

O Governador, atendendo ao disposto no Decreto "E" 5.326, ouviu o Conselho Superior de Planejamento Urbano, que desaconselhou a aprovação do projeto, e em face desse opinamento indeferiu a licença.

40. Ressalte-se que, em tese, o Governador era livre de deferir ou não a licença, baseado exclusivamente em razões de conveniência urbanística que sequer estava obrigado a declarar. Mas, no caso, ocorria um impedimento expresso no Regulamento de Zoneamento, que em seus artigos 36 e 39 proibia, taxativamente, a construção de outras edificações que não fossem de tipo residencial unifamiliar, com o máximo de dois pavimentos, acima da curva de nível de 100m, nos morros e serras do Estado.

Considerando esta proibição e a manifestação do CSPU, que entendia ser a construção prejudicial ao patrimônio paisagístico e florestal do Estado, a licença foi denegada.

O procedimento de aprovação do projeto anterior — de 23 pavimentos — além de inconcluso ficara marcado de substancial nulidade, pela falta do ato-condição consistente na autorização do IPHAN. Encerrou-se, assim, todo o procedimento para o exame e decisão daquele projeto, iniciando-se a partir do ato liberatório posterior do IPHAN um processo novo, que tinha por objeto outro projeto. Este processo deveria naturalmente seguir, como seguiu, todos os trâmites regulamentares. E assim acontecendo, teve o desfecho que pareceu ao Senhor Governador mais útil e conveniente para os interesses da política urbanística do Estado da Guanabara.

Por alongada que já vai em demasia a presente exposição a Procuradoria Geral do Estado de Guanabara abstém-se de comentar outros aspectos jurídicos da controvérsia, remetendo-se às informações prestadas pela ilustre Autoridade Impetrada, das quais também se verifica que os atos contra os quais se volta este mandado de segunda, corretos e legais, de modo algum lesaram qualquer direito subjetivo das Impetrantes.

Está certa, assim, a Procuradoria Geral do Estado da Guanabara de que o Egrégio Tribunal de Justiça, com os doutos suprimentos de seus eminentes membros, denegará a segurança impetrada, como de

Justiça!

Rio de Janeiro, 25 de julho de 1973. — FERNANDO CAMPOS DE ARUDA, Procurador do Estado.

## FIXAÇÃO DE VENCIMENTOS COM BASE EM RESOLUÇÃO DO CONSELHO DA MAGISTRATURA

Exmo. Sr. Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça da Guanabara:

O Estado da Guanabara, nos autos da Ação Ordinária em que contende com José Hermínio Pontual e outros, vem *arrazoar*, como Recorrente, o Recurso Extraordinário interposto contra o v. acórdão da 2ª Câmara Cível (fls. 48/50), admitido por despacho do eminente relator do Agravo de Instrumento 52.894, Min. Bilac Pinto, o que faz na forma abaixo:

### I

#### TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

*Preliminarmente*, é tempestivo o presente recurso. Como se verifica dos autos do Agravo de Instrumento citado, ingressou o Estado no prazo legal com o apelo extremo. Em sua petição de agravo evidenciou o Recorrente que a decisão recorrida sofrera *duas* publicações. A primeira, a 11.8.69, seguindo-se *Embargos de Declaração*. Julgados esses, ocorreu nova publicação, a 22.9.69. No decênio que começou a fluir dessa última data, o Estado apresentou sua petição de Extraordinário.

O despacho que negou seguimento ao apelo extremo entendeu o recurso como intempestivo, sob o fundamento de que embargos declaratórios só aproveitam ao embargante, e não à parte contrária.

Data venia, tal despacho se opôs a recentíssima jurisprudência do Pretório Excelso quando decidiu que *os embargos de declaração suspendem o prazo tanto para a parte que embargou quanto para a outra*. (v. Rev. Trim. de Jurisprudência, julho de 1970, vol. 53, fls. 161 e segs.).

Nessa assentada de julgamento, o ilustre processualista Ministro Amaral Santos assim se pronunciou, demonstrando até a *impossibilidade material de a parte recorrer enquanto pendem de julgamento embargos de declaração*:

"Estou de acordo com o voto do Relator. Apenas quero manifestar o meu pensamento com referência aos embargos declaratórios. Entendo que tais embargos suspendem os prazos porque, interposto o recurso, tem ele efeito suspensivo.

O Relator, independentemente de qualquer formalidade, apresenta os embargos à Mesa para julgamento na primeira sessão seguinte, isto é, os autos saem de cartório e não estão mais à disposição da outra parte para poder recorrer. Por este motivo, eu entendo que os embargos declaratórios suspendem o prazo para o recurso de ambas as partes. O fundamento está no § 2º do art. 862 do C.P. Civil” (RTJ, vol. 53, pág. 162).

A argumentação do eminente processualista é, sem dúvida, irresponsável. Por força do disposto no artigo 862, § 2º do Código de Processo, interpostos os embargos declaratórios, os autos deverão ser imediatamente presentes ao relator para que este possa julgar o recurso na sessão seguinte. Ora, como é possível à parte — a qualquer das partes — recorrer sem que se lhe faculte vista aos autos, os quais ficam não em cartório mas em poder do Relator?

Além do mais, as decisões em embargos de declaração não só esclarecem o sentido do julgado (em caso de obscuridade) mas realmente o modificam (em caso de contradição ou de lacuna). A assertiva de que os embargos de declaração não modificam o teor do julgado há de ser adotada com muita reserva. Como se dizer que não houve modificação quando os embargos venham *acrescer algo ao julgamento*, suprimindo lacuna?

O julgado, após os embargos em que se corrija a omissão constará do que já fora anteriormente decidido *mais do que se decide sobre a parte lacunosa*.

No caso de contradição, a mudança é também evidente. Se se reconhece haver contradição entre duas partes da sentença, suprime-se uma deixando a outra. O julgamento compreenderá, assim, após os embargos *menos do que antes se decidira*.

Em ambos os casos — omissão ou contradição — modifica-se a sentença originária pelos embargos de declaração, quer para se lhe acrescentar algo (caso de omissão) quer para se lhe retirar algo (caso de contradição).

Corroborá este entendimento a Súmula 356 do STF. Com efeito, dela se entende que o julgamento não está completo — e portanto não é recorrível — sem que se julguem embargos declaratórios destinados a corrigir omissão.

Todas essas razões é que certamente levam a maioria dos autores e mesmo da jurisprudência a entender que os embargos de declaração

suspendem o prazo não só para quem os interpôs mas também para a parte adversa. Nesse sentido opinam não só o douto Amaral Santos, cujo voto acima transcrevemos, mas José Frederico Marques (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV pág. 287), Pedro Batista Martins (*Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais*, Forense 1957, pág. 365) e João Claudino de Oliveira e Cruz (*Dos Recursos no Código de Processo Civil*, 1954, pág. 370). Dentre os julgados que abonam a tese cite-se, além do Acórdão do Supremo Tribunal acima referido, mais os seguintes: ainda do Supremo Tribunal “in” D. Justiça de 10.X.55 pág. 3.649; do Tribunal de S. Paulo, “in” Revista dos Tribunais 179/709, 173/217, 173/254, 271/354, 289/264, 297/199; do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, “in” Alexandre de Paula, *O Processo Civil à luz da Jurisprudência*, vol. XVII. Tomo 2º, Verbete 27.492-A, págs. 2644/2645.

Por outro lado, no caso de interposição do Recurso Extraordinário, mesmo para aqueles que entendam que normalmente a suspensão do prazo só ocorre para a parte que embargou de declaração, não há como negar que não flui prazo de extraordinário *antes de decididos os embargos*. Isto porque, o Recurso Extraordinário só cabe, por imperativo constitucional, contra decisão *final*. Ora, não é *final* decisão embargada de declaração, que depende ainda de julgamento.

Neste particular já se pronunciou o Supremo Tribunal através do voto, unanimemente seguido, do Min. Philadelpho de Azevedo:

“Decisão local não é final nem definitiva antes do despacho dos embargos de declaração. O artigo 862, § 5º do Código de Processo Civil não se aplica, portanto, ao Recurso Extraordinário (Rev. For. 101/76).”

Atente-se para o fato de que, em obediência à norma constitucional, hierarquicamente superior, que exige seja final a decisão para que dela se recorra extraordinariamente, o Supremo Tribunal entendeu aí não se aplicar ao Recurso Extraordinário sequer a regra da lei ordinária que não dá a suspensão do prazo para os embargos expressamente considerados protelatórios.

Atente-se mais que dos dois acórdãos do Supremo encampados pelo despacho do Sr. Presidente do Tribunal da Guanabara que negou seguimento do recurso, aquele da lavra do eminente Min. Luiz Galotti, não trata de caso de recurso extraordinário, e o outro a ele se remete

sem enfrentar também o aspecto particular do problema quanto ao apelo extremo.

Assim, o recurso extraordinário interposto pelo Estado dentro dos vinte dias referentes à publicação da decisão dos *embargos declaratórios* é tempestivo e deve ser conhecido.

## II

### A HIPÓTESE DOS AUTOS

Pleiteiam os Autores, na presente ação, acréscimo de vencimentos e outorga de vantagens com base na Resolução do Conselho da Magistratura publicada no Diário Oficial do Estado, Parte III, Suplemento ao nº 197, de 18 de outubro de 1965. Dita Resolução, fundando-se no artigo 47 da Lei Estadual nº 489 de 1964 fixou vencimentos para funcionários do Poder Judiciário.

Como preliminar de sua contestação argui o Réu a inconstitucionalidade da decisão do Egrégio Conselho da Magistratura que, ao estabelecer, por deliberação sua, vencimentos de funcionários públicos, extravasara, à toda evidência, da competência constitucionalmente deferida ao Poder Judiciário.

Esta preliminar foi recusada pela r. sentença de primeira instância e também pelo v. acórdão recorrido, este último nos seguintes termos:

“Quanto ao mérito, o 2º apelante (o Estado da Guanabara) não pode ser contra o Regulamento baixado pelo Egrégio Conselho da Magistratura, pois ele decorreu justamente de uma delegação de poderes que lhe fez a Lei Estadual nº 489 de 8 de janeiro de 1964 quando em seu artigo 47, assim dispôs:

“Cabe ao Conselho da Magistratura regulamentar a presente lei e decidir sobre os casos omissos.” (fls. 166 v. e 167).

### A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGULAMENTO BAIXADO PELO CONSELHO DA MAGISTRATURA

À toda evidência é inconstitucional o Regulamento impugnado — e no qual se baseia a decisão recorrida para conceder em parte o pedido dos Autores. Seja à luz da Constituição de 1946, vigente à época em que

aprovado pelo E. Conselho da Magistratura o citado Regulamento, seja em face da Carta de 1967, seja ainda em confronto com a Emenda de 1969, viola frontalmente normas constitucionais expressas que vedam a *fixação de vencimentos* por ato de *órgão do Poder Judiciário*.

Com efeito, o princípio da independência e harmonia entre os Poderes já o consagrava a Constituição de 1946, em seu artigo 36, fazendo-o obrigatório para os Estados-Membros a teor do que preceituava o seu artigo 7º, inciso VII, alínea *b*. Esta independência e harmonia entre os Poderes estaria irremediavelmente comprometida se se reconhecesse ao Judiciário competência *para legislar*, ainda que por delegação, como o fez a decisão recorrida. Ressalte-se que, à época em que baixada a Resolução do Conselho da Magistratura, vigente a Constituição de 1946, era vedada de maneira peremptória e absoluta a delegação de atribuições entre os Poderes (Constituição de 1946, artigo 36, § 2º). A delegação de poderes que a decisão recorrida viu no artigo 47 da Lei Estadual nº 489 de 8 de janeiro de 1964, era, pois à época em que baixada a Resolução do Conselho, inadmissível. E o é ainda hoje. A Carta de 1967 e a Emenda nº 1 de 1969, tornando menos rígida a vedação à delegação de poderes, não admitiram, porém, de forma alguma a transferência pelo *Legislativo* ao *Judiciário* da atribuição de legislar. Dispõe a Carta Magna vigente, em seu artigo 6º § único, réplica perfeita do mesmo dispositivo da Constituição de 1967, em sua redação original:

“Salvo as exceções previstas nesta Constituição é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições...”

Em seus artigos 52, 53 e 54, os quais repetem praticamente os preceitos dos artigos 55, 56 e 57 da Carta de 1967 em sua primeira redação, a Lei Magna vigente prevê essas exceções: casos em que se admite a delegação legislativa do *Congresso ao Presidente da República* ou a *Comissões do Legislativo*. Em nenhum ponto aceita a Constituição de 1967 a delegação da atribuição de legislar do *Legislativo* ao *Judiciário*.

A fixação de vencimentos de funcionários — matéria que ninguém discute só possa ser regulada *por lei* — através de decisão normativa do Conselho da Magistratura, órgão do Judiciário, não pode ser, portanto, aceita, quer à luz da Constituição de 1946, quer à vista da Constituição de 1967, quer frente a Emenda de 1969. A “delegação de poderes” do legislativo ao judiciário — fundamento do acórdão recorrido para escorar a juridicidade da Resolução do Conselho da Magistratura — constitui,

com a devida vênia, uma verdadeira aberração do ponto de vista do Direito Constitucional brasileiro.

Em tais condições, evidencia-se a violação frontal, pela decisão recorrida, às regras constitucionais acima citadas, pelo que pede e espera o Recorrente que o Supremo Tribunal Federal conheça do recurso e lhe confira provimento para, cassada a decisão recorrida, ser julgado improcedente o pedido, condenados os Autores a pagar as custas do processo e honorários advocatícios.

Rio de Janeiro, 17 de novembro de 1972. — PETRÔNIO DE CASTRO SOUZA, Procurador do Estado.

### IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. PREVALÊNCIA DA NATUREZA DO SERVIÇO SOBRE A DENOMINAÇÃO A ELE ATRIBUÍDA

O Estado da Guanabara, nos autos do Mandado de Segurança nº 11.364, impetrado por Lipater — Limpeza, Pavimentação e Terraplanagem Ltda. contra o Sr. Diretor do Departamento do Imposto Sobre Serviços da Guanabara, em cumprimento ao respeitável despacho de fls. 59, vem a V. Exa. expor e requerer o seguinte:

#### PRELIMINARMENTE

2. Autuada por falta de pagamento do imposto sobre serviços (Auto de Infração nº 59.580, de 23.5.73), a Impetrante deixou de apresentar sua defesa, na esfera administrativa, ingressando diretamente, em Juízo, com o presente pedido de segurança.

3. Ora, a legislação do Estado da Guanabara permite que o contribuinte, autuado, apresente defesa administrativa, independente de caução.

4. Até mesmo os recursos das decisões da Primeira Instância Administrativa, atualmente, não estão sujeitos a caução.

5. Reza, com efeito, o Decreto-lei Estadual nº 426, de 3.7.70:

*“Decreto-lei nº 426, de 3.7.70.*

*Art. 2º — Os litígios suscitados entre a Fazenda do Estado da Guanabara e os contribuintes, originados da aplicação de lei tributária e de seus regulamentos, serão resolvidos administrativamente em duas instâncias: uma singular, outra coletiva.*

§ 1º — Na instância singular — a primeira — decidem os dirigentes das repartições que tiverem competência para aplicar a lei ou o regulamento, e, na coletiva — a segunda — o Conselho de Contribuintes.”

*“Art. 5º — Os recursos para o Conselho serão interpostos no prazo de trinta dias corridos, contados da intimação da decisão final de primeira instância.”*

*“Art. 8º — No prazo a que se refere o art. 1º do Decreto-lei nº 385, de 4.7.70, os recursos ao Conselho de Contribuintes permanecerão livres de garantia de instância por fiança, ou depósito, podendo o Poder Executivo prorrogar essa suspensão, tantas vezes quantas entender conveniente.”*

6. O prazo de suspensão da exigência de garantia da instância foi sucessivamente prorrogado pelos Decretos “E” n.ºs 4.540, de 3.12.70, 4.929, de 11.6.71, 5.323, de 3.1.72, 5.498, de 9.6.72 e 5.850, de 23.11.72.

7. Não cabe, pois, o mandado de segurança, face ao que dispõe o art. 5º, item I, da Lei nº 1.533, de 31.12.51:

*“Art. 5º — Não se dará mandado de segurança quando se tratar:*

*I — de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução.”*

#### DE MERITIS

8. Volta a Impetrante a Juízo, com os mesmos argumentos, já rejeitados pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública, no Mandado de Segurança nº 8.579 (inicial e sentença anexas).

9. Fundamenta-se o pedido, única e exclusivamente, na alegação de que, não tendo sido expressamente mencionada a Coleta de Lixo, na lista de serviços tributados, anexa ao Decreto-lei nº 406, de 31.12.68, com a redação que lhe deu o Decreto-lei nº 834, de 8.9.69, a exigência de tributo sobre a referida atividade configuraria imposição por analogia, de vez que a lista é taxativa.

10. Em abono de sua opinião, a Impetrante traz aos autos cópia de acórdão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, que *não conheceu* do Recurso Extraordinário 76.272, interposto pela Prefeitura