente jurisprudencial não parece fazer robustecer o pleito do Município, pois, no caso concreto a nova lei apenas alterou a forma de cálculo de gratificação, e os arestos citados versam sobre diplomas normativos que extinguíram vantagens funcionais que vinham sendo concedidas anteriormente.

Vale ressaltar que, em hipóteses semelhantes àquela tratada na ação rescisória, o STJ não tergiversou da postura exegética traçada pelo STF, como ocorreu no julgamento do recurso especial nº 215-SP, em que se discutiu a existência ou não do início do prazo prescricional do fundo do direito, a partir da edição da Lei Complementar Estadual nº 107/78, que alterou a forma de cálculo de maneira incorporada de determinada gratificação e adicionais, ao vencimento-base, hipótese que guarda perfeita semelhança com o tema objeto do presente estudo.

Vejamos as conclusões do acórdão:

*EMENTA: Administrativo. Prescrição. Fundo do direito. Prestações anteriores ao quinquênio. Inexistência de ato administrativo indeferitório da pretensão. Funcionário do Estado de São Paulo. Cálculo dos adicionais e da sexta-parte incorporadamente. Lei Complementar Estadual nº 180, de 12.5.78. Decreto nº 20.910, de 1932.*

*1 - Não há falar em prescrição do fundo do direito, se não foi indeferida, expressamente, pela Administração, a pretensão, ou o direito reclamado. Neste caso, prescrevem as prestações anteriores ao quinquênio que precede à citação para a ação.*

*Quando a legislação em que se fundamenta a pretensão é anterior ao ato de reforma ou de aposentadoria do servidor, se a ação é proposta mais de cinco anos após o referido ato, dá-se a prescrição do fundo de direito, porque o ato de reforma ou de aposentadoria, com base na referida legislação, negou a própria pretensão.*

*II - Inexistência de negativa de vigência do art. 1º do Decreto nº 20.910, de 1932.*

*III - Recurso Especial não conhecido (letra a) e conhecido e improvido (letra c).*

Posição idêntica restou fixada no julgamento do recurso especial nº 39-SP, cristalizada nos seguintes termos:

*EMENTA: Prescrição. Vantagem Funcional.*

*Quando a pretensão não atinge o fundo do direito (situação jurídica fundamental), mas as vantagens pecuniárias oriundas dessa situação ou de suas modificações posteriores, a prescrição se circunscreve nos precisos termos do artigo 3º, do Decreto nº 20.910/32.*

*Recurso conhecido e desprovido. (RSTJ 5/336)*

No mesmo sentido, RSTJ 5/434, 8/442, 59/278, (o qual ainda faz referência ao RESP 4315-SP e RESP 8-276-SP com posicionamentos idênticos).

Portanto, a corrente majoritária no STJ desenvolve a sua linha de raciocínio no sentido de que, se a lei posterior não extinguiu o direito, mas apenas implementou uma nova fórmula para computá-lo, não haveria lesão ao direito em si, e, por consequência, não seria admissível principiar-se o prazo prescricional do fundo do direito, tendo em vista que esta situação jurídica restaria inatingida pela nova legislação.

A título de ilustração, colhemos interessante acórdão que retrata essa posição preponderante no STJ:

*"Administrativo. Funcionário público. Gratificação de nível universitário. Recálculo. Lei Complementar nº 218/78, do Estado de São Paulo.*

*Prescrição. DL 20.910/32. Hipótese em que a controvérsia cinge-se ao recálculo da aludida gratificação e não no direito de receber essa vantagem, caso em que a prescrição atinge apenas as parcelas anteriores ao quinquênio que precede a propositura da ação. (RESP Nº 5678, DJU de 10.12.90, P. 14.799)*

A jurisprudência do STJ também apresenta outros julgados no mesmo sentido, valendo citar o RESP nº 32.569-2 SP (RSTJ 68/251), RESP nº 39.650-SP (DJU de 13.12.93-pg. 27.484) e RESP nº 25.749-SP (DJU de 21.09.92-pg 15.701).

Nessas circunstâncias, ainda que se parta do pressuposto da possibilidade da equiparação do ato negativo expresso da Administração Pública, com a lei extintiva de determinado benefício para início da fluência do prazo prescricional do fundo do direito, não seria possível, à luz do entendimento predominante no STJ, a sua aplicação às hipóteses em que a legislação superveniente seria meramente alteradora da forma de cálculo da vantagem funcional, uma vez que persistiria o direito do servidor quanto à sua percepção.

Resumindo os posicionamentos encontrados nos repertórios de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, podemos afirmar que: o STF coloca-se de forma pacífica quanto à inexistência de

prescrição do fundo do direito diante da falta de ato expresso da administração negando certa prerrogativa do servidor, prescrevendo apenas e tão somente as parcelas periodicamente devidas e não honradas pelo Poder Público, que se omitiu a esse respeito; para o pretório Excelso, também não se presta a provocar o começo do prazo prescricional do fundo do direito, o ato normativo que apenas altera a forma de cálculo de uma determinada vantagem, sem contudo, aboli-la.

No STJ, prevalece o entendimento fixado pelo STF, mitigado apenas por uma corrente que entende ser possível a prescrição do fundo do direito quando a nova lei vier a extingui-lo, daí principiando o lapso prescricional para o ajuizamento da ação própria para reclamá-lo.

Contrastando a situação em que se encontra o Município na demanda rescisória com o entendimento pretoriano aqui retratado, podemos afirmar que chances de êxito no desate da controvérsia da concorrência não se apresentam com cores muito nítidas, uma vez que a corrente dominante no STJ mostra-se contrária aos interesses defendidos pelo ente público municipal. Suas chances estariam reduzidas ao apego à posição minoritária existente naquele tribunal, e que ainda assim não trata de assunto que guarde total similitude como o nosso caso; a sua aplicação ficaria na dependência do reconhecimento pelo Judiciário de que o Decreto-lei nº 100/69 não apenas alterou a forma de cálculo da gratificação funcional, mas também representou a extinção de um direito, qual seja, o de incorporação da vantagem ao vencimento-base do servidor.

Importa salientar também que, na hipótese de submissão da matéria ao Supremo Tribunal Federal, provavelmente sairá vencido o Município, haja vista o posicionamento daquele tribunal sobre assunto.

Concluindo nossa análise, consideramos não ser relevante para Município o prosseguir na Ação Rescisória nº 15/90, tendo em vista as escassas possibilidades de sucesso da demanda, aliadas aos problemas de ordem prática decorrentes da multiplicidade de litisconsortes passivos no processo, e que foram destacados no corpo deste opinamento.

Este, Sr. Procurador-Chefe, o parecer, o qual submeto à superior consideração de V.Sª.

MARTINHO NEVES MIRANDA  
PROCURADOR DO MUNICÍPIO

*Parecer*  
*PG/PSE nº 36/92-VRLV*

*Veto parcial. Devolução dos vetos apostos para reapreciação pelo Executivo. Impossibilidade. Processo legislativo. Função do veto. Inteligência do art. 66 § 2º da CF. Interpretação evolutiva*

Senhor Procurador-Geral:

*I*

Trata-se de processo administrativo inaugurado com o Ofício GP nº 3-263/92, de lavra do Exmo. Sr. Presidente da Câmara Municipal, em que se comunica ao Exmo. Sr. Prefeito a impossibilidade de apreciação dos vetos apostos à Lei 1.876 de 29/06/92, em virtude do alegado desconhecimento com preceitos da Constituição Federal, Constituição do Estado e Lei Orgânica do Município.

Em decorrência, propõe o Legislativo a reapreciação dos vetos para compatibilização com os preceitos constitucionais.

Segue-se no p.<sup>a</sup>, despacho do I. Subchefe de Assuntos Especiais, Dr. Denis Borges Barbosa, declinando o entendimento esposado por aquele órgão no que pertine à interpretação a se conferir às regras constitucionais acerca do veto parcial, sugerindo por fim o encaminhamento da matéria a esta Procuradoria Geral  $\frac{3}{4}$  providência concretizada pelo Exmo. Sr. Chefe de Gabinete do Prefeito, Dr. Jonas Bahiense.

É o relatório.

## II

Primeiro aspecto a se examinar *in casu* diz respeito à providência adotada afinal pela Casa de Leis, qual seja, remessa ao Executivo dos vetos apostos aos arts. 19, Parágrafo Único, e 25, Parágrafo Único, para, *in verbis*, "... reapreciação da matéria para adequação aos preceitos constitucionais..."

Constitui noção básica aquela segundo a qual se vislumbra no processo de formação das leis um conjunto de atos processuais legislativos em que intervêm várias pessoas ou órgãos estatais, ou mesmo particulares, com vistas à formulação de ato legislativo geral, abstrato, obrigatório e modificativo da ordem jurídica preexistente.

Nessa linha, concorre para a edição de texto normativo, não só o Poder Legislativo, mas também o Executivo, e ainda, eventualmente, o Judiciário e mesmo particulares.

Em nosso sistema constitucional, a concorrência do Executivo constitui verdadeiro pressuposto de existência da lei. Vale dizer que ainda nas hipóteses em que proceda o Legislativo à promulgação do texto  $\frac{3}{4}$  por silêncio do Executivo ou por derrubada de veto  $\frac{3}{4}$  ainda assim se terá, necessariamente garantida, a participação daquele Poder no processo de formação da lei.

Essa manifestação que se garante ao Executivo porém no que pertine à elaboração de regra de conduta geral e abstrata, ainda segundo nossa sistemática constitucional, se exerce de uma só vez. Nesse particular, preciosa a lição de Pontes de Miranda *in Comentários à Constituição de 1967*, Ed. Forense, pag. 184, *in verbis*:

*"O poder de sancionar, positivamente, com declaração escrita, ou pelo silêncio, ou negativamente ( veto ) exaure-se: a) pela expiração do prazo de dez dias; b) pelo ato de aquiescimento ou de veto.*

( ... )

*O poder de sanção só se exerce uma vez; o ato, que se pratica, positivo ou negativo, ou em parte positivo e em parte negativo, é exaustivo do poder de sanção."*

*In casu*, remetido o autógrafo do Projeto de lei nº 1.795/A ao Exmo. Sr. Prefeito, houve o Chefe do Executivo por bem apor os vetos indicados e motivados através do Ofício GP/SAE - CM nº 182 de 29/06/92, publicado no Diário da Câmara Municipal do Rio de Janeiro de 1º/07/92.

Em consequência, procedeu ainda o Exmo. Sr. Prefeito à promulgação e publicação do texto sancionado no Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro de 02/07/92. Com isso, encerrou sua participação no processo legislativo.

A providência sugerida pelo Exmo. Sr. Presidente da Câmara Municipal, qual seja, a nova apreciação de idêntico texto de projeto de lei, *concessa maxima venia*, não encontra qualquer respaldo legal. Ainda nesse particular, inestimável a lição de Pontes de Miranda *in opus cit.*, pag. 182/183:

*"Se o Presidente da República veta em parte a lei, ou pelos fundamentos A e B, não mais pode promulgar a lei na parte vetada, nem pretender que se atenda a qualquer fundamento C ou D.*

( ... )

*O poder sancionador exerce-se de um jacto, punctualmente. Não cabe publicarem-se pela segunda vez, ou outra vez, os textos, porque não se admitem correções, às leis que não sejam de revisão ( erros tipográficos , ou de cópia ), em relação à letra do projeto que foi à sanção. As declarações 'vetado' , 'vetada' , são declarações de vontade de veto."*

Esgotada a interveniência do Executivo no processo de formação da lei, inaceitável seria procedesse ele a novo exame sob pena de, aí sim, afronta à sistemática constitucional.

À Casa de Leis restaria, caso persista no entendimento pela inconstitucionalidade dos vetos apostos, proceder a seu exame e derrubada  $\frac{3}{4}$  via natural de repúdio à sanção negativa.

### III

Segunda vertente a ser explorada no caso presente diz respeito à constitucionalidade dos vetos parciais apostos ao Projeto de Lei nº 1.795-A/92.

Útil à compreensão do problema é a notícia histórica que nos dá José Afonso da Silva *in* Princípios do Processo de Formação das Leis de Direito Constitucional, Editora Revista dos Tribunais, pag. 200, *in verbis*:

*"Surgiu como um dos meios de frear o poder de emendas do Legislativo, que deturpava as proposições de iniciativa governamental, sobretudo em matéria orçamentária. Diante do fato, o Chefe do Executivo via-se em situação embaraçosa, pois, aprovado o orçamento com tais emendas e levado à sanção, achava-se em frente de duas alternativas danosas para seu programa administrativo: a) sancionar projeto que não mais corresponderia a seu programa de governo, que seria dessa forma*

*inteiramente desvirtuado; ou, b) vetá-lo totalmente, com o que seria obrigado, se o veto fosse acolhido, a governar com o orçamento do exercício findo, já ultrapassado."*

Tal situação de fato desafiou a criatividade dos constitucionalistas brasileiros, que culminaram por criar o instituto do veto parcial, que, com a feição que conhecemos, é característica nacional. Assim municiava-se o Executivo com um instrumento que lhe permitia extirpar do texto do autógrafo, dispositivos espúrios, sem que com isso se tornasse impositiva a rejeição por inteiro do texto legal.

Sem definição em sede normativa dos limites impostos ao veto parcial, o que a história nos noticia é o desvirtuamento no sentido contrário. Titular do direito de veto parcial, pôde o Executivo por vezes, com a objeção a simples locuções, inverter absolutamente o sentido do texto, se substituindo ao legislador na atividade de definição do conteúdo da lei.

Constatado o desvirtuamento, dessa feita no outro sentido, impôs-se à doutrina proceder a um aprimoramento do instituto do veto parcial, buscando limitar o espectro de atuação do Executivo, tudo no intuito de preservar a legítima parcela de participação de cada Poder no processo de formação das leis.

Assim é que se consagrou a noção de que o veto parcial encontrava limites na preservação daquilo que fôra, em linhas gerais, o regramento desejado pelo legislador. Lapidar a fixação de parâmetros elaborada por Casasanta, citado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho *in* Do Processo Legislativo, Ed. Saraiva, pag. 161, *in verbis*:

*"... o veto só poderá ser parcial quando a parte vetada e a sancionada não forem mutuamente dependentes e conexas, de maneira que, com a sua supressão, a parte sancionada continue a ser um ato inteligível e completo, correspondendo, em conjunto, à intenção e propósitos do Congresso."*

Buscaram os constitucionalistas traduzir tal entendimento em texto insculpido na Magna Carta de 1967, que reproduzia, em seu art. 62 § 1º, *in fine*, quase que literalmente os termos do hoje art. 66 § 2º do Diploma Maior. O texto à época porém teve vida curta, revogado que foi pela Emenda Constitucional nº 1/69.

Reeditada foi a fórmula na Carta de 1988, restando agora definir qual seja a interpretação que se lhe deva emprestar.

Conforme já se verificou, o instituto surgiu historicamente, como instrumento de equilíbrio, de preservação da parcela de contribuição de cada Poder no processo de formação de leis em nosso país.

Ao se idealizar uma sistemática legislativa com participação de diferentes naturezas, de parte de distintos órgãos do Poder Público, imprescindível garantir a cada um deles essa sua área de atuação, criando-se mecanismos que impeçam a invasão de cada esfera de competência.

Assim é que se consagrou, por exemplo, que o vício de iniciativa não convalesce nem mesmo com a sanção, já que não é dado ao titular da prerrogativa de iniciar o processo legislativo em determinada matéria, abrir mão dela por essa ou aquela razão. Tal atribuição — iniciativa de lei — é irrenunciável, eis que constitui garantia, como já se disse, do sistema de participação conjunta na mecânica de formação das leis.

Da mesma forma, o veto parcial há de ser visto como instrumento de preservação das prerrogativas de cada Poder. Não se admite portanto, por intermédio desse instituto, a inversão pelo Executivo do conteúdo da regra geral de conduta emanada do Legislativo no legítimo exercício de sua função. De outro lado, tampouco se pode admitir que a Casa de Leis busque tolher a não menos legítima prerrogativa de veto que detém o Executivo, conjuminando em um mesmo parágrafo, inciso ou alínea, comandos que, por boa técnica legislativa, deveriam constar em dispositivos distintos.

Ensina a boa técnica redacional que o artigo constitui o menor elemento lógico da lei, configurando uma unidade do assunto geral de que trata aquele instrumento legislativo. O parágrafo, em seqüência, é acessório do texto principal, elucidando-o. Já os incisos e alíneas consistem, por sua vez, em desdobramento de comando geral, mera enumeração de hipóteses previstas na regra desdobrada.

Por via de consequência, se no próprio artigo, que é o todo — a compreender parágrafos, incisos e alíneas — não se deve disciplinar mais que uma única unidade lógica do assunto regido pela lei, *a fortiori* não se admitirá venham irmanados em uma mesma dessas subdivisões, mais de um comando geral e abstrato de conduta.

A inserção em um mesmo parágrafo, inciso ou alínea, de mais de uma unidade lógica do tema versado no ato normativo, se não se justifica por técnica legislativa, é prática que não deve buscar no texto do art. 66 § 2º da Constituição Federal, proteção contra o expurgo pela via do veto de somente uma dessas mesmas unidades, sem compreender a íntegra do referido parágrafo, inciso ou alínea.

A interpretação do dispositivo constitucional em causa — art. 66 § 2º — feita de forma sistemática, como recomenda a boa hermenêutica, levará à conclusão de que o veto parcial há de abranger a íntegra da unidade lógica de assunto insculpida em parágrafo, alínea ou inciso. Se por vício redacional uma dessas subdivisões associa duas distintas unidades, poderá o veto parcial ser oposto a uma ou a outra — tudo na mais perfeita consonância com o regramento do processo de formação da lei previsto na Constituição Federal.

A dicção que se emprestou ao dispositivo constitucional encontra ainda suporte no critério de interpretação evolutiva da norma, cuja orientação parece aplicar-se à perfeição *in casu*, como

se vê da lição de Célio Silva Costa *in* A Interpretação Constitucional e os Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição de 1988, Ed. Liber Juris, pag. 114:

*"A interpretação da Constituição deve fazer-se de forma evolutiva, de modo a aplicar-se aos casos modernos, não previstos pelos que a elaboraram. De sorte que as palavras apropriadas às situações então existentes na sociedade, e ao mesmo tempo, capazes de ser ampliadas de modo a abranger outras relações, mais extensas não devem ser restringidas, a fim de que alcancem as situações de um estado mais aperfeiçoado da sociedade. Como entendem os doutores, a interpretação atende ao que o legislador quereria, se vivesse na atualidade (Maximiliano, op. cit. , pag. 323n. 373 ). Sendo a Constituição um instrumento ao mesmo tempo de segurança e de progresso para a sociedade em geral e para o homem em especial, não pode deixar de ter interpretação adaptada às circunstâncias novas e imprevisíveis dos tempos modernos, ainda que, e necessariamente, a partir de sua forma. Senão, faltarão às suas finalidades."*

É este o parecer que se remete à consideração de Vossa Excelência.

VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE  
PROCURADORA DO MUNICÍPIO

## VISTO

Aprovo o Parecer PG/PSE/36/92/VRLV

Ao Excelentíssimo Senhor Chefe de Gabinete do Prefeito.

Em 2 de setembro de 1992.

RAUL CID LOUREIRO  
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO

## Estudo Jurídico PG/PCG/7ª AJU nº 31/96

*Tribunal de Contas – Diligência – Contas de luz, gás e telefone mediante empenho – Prorrogação tácita do comodato anterior – Desnecessidade de termo de ajuste.*

### À PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

PG/PSE

Senhor Procurador-Chefe:

Trata-se de diligência baixada pelo Tribunal de Contas do Município a fim de que seja formalizado Termo de Ajuste contratual objetivando a justificativa formal dos pagamentos das contas de luz, telefone e gás, efetuados no período compreendido entre 01/01/95 e 30/06/95, referentes ao comodato do prédio utilizado como Escola Municipal 03.05.02 - Chapéu Mangueira.

O Termo de Ajuste, embora, não previsto especificamente pela legislação, é instrumento mediante o qual a Administração comprova despesas realizadas, momentaneamente, sem a cobertura contratual.

É, portanto, um contrato que abrange despesas realizadas com terceiros, em certo período.

A presente hipótese refere-se à despesas de luz, gás e telefone de uma escola que funciona sob o regime de comodato para classe em cooperação.

Logo, o contrato é o de comodato, sendo os itens questionados, (luz, gás, telefone), parte acessória do mesmo, como consequência da utilização do imóvel e não o seu objeto principal.

Hipótese diversa é quando se trata de prestação de serviço ou fornecimento de material para a Administração. Neste caso há, efetivamente, necessidade de instrumento contratual específico que comprove o fornecimento ou a prestação de serviço, objeto principal do contrato.

No caso, o pagamento foi realizado à concessionárias de serviço público, cuja comprovação independe de contratos com terceiros.

A despesa foi realizada pelas seguintes notas de empenho: nº 95/00133-6, 95/00104-7, 95/00375, 95/00115-3 e 95/00337-3 (fls. 38), mediante comprovação do consumo da luz, do gás e do telefone, independentemente de intervenção de terceiros, estranho ou não ao contrato de comodato. O vínculo jurídico correspondente, se estabelece entre o Município e a concessionária, sem a interferência direta do comodante.

A relação com o comodante tem origem no contrato de comodato firmado anteriormente, cujo prazo expirou-se, formalmente, em 31/12/94.

Entretanto, a Administração Municipal continuou com a posse e utilização ininterrupta do imóvel, nas mesmas condições, sem que houvesse resistência por parte do comodante.

O comodato é um contrato típico de direito privado, pertencendo aquela classe de contratos que o Mestre Hely Lopes Meirelles chama de contratos privados realizados pela Administração (*in* Direito Administrativo Brasileiro - 16.ed., pág. 188).

No que se refere às suas normas de "conteúdo e efeitos é regido pelo direito privado", como ensina Celso Antonio Bandeira de Mello (*in* Elementos de Direito Administrativo - 3.ed., p. 215).

Ainda na lição de Hely Lopes Meirelles (obra citada), podemos afirmar que a Teoria Geral do Contrato é aplicada indistintamente aos contratos administrativos próprios e aos contratos privados utilizados pela Administração.

Ocorreu, na verdade, a prorrogação tácita do comodato inicial, caracterizada pela manutenção da situação originalmente estabelecida entre as partes.

De acordo com Orlando Gomes (*in* Contratos - 6.ed., pág. 156):

*"Há prorrogação tácita sempre que resulte das circunstâncias ou, mais precisamente, quando as partes continuarem a exercer seus direitos e a cumprir suas obrigações contratuais como se não houvesse sobrevindo o termo final do contrato. Presume-se nesse caso, que o prorrogaram."*  
(Grifamos)

As circunstâncias, no caso, indicaram claramente a prorrogação do ajuste inicial, com todas as suas cláusulas, tanto que novo contrato foi firmado, mantendo-se o empréstimo de origem.

No que se refere especificamente ao comodato, ensina Washington de Barros Monteiro (*in* Curso de Direito Civil - vol.5, 26.ed., pág. 207) que:

*"Inicialmente, cumpre observar que o comodato não depende de forma especial; convencionase verbalmente ou por escrito. O Contrato é assim suscetível de prova até por testemunha."*

Na hipótese não houve contrato verbal ou vacância contratual, mas prorrogação tácita do ajuste.

Desse modo, o ônus do pagamento dos itens continuou sendo do Município, numa prorrogação das cláusulas do comodato formal anterior.

Neste ponto, peço vênha, para citar visto à Promoção PG/PSE nº 24/96 - AHT, emitido por essa Chefia, do qual extraímos o seguinte parágrafo:

*“Penso que a razão está com a 4ª AJU, no pronunciamento de fls. 15/18, até porque o § 3º, inciso I, do artigo 62 da Lei 8.666/93 não remete a aplicação do artigo 57 da mesma lei (que trata, precisamente, do prazo de duração dos contratos administrativos típicos), aos contratos de locação em que o Poder Público é locatário. Manda aplicar tão somente os artigos 55 e 58 a 61, numa clara referência de que a disciplina dos prazos dos contratos de locação, dentre outros, tem disciplina em legislação específica.”*

Concluo, s.m.j., que as despesas estão plenamente justificadas e ao abrigo do contrato prorrogado, sendo desnecessário um termo contratual próprio.

Submeto a matéria à apreciação de V.Sa. para o competente visto, tendo em vista que se trata de questão frequentemente enfrentada por esta PG/PCG/7ª AJU.

Rio de Janeiro, 08 de abril de 1996.

**PRISCE MARIA F. S. TORRES BARBOSA**  
ASSESSORA-CHEFE DA PG/PCG/7ª AJU

## Apêndice

---

### PROCURADORES DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

Alberto Guimarães Junior  
Alcides da Fonseca Sampaio  
Alda Cavaliere  
Alexandre Nery Brandão  
Ana Maria da Silva Brito  
Ana Tereza de Oliveira Gama Palmieri  
André Hermann Tostes  
André Leal Faoro  
Andrea Veloso Correia  
Antonio Carlos de Sá  
Antonio Dias Martins Neto  
Arlindo Daibert Neto  
Beatriz Varanda  
Carlos Eugenio de Oliveira Wetzel  
Carmen Lúcia Macedo  
Carmen Silvia de Arruda Torres  
Cassius Anibal Rios  
Christiana Mariani da Silva Telles  
Claudia Alves de Oliveira  
Claudia Braga de Lafonte Bulcão  
Claudia Maria Vaz Monteiro de Castro  
Cristina Galvão D'Andréa Ferreira

Darcio Augusto Chaves Faria  
Denis Borges Barbosa  
Denis George Haddad  
Eduardo Braga Tavares Paes  
Eduardo de Oliveira Gouvêa  
Elaine Tisser  
Eliana da Costa Lourenço Barbosa  
Elisa Grinsztejn  
Fabiani Li Rizzato de Almeida  
Fátima Martins Couto  
Fernando Barbosa Marcondes de Carvalho  
Fernando da Costa Guimarães  
Fernando dos Santos Dionísio  
Fernando Guerra Lopes  
Francisco José Marques Sampaio  
Frederick Bigone Burrowes  
Gustavo Vianna de Siqueira  
Heloísa Cyrillo Gomes  
Heraldo Motta Pacca  
Hugo Gonçalves Gomes Filho  
Ilana Kupermann  
Ivone Duarte Monteiro de Campos  
Jaqueline Ripper N. do Vale Cuntin Perez  
José Eduardo Cavalcanti de Albuquerque  
José Luiz Cunha de Vasconcelos  
José Pereira de Andrade  
José Roberto de Castello Branco de Macedo Soares  
Julio Rebello Horta  
Kátia Patrícia Gonçalves Silva  
Léo Bosco Griggi Pedrosa  
Lionio Ramos de Carvalho Júnior  
Luis Cláudio Miraldes  
Luiz Antonio Barretto  
Luiz Eduardo Cavalcanti Correa

Luiz Norton Baptista de Mattos  
Luiz Roberto da Mata  
Marcelo de Figueiredo Freire  
Marcelo Salles Melges  
Marcelo Silva Moreira Marques  
Márcia Vieira Marx Andrade  
Marco Antonio Ferreira Macedo  
Marcos Henrique Portella de Lemos  
Margarida Maria Vieira Pinto Gomes Castro  
Maria Izabel Vieira de Brito  
Maria Luiza Alkimim Curvello de Araújo  
Maria Regina de Toledo Müller  
Martinho Neves Miranda  
Miguel Grimaldi Cabral de Andrade  
Patrícia Felix Tassara  
Paulo Lamego Carpenter Ferreira  
Paulo Maurício Fernandes da Rocha  
Paulo Roberto Soares Mendonça  
Prisce Maria Frota Salles Torres Barbosa  
Rachel Espírito Santo de Oliveira  
Rachel Teixeira Fares Menhem  
Ricardo Almeida Ribeiro da Silva  
Ricardo Fontes Perin  
Roberto Sardinha Junior  
Rogério Leite Lobo  
Roseane Fernandes Cerbino  
Rubem Dario Ferman  
Simone Britz Gorodicht  
Sonia Rabello de Castro  
Vania Lúcia Belmont  
Vanice Regina Lírio do Valle  
Vera Helena Rodrigues Caldas Francisco  
Vivianne Velasco Fichtner Pereira  
Zulmira Maria Silva Tostes

**Impressão, fotolito e acabamento:**

**IMPRESA DA CIDADE**