

DOCTRINA

O silêncio da administração pública e seus reflexos jurídicos

FERNANDO MENDES DE ALMEIDA

SUMÁRIO: — O silêncio como forma de declaração da vontade. Recurso hierárquico. O art. 223 do E.F. Prazos para despacho. Ingresso em juízo.

1. A função do silêncio como forma de declaração da vontade e como meio de prova é um dos temas favoritos dos pesquisadores do direito. Não será objetivo deste estudo voltar a revê-la, mas, apenas, invocá-la no que ela fôr útil como subsídio ao assunto que queremos estudar.

O presente estudo se destina a examinar o silêncio como declaração opinativa do Poder Executivo, correspondente à provocação feita pelo recurso hierárquico. Entretanto, visto que, incidentalmente, êle se articula com a doutrina geral relativa ao silêncio como forma declaratória da vontade e meio de prova, sempre que necessário fôr, procuraremos interpretar os pontos difíceis do nosso tema com os auxílios que a doutrina geral oferecer.

2. A história do silêncio, como forma declaratória genérica, resume-se em três momentos.

O primeiro é aquêle em que predomina o princípio de que, quem cala, consente, cuja fórmula erudita se atribui ao direito canônico. (*Qui tacet consentire videtur*). Entendida como absoluta, a regra dá ocasião a erros gravíssimos (1).

(1) Cf. JOSÉ AUG. CÉSAR "Ensaio sobre os atos jurídicos", pág. 52, nota 13), onde o ilustre mestre resume a opinião de SAVIGNY, para quem, em princípio, o silêncio era ineficaz, opondo-se ao "*qui tacet consentire videtur*" o fragmento de PAULO (D. 50.17.142), e onde o mesmo jurista crítica SAVIGNY, e estabelece que o silêncio tem eficácia nas segs. circunstâncias: interpelações de boa fé que exijam resposta; atos positivos de terceiros sobre o patrimônio do s'ente. Sempre que os usos correntes esperem afirmação ou oposição, o silêncio pode significar consentimento. *Data venia*, preferimos no plano do direito positivo e de sua aplicação — a opinião de RIBAS: A regra "*qui tacet consentit*" somente é verdadeira, quando a lei impõe a obrigação de declarar expressamente ou não o consentimento (RIBAS: "Curso de Direito Civil", II, pág. 347 e notas). De maneira que se a lei deixa livre a pessoa a forma de declarar, o silêncio deve haver-se como abstenção estranha ao problema da vontade.

No segundo, predomina o fragmento de Paulo: "*Qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est, eum non negare*" (Dígesto, 50. 17. 142. *De diversis regulis juris antiqui*). A fórmula, que é contraditória, não pode ser aceita literalmente, pois dizer que quem cala, não consente, nem nega, é o mesmo que excluir, de plano, a significação do silêncio (2).

No terceiro, estabelece-se uma opinião razoável que pode ser aplicada, à medida que a necessidade surja, aos casos concretos. As regras de generalidade relativa a propósito do silêncio reduzem-se então ao preceito lógico de que o silêncio se equipara ao consentimento, se o contrário não resultar de sua interpretação (3). Como, entretanto se torna possível firmar as bases da interpretação?! Parece indicado atender, na compreensão de tais

(2) Cf. nota 1, retro. A doutrina do silêncio converge, em matéria probatória, para o da *confissão tácita* (Cf. PEREIRA E SOUSA, "Primeiras linhas", pág. 162 e nota 455, da edição de Teixeira de Freitas). MORAIS CARVALHO entende porém, com ALMEIDA E SOUSA. ("Segundas linhas", nota 427 que no silêncio não se vê confissão, nem negação, fundando-se no frag. de PAULO (MORAIS CARVALHO: "Praxe Forense", § 419 e nota 247). E' que CARVALHO ensina: "A falta de contradição à asserção da parte não pode ser considerada como confissão tácita". Ora, *silenciar* não é falar com a contradição; é não dizer. Nesse ponto, ao que parece, CARVALHO se equivocou, até ao apoiar-se no fragmento de PAULO, pois duas *proposições contraditórias* são contrárias por essência e uma proposição sem correspondente estanca com o silêncio da parte a que ela se dirigiu. Então, se de tal silêncio os usos e costumes podem deduzir concordância, proposição sem eco tem por silêncio a sua repetição.

(3) Veja notas n. 1 e n. 2, e ainda WINDSCHEID, "Pand", I, § 72, nota 10, da ed. Fadda e Bensa. A fórmula de LEONHARD, citado por WINDSCHEID, é inteligente: "O silêncio não significa consentimento, se quem se cala o faz por razões diversas da vontade de consentir." Entre estas razões, cumpre lembrar as causas que podem invalidar os atos jurídicos ou determinar a incoincidência entre a declaração da vontade e o teor da vontade. Mesmo aceita a lição de LEONHARD é claro que o silêncio também pode valer negativa. Assim o que celebrou um pacto de contraendo e silenciou sobre o cumprimento da obrigação de fazer, confessou com tal silêncio o seu ânimo de não cumprir aquilo a que se obrigou.

bases, aos usos e costumes e aos pressupostos que nos inclinam a admitir que o silêncio, em dados casos, é um substitutivo da declaração verbal afirmativa. Mas, mesmo assim, muitas cautelas se devem tomar com o fim de evitar erros incorrigíveis (4).

3. No parágrafo anterior, relembramos a doutrina do silêncio, como forma declaratória genérica, isto é, pressupusêmo-la aplicável à seguinte exemplificação: a) ao silêncio como declaração da vontade nos atos jurídicos; b) ao silêncio como elemento de dedução da confissão ficta em matéria de prova.

Estendendo a doutrina geral do silêncio aos casos em que não há declaração de vontade, nem prova judicial verificamos, desde logo, que se à administração pública se dirige uma reclamação ou recurso hierárquico e não se obtém qualquer despacho, também ocorre *silêncio*.

Ora, qual a significação de um tal silêncio?! Vaverá um despacho negativo, ou nada oferecerá para que permita interpretação? Quem lança mão de recurso hierárquico, assim procede, porque espera um despacho administrativo. Omiti-lo é silenciar, e silenciar será livre à administração pública, independentemente de sanção?! Qual, afinal, a expressão ideológica da omissão?! Nenhuma, ou equivalente ao despacho negativo?!

Admitida a primeira, o recurso hierárquico não passará de utopia, e, assim, quantas vezes se fizer reclamação administrativa, tantas vezes permanecerão insolúveis os interesses simples dos administrados, por causa da inércia dos órgãos despachantes, e os direitos dos administrados serão recompostos pelo Poder Judiciário. Acontece, entretanto, que na atual legislação brasileira há casos em que o recurso hierárquico é preliminar do ingresso em juízo. Como atribuir nenhum significado ao silêncio da administração pública em casos tais?! Pre-

valecendo a nenhuma significação do silêncio, êste se torna capa de abusos, porque, não havendo despacho, não haverá possibilidade de ingresso em juízo.

Conseqüentemente, lógica é a observação de que o silêncio da administração pública nos casos de recursos hierárquicos não despachados, equivale a um despacho desfavorável.

4. Há um pressuposto necessário que leva o administrado a uma reclamação junto à administração pública. É a obtenção do despacho. Se êste falha, há um silêncio do órgão despachante: se há um silêncio do órgão despachante, equitativo é, antes de mais nada, concluir que a administração pública, pela inércia, quis solucionar um caso que exigia um "sim" ou um "não". Ora, tôdas as vezes em que a administração pública despacha, ela emite a sua declaração. Quando não despacha, a despeito de se lhe ter dirigido um recurso hierárquico, das duas, uma: ou diz: "sim", ou diz "não". O que não é admissível é entender que nem diga "sim", nem diga "não".

Chamada a despachar, a administração pública falta a êsse mister. Se falta a êsse mister, não é porque o tempo lhe urge; é porque não quer pronunciar-se. Assim sendo, a sua omissão é como o silêncio; porém, razões de equidade nos levam a dar a tal silêncio significado negativo.

5. Para que se deduza a orientação acima sugerida, urge que a lei estabeleça um termo dentro do qual ao órgão despachante incumbe acatâr a reclamação administrativa ou contrariá-la. De maneira que, escoado o prazo legal para a emissão do despacho administrativo, se o recurso hierárquico versa sôbre interesse simples do administrado o reclamante o renova em tôdas as instâncias administrativas subseqüentes; se versa sôbre direito, ingressa em juízo para que o seu direito se recomponha em razão de uma sentença (5).

(4) "O silêncio vale *consentimento* sempre que, atentas as circunstâncias a que êle vem unido, nenhuma outra interpretação razoável e equitativa se lhe pode dar" (CÉSAR: "Ensaio", cit., pág. 51). A interpretação do silêncio, no nosso entender, pode provir: da opinião profissional (V. WINDSCHEID, ob. cit., I, § 72 nota 10 ao fim): dos usos; da equidade; da orientação legal aplicável à espécie em exame (Cf. RIBAS: ob. cit., II, 347 e notas). Adotada a fórmula acima, é evidente que quem pagou a dívida a outro somente poderá repetir o indébito, se provar que com a *confissão ficta do débito* (pagamento) errou; não pode igualmente negar a dívida, quem pediu *novação*, pois esta é a confissão tácita de que o débito existe.

(5) Cumpre distinguir os recursos hierárquicos. Uns são o caminho único que a lei defere aos administrados, como por ex., aquêles que têm caráter de pedido — tais os em que o administrado pede um favor da administração pública; outros são o caminho gracioso de recompor o direito sem a intervenção do judiciário. Dêstes, os que versam sôbre direitos em geral, salvo se de funcionários públicos, são voluntários, porque as partes podem imediatamente ir ao Poder Judiciário; os que versam sôbre direitos de funcionários são obrigatórios — por se reputarem preliminares do ingresso em juízo (Cr. ZANOBINI — *Corso di Diritto Amministrativo*, II, 65-130). No presente estudo, é especialmente lembrada a categoria dos recursos *hierárquicos obrigatórios*, a qual se acha prevista no art. 223, do Decreto-lei federal n. 1.713, de 1939.

6. As causas referentes a direitos de funcionários públicos têm como antecedente o desprezo de tais direitos, por ato ou omissão, praticados pela administração pública através de seus representantes imediatos. Porém, visto que o antecedente nem sempre é objeto de prova facilmente produtível, a lei brasileira exige que qualquer funcionário público, antes de intentar demanda, provoque, pelo recurso hierárquico, um despacho que, sendo negativo, ponha em foco o fato que há de ser objeto da demanda, ou seja, o desprezo pelo seu direito.

A obrigatoriedade do recurso hierárquico como preliminar das ações referentes ao direito do funcionário público pode parecer, de um lado, restrição ao direito de petição, e de outro, invasão na matéria de direito adjetivo. Mas essa aparência não tem nada que a confirme, a partir do instante em que notamos que ela improcede, porque a obrigatoriedade do recurso hierárquico, atendendo ao princípio da economia processual, visa resolver extra-judicialmente o que talvez dispense a intervenção do Judiciário, e, depois de despacho negativo, firmar a prova de que a administração pública não quer respeitar o direito de seu servidor. Por isso mesmo, ao caráter obrigatório do recurso hierárquico corresponde uma sanção: declarar o juiz que o autor carece de ação, quando não haja tentado anteriormente o pedido por via administrativa.

Ora, se para aquêle que não tenta, por via administrativa, recompôr os seus direitos de funcionário, a sanção é a de não ter qualidades para o exercício da ação, à administração pública, quando não atende de modo algum ao recurso hierárquico, também corresponde uma sanção: o silêncio vale negativa.

7. A aplicação que, no nosso entender, a teoria expendida teve, está no art. 223, do Decreto-lei federal n.º 1.713. O teor do dispositivo citado é o seguinte: "O funcionário só poderá recorrer ao Poder Judiciário depois de esgotados todos os recursos da esfera administrativa, ou após a expiração do prazo a que se refere o § 1.º, do art. 221".

No inciso inicial ("depois de esgotados todos os recursos da esfera administrativa"), pretende-se que qualquer ação referente a direito de funcionário somente é acolhível, depois que, em sucessivas instâncias administrativas, o autor obtiver despacho desfavorável; no inciso final ("ou após a expiração do prazo a que se refere o § 1.º do arti-

go 221", isto é, 90 dias), admite-se que se o órgão despachante silenciar após 90 dias, poderá o funcionário ingressar em juízo. E' o que, no nosso entender, se conclui do art. 231, do Decreto-lei número 1.713, que assim dispõe: "A decisão final dos recursos *deverá* ser dada dentro do prazo de 90 dias". Se a decisão "*deverá* ser dada em 90 dias", parece concludente que, quando não verificada, o funcionário poderá agir judicialmente. Deve-se, pois, entender que a inércia ou o silêncio da administração pública equivale a um despacho negativo. Se não, vejamos.

Se em 90 dias, a decisão deve ser dada e se, passado êsse termo, o funcionário já está em condições de demandar, o silêncio do órgão despachante só pode ter significado negativo, pena de não proceder a ação futura.

8. Encarado de modo geral, o silêncio admite inúmeras modalidades de situações por êle determinadas.

Ora, quando o órgão despachante nega ou acolhe, por despacho a pretensão de um funcionário, diz-se que o recurso hierárquico atingiu o seu escopo. Quando, pelo contrário, nenhum despacho sobrevém ao recurso hierárquico, ou é de se considerar o fenômeno anormal ou é de se considerá-lo acidental. Se o virmos como anormal, não poderá o reclamante sofrer as suas conseqüências; se o situarmos como acidental, igualmente o reclamante dependerá de uma solução.

A "inércia da administração pública" é o fenômeno por que ela, tendo de dar soluções administrativas provocadas pelos administrados, falta no exercício dessa sua incumbência. Mas a inércia é uma omissão e, ante a falta do despacho, o reclamante somente deve ter um caminho lógico: interpretá-la como silêncio de significado negativo. Quando não ocorra despacho, há silêncio entre presentes, isto é, de um lado o recorrente que ofereceu a proposição e, do outro, o recorrido que, silenciando, se opôs à proposição, do recorrente.

De admitir que o silêncio, nos recursos hierárquicos, nada significa, e que dêle nem há deduzir um "sim", nem um "não", a conclusão lógica seria o dilema: ou a administração pública não tem o dever de despachar e somente a faculdade, ou ela tem êsse dever e falecem meios para levá-la a cumpri-lo. Tolerada a primeira observação, a reclamação administrativa seria, em princípio, inútil, sus-

tentada a segunda, qual seria o meio de compelir o órgão despachante ao dever?!

Existe, no direito processual, uma ação que, vacilantemente, nos ocorre lembrar como possível para compelir o órgão despachante a não abusar da inércia. Ela chama-se: cominatória de prestação de fato. Duvidamos, entretanto, de que tal ação caiba na espécie, porque a ação supõe um direito a ser protegido e o fato de emitir despacho não tem como credor o reclamante. Ele é apenas um episódio técnico da administração pública (6). Ademais, incorreto seria aplicar aos casos em que um órgão despachante faltasse com a sua missão no recurso hierárquico a ação de prestação de fato. Incorreto, porque não só complicaria extremamente o funcionamento do aparelho administrativo, como também o subordinaria a dar, em juízo, despacho adequado a um papel referente a mero recurso hierárquico (7).

Como quer que seja, é evidente que alguma solução se impõe, e a que oferecemos é aceitável, conforme procuraremos demonstrar.

9. A necessidade de se assegurarem os interesses coletivos é um dos corolários que justificam a existência da administração pública. Quando, em vez de zelar nesse importante capítulo, a adminis-

(6) No estado atual do processo civil brasileiro, é cabível a cominatória para prestação de fato, a inúmeros casos que a lei prevê e para pedir "em geral, a quem, por lei ou convenção tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou prestação de fato dentro de certo prazo (Cód. de Processo Civil, art. 302, n. XII). Nos termos em que se acha redigida a disposição legal, é evidente que a cominatória — alvitrada para a espécie — seria nada menos que uma solução forçada. A regra embora geral não comporta um tipo de cominatória em que a administração pública fôsse compelida a despachar. E' que essa incumbência da administração pública não exprime obrigação tal que, cumprida, solvesse a posição de sujeito ativo do recorrente. O recorrente não é credor de um despacho, porque este não é direito, nem é possível imaginar que, despachando, a administração pública solve algum vínculo jurídico, por uma prestação de fazer. (Cf. "Comentários ao Cód. de Proc. Civil", vol. IV, LUÍS MACHADO GUIMARÃES, ao art. 302, n. XII), pois se assim fôsse, a inércia da administração pública haveria a responsabilidade por perdas e danos. Em que pese o argumento, ao menos como dever moral, dar despacho é incumbência que se não dispensa à administração pública.

(7) BORSI, que, noutras palavras, observou a mesma inconveniência, sugeriu que ao silêncio da administração pública se contrapusesse um "contencioso ad hoc" cu se estendesse a alçada dos órgãos conhecedores dos atos administrativos (BORSI: "Il silenzio della Pubblica Amministrazione nei riguardi della Giustizia Amministrativa", cit. no artigo de RESTA: "Il silenzio della Pubblica Amministrazione e la giustizia amministrativa", em Rivista di Diritto Pubblico, vol. 21 (1.ª parte) págs. 513-529.

tração pública procura, por todos os meios, colocá-la à margem, a ocorrência é ilógica e é ilegal.

Fundado na observação acima, em França, o legislador de 1864, estabeleceu, no art. 7.º do decreto de 2 de novembro do mesmo ano: "Quando os ministros despacham sobre recursos às decisões de seus subordinados, devem emitir suas decisões no prazo de quatro meses a partir da data em que a reclamação administrativa lhes foi entregue. Expirado êsse prazo sem que a decisão seja dada, os interessados podem considerar rejeitada a reclamação e demandar junto ao Conselho de Estado" (8).

Comparando-se o dispositivo do decreto francês citado com a orientação prescrita no inciso final do art. 223, do Decreto-lei federal n.º 1.713 conclui-se que ambos condicionam, ou melhor, ambos determinam um termo, dentro do qual o despacho deve ser dado, pena de a inércia haver-se como despacho negativo. Típico o sentido da solução: se a administração pública se cala, não consente; se não consente, cumpre àquele que se vê prejudicado no seu direito pôr-se em lide com o Estado. E' a hipótese em que "qui tacet, non consentit". Todavia, como caracterizar a solução que a lei esboça, nos casos em que o recurso hierárquico não é despachado?!

Quando em França, o decreto de 1864 solveu a dificuldade criada pela inércia dos órgãos despachantes, dominava a teoria de que o ministro de Estado era juiz ordinário em matéria de contencioso administrativo. Daí aquela disposição que previa ação por denegação de justiça. Esta a interpretação de um escritor italiano (9). Entretanto, não é ela aceitável, visto que, intentada contra o Estado, a ação de que se trata não visa aplicar sanção ao silêncio, mas a recomposição do direito de que o órgão despachante não desejou tomar conhecimento.

Por decisão do Conselho de Estado Francês, em 9 de dezembro de 1904 (10), a inércia não é decisão implícita até que ocorra a fluência do prazo

(8) Em França, havendo tribunais administrativos, as ações do tipo aqui estudado se intentam perante uma sessão judicante do Conselho de Estado. E' uma característica do chamado "Regime Administrativo".

(9) BORSI: *Condizioni attuali di svolgimento e indirizzo delle istituzioni del contenzioso amministrativo francese*, "Archivio Giuridico" (nuova serie, vol. X, página 416).

(10) Cf. "Année Ad." (1904) pag. 144.

fixado em lei. Daí por diante, considera-se despacho.

LAFERRIÈRE deu a essa solução o aspecto de ficção legal (11). Porém, merece mais acato, ao nosso ver, a opinião de CHAMMARD, para quem a decisão implícita resulta de uma presunção da lei (12). Mas em que se funda a presunção da lei? Parece-nos que num pressuposto lógico: o recurso hierárquico é o meio pelo qual o cidadão quer obter resposta da administração pública e se esta não lhe responde, natural é que a solução não pereça (13). Mas, haverá uma obrigação jurídica para a administração pública de despachar os recursos hierárquicos? Se houver, a sanção que deva compeli-la, qual será?

Não se creia em que haja sanção direta para a inércia da administração pública, pena de forçosamente concluir que *despachar* seja obrigação jurídica. Essa incumbência é uma das formas típicas de função essencialmente administrativa, a que não devem dar desprezo os órgãos despachantes.

Como tal, se a lei não destinasse uma sanção indireta ao silêncio da administração pública, que seria dos reclamantes? No caso de interesses simples, a graciousidade da reclamação poria termo ao pretendido pelo recorrente; no caso de direitos, negar ao recorrente a possibilidade de entrar em juízo por não ter o recurso hierárquico o devido despacho, seria tolher o direito de petição. Daí a sanção indireta resumida na orientação da lei, a qual presume para o silêncio da administração pública o valor de um "não" (14).

Do exposto, deflui que: a) o silêncio da administração pública é a recusa do que pretende o recorrente; b) sendo a recusa, no caso de o recurso hierárquico versar sobre direito (art. 221 e 223, do Decreto-lei federal n.º 1.713), pode o recorrente entrar em juízo; c) podendo o recorrente

entrar em juízo, o silêncio — por valer recurso — firma a circunstância de que o autor não é carecedor de ação.

Em suma, a previsão do art. 223 do Decreto-lei federal n.º 1.713, no inciso final, resume duas feições conexas, sendo que uma decorre da outra: a) a primeira é a de que o silêncio é a negativa implícita; b) a segunda é a de que o silêncio previne a carência de ação.

Como já foi estudada a primeira feição, passaremos agora à segunda.

10. Aquêlê que ingressa em juízo para dêste obter justiça, exercita a faculdade que estava potencialmente contida no seu direito subjetivo. Êsse exercício supõe um direito subjetivo violado e ameaçado por se defender. O interesse juridicamente protegido deve existir para a propositura da ação. Mas isso não basta. Que é mais necessário?!

Necessário é que o autor reúna os requisitos para o exercício da ação: o interesse legítimo violado ou ameaçado e a atualidade dêsse interesse jurídico a ser defendido.

O primeiro requisito é, só por si, o conteúdo da pretensão do autor, pois se não houver interesse legítimo, nem interesse legítimo violado ou ameaçado, temerário e ilógico será que alguém demande (15). O segundo é o de que, se não há violação, nem ameaça ao interesse legítimo, inócua é e será a contencão, o que não isenta o autor de responder por perdas e danos (16). Pretender justiça é esperar que o judiciário integre o direito subjetivo, ou como quer WINDSCHEID, é buscar a tendência do direito, de atuar (17). Acontece, todavia, que o direito provém do fato. Por isso, todo aquêlê que demanda, deve demonstrar o fato objeto da lide, sem o que não haverá o que chamam "presteza giuridica".

Aplicando-se o que ficou dito à espécie de que trata êste estudo, é coerente convir em que se o funcionário público entra em juízo para acionar o Estado, deve estar claro o *fato* que ocasionou a petição, ou seja, o fato de que o seu direito está

(11) LAPERRIÈRE: "Traité de la juridiction administrative", II, pág. 429 (2.ª ed.).

(12) CHAMMARD: "Le recours contre le déni d'administration", pág. 55, cit. em RESTA, "Riv. di Diritto Pubblico", vol. 21, cit.

(13) ORLANDO: "La giustizia amministrativa in 'Trat.'", III, pág. 676; GAMMEO: "Giustizia Amministrativa", I, 489.

(14) RESTA: "Il silenzio della Pubblica Amministrazione e la Giustizia Amministrativa", Rivista di Diritto Pubblico, vol. 21 (1.ª parte) págs. 512-525.

(15) Art. 2.º do C. de Processo Civil.

(16) Art. 3.º do C. do Processo Civil.

(17) É o conceito de "Anspruch", dado por WINDSCHEID, *ob. cit.*, § 43.

ameaçado ou violado, por ato ou omissão da administração pública.

Ora, o interesse jurídico, que o funcionário público visa defender, com a intervenção do órgão jurisdicional, não é tal que se reputado violado ou ameaçado porque a administração pública — volvida para complexísimos problemas — aparentemente não mostrou ter conhecimento dêle. Provo-car, pelo recurso hierárquico, o pronunciamento do órgão despachante, é, por conseguinte, o meio hábil de tornar efetivo o desprêzo do direito do funcionário ou quiçá, a sua consideração. Daí a prévia da

ação em juízo: a necessidade de se endereçar o recurso hierárquico à administração pública, para que despache, pelo "sim" ou pelo "não". Recusada a proposição do recorrente, fica patente o ânimo do órgão despachante de não conhecer do direito do funcionário: renovadas as instâncias e reproduzida a orientação anterior, pode, em seguida, o recorrente ingressar em juízo. E se a administração pública silencia, pergunta-se, que é que sucede? Visto como o seu silêncio é recusa, é pôsto em foco o elemento que dará ao autor a situação de que êle não carece do remédio judiciário. Logo, o silêncio previne a carência de ação.

PARECERES

APOSENTADORIA — CÁLCULO DE PROVENTOS — REMUNERAÇÃO DOS FISCAIS DO IMPÔSTO DO CONSUMO

— *O princípio geral a que se deve obedecer em relação às aposentadorias é de que elas se devem reger pela lei em vigor ao tempo em que foi decretada, salvo o caso de compulsória em que a lei aplicável é aquela em vigor ao tempo em que o funcionário completou a idade limite.*

— *Interpretação dos arts. 197, a, e 199, § 4.º, do E.F.*

— *Idem, do Decreto-lei n.º 5.436, de 30-4-43.*

CONSULTORIA GERAL DA REPÚBLICA

PARECER

1. Francisco Lousada Gonçalves, Fiscal do Imposto de Consumo na Capital do Estado do Rio de Janeiro, por decreto de 31 de maio de 1943, foi aposentado, no interesse do serviço público e de acordo com o art. 197, alínea a, do Decreto-lei n.º 1.713, de 28 de outubro de 1939, contando 25 anos de serviço público.

2. No processo da aposentadoria foram aplicados os dispositivos legais, então vigentes, que mandavam:

a) calcular os proventos da aposentadoria, proporcionalmente ao tempo de serviço, na razão de 1/30 por ano de serviço, sobre o vencimento ou remuneração da atividade (art. 199, § 4.º, do Estatuto dos Funcionários);

b) calcular as percentagens de acordo com a arrecadação do ano anterior (Decreto-lei n.º 5.436, de 30 de abril de 1943);

c) limitar as percentagens a Cr\$ 60.000,00 (parágrafo único do art. 1.º do Decreto-lei n.º 5.436, de 1943).

3. Segundo o cálculo feito, os proventos da inatividade atingiram Cr\$ 62.666,70, calculados da seguinte forma: 1/25 sobre o máximo da percentagem Cr\$ 60.000,00, visto terem as percentagens excedido o limite no ano anterior; 1/25 do vencimento do cargo então exercido.

4. Houve, entretanto, divergências expressas, especialmente no parecer do Senhor Procurador do Tribunal de Contas, que calculava as percentagens sobre o total apurado, isto é, 1/25 sobre Cr\$ 75.980,00.

O Tribunal de Contas, entretanto, mandou proceder ao registro, de acordo com o cálculo feito pelo Ministério.

5. Não se conformou, entretanto, Francisco Lousada Gonçalves, que vem agora pedir a revisão dos cálculos de sua aposentadoria, alegando:

a) que não foram tomadas por base da operação as cotas por êle percebidas no ano anterior, de 1942, como determina o art. 90, capítulo VI, da Lei n.º 284, de 28 de outubro de 1936;

b) que houve vacilação em combinar aquêle dispositivo com o do Decreto de 30 de abril de 1943;

c) que as dúvidas tornaram-se evidentes através dos cálculos feitos com insegurança;

d) que o Decreto n.º 5.436, de 1943, coexiste com a Lei n.º 284, de 1936;

e) que os proventos devem ser, na realidade, de . . . Cr\$ 75.200,00 tomando-se como base o vencimento do agente fiscal, classe "K" e mais 1/25 das percentagens percebidas em 1942, até Cr\$ 60.000,00.

Em resumo é o que alega.

6. As informações e pareceres, constantes do processo, são pela subsistência do cálculo feito pelo Tesouro Nacional.

Não obstante, o Diretor-Geral da Fazenda Nacional expende algumas considerações que mostram a procedência, em parte, do pedido, sugerindo uma lei especial resolvendo o assunto.