

dos concessionários de serviço público ou de utilidade pública — “tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato”, nos precisos termos da vigente Constituição da República (artigo 167, n.º II).

23. Toda concessionária é uma empresa normal em progresso — *going concern* — com direito às vantagens econômicas necessárias à produção das utilidades a que se propõe e ao êxito financeiro do empreendimento, como bem salientam GLAESER e os demais autores que versaram o assunto (M. G. GLAESER, *Outlines of Public Utilities*, 1931; LUIZ DE ANHAIA MELO, *O problema econômico dos serviços de utilidade pública*, 1940; PLÍNIO A. BRANCO, *Diretrizes Modernas para a Concessão de Serviços de Utilidade Pública*, 1949; J. H. MEIRELLES TEIXEIRA, *A Revisão das Tarifas de Transportes Coletivos*, 1956; CAIO TÁCITO, *O equilíbrio Financeiro nas Concessões de Serviço Público*, 1960; J. M. DE AZEVEDO NETO, *Manual Brasileiro de arifas de Agua*, 1967).

24. No caso em exame, a DERSA pode cobrar pedágio na “Via Anchieta” e na futura “Rodovia dos Imigrantes”, porque estas estradas constituem o objeto da sua concessão, e se apresentam com os requisitos técnicos que justificam o pagamento de tarifa pelos usuários que as utilizarem, a saber: são auto-estradas ou vias expressas pavimentadas; são rodovias especiais, com obras de alto custo; são vias de grande segurança de tráfego; são vias bloqueadas; são vias que oferecem alternativa para o usuário, visto que ao seu lado existe outra estrada asfaltada, *de livre trânsito* — a antiga estrada São Paulo-Santos — para os que demandam o mesmo destino. Com estas características, e considerando que tais rodovias apresentam um bloqueio natural, constituído pelas escarpas da Serra do Mar, por onde serpeiam, e tendo em vista a intensidade do tráfego nessas auto-estradas, é legítima e até mesmo recomendável a cobrança de pedágio pela DERSA, em decorrência da sua concessão.

VIII — Resposta aos Quesitos

25. Examinada, assim, a matéria, à luz da doutrina, da legislação e da jurisprudência, e bem ponderada a situação concreta da empresa e das rodovias objeto de sua concessão, passamos a responder sinteticamente a consulta, nos seguintes termos:

Ao 1.º quesito

O pedágio é preço público (tarifa) e não tributo. Como preço público não está sujeito aos requisitos constitucionais dos tributos para sua fixação e cobrança. É cobrável de quem utiliza espontaneamente o bem ou serviço tarifado, na forma autorizada por lei e no *quantum* fixado por decreto.

Ao 2.º quesito

Não há qualquer incompatibilidade entre o pedágio e a Taxa Rodoviária Única. Não ocorre bi-tributação, nem dupla incidência, porque o pedágio não é tributo (é preço) e, além disso, o fato gerador de cada um desses ingressos é diferente.

Ao 3.º quesito

É legítima a cobrança de pedágio pelo Estado ou por seus concessionários, como retribuição do uso espontâneo de auto-estrada ou de obras viárias especiais. A Constituição vigente não o impede.

Ao 4.º quesito

A “DERSA — Desenvolvimento Rodoviário S/A”, como concessionária da “Via Anchieta” e da futura “Estrada dos Imigrantes”, pode cobrar pedágio de seus usuários, uma vez que estas auto-estradas apresentam todos os requisitos exigidos para essa cobrança, e é da natureza da concessão a remuneração de seus serviços através de tarifa.

HELY LOPES MEIRELLES
Professor da Universidade de São Paulo

**PENA POR AJUIZAMENTO: REMISSÃO CONSEQUENTE A
REMISSÃO TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO**

Trata-se de saber se, concedida remissão total do crédito tributário, fica também abrangida pelos efeitos do perdão fiscal a pena civil pelo ajuizamento da dívida, prevista no art. 44 da Lei n.º 672, de 9 de dezembro de 1964, com a redação do art. 239, XXIV, da Lei n.º 1.165, de 13 de dezembro de 1966, tendo em vista que o § 4.º do mesmo art. 44, da primeira das leis citadas, acrescentado pelo art. 14, V, da Lei n.º 1.530, de 26 de novembro de 1967, dispõe:

“Art. 14. Ficam alterados os seguintes dispositivos da Lei n.º 672, de 9 de dezembro de 1964, modificada pela Lei n.º 1.165, de 13 de dezembro de 1966:

.....
V — fica acrescentado um § 4.º, ao art. 44, assim redigido:
§ 4.º A pena por ajuizamento não pode ser reduzida nem dispensada.”

2. Manifestou-se a respeito, nesta Procuradoria, a ilustre colega, Procuradora Dr.ª HELENA CARDOSO TEIXEIRA, cujo judicioso pronunciamento, que se encontra a fls. 34/34v., assim conclui:

“... no meu entender, se o Poder Executivo está autorizado a conceder a remissão total do crédito tributário principal, com maior razão poderá remir a referida multa — cujo fato gerador é o ajuizamento do débito — quer seja considerada mera obrigação acessória ou mesmo autônoma, como pretendem. Cabe ressaltar que o parágrafo que impede seja a mesma reduzida ou dispensada não está subordinado ao artigo que regula a remissão e que, no caso presente, a entender de outra forma, de nada valeria a remissão concedida aos interesses do próprio Estado.”

3. Estamos substancialmente de acôrdo com as conclusões dêsse parecer, mas entendemos não venha fora de propósito tecer mais algumas considerações sôbre o assunto, desde que foi pedido também o nosso pronunciamento.

II

4. Ninguém desconhece a decisiva importância que, na interpretação da lei, reveste a indagação dirigida a determinar-lhe a *ratio*. Mas essa, como justamente acentua BETTI (*Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milão, 1949, págs. 173 e segs.), pressupõe, necessariamente, que o intérprete, procurando estabelecer o sentido da lei, tenha presente, não só a lógica da *linguagem*, como também, a lógica da *matéria disciplinada*, como se deduz da natureza econômico-social das relações reguladas, e a lógica do *direito*, ou seja, da própria disciplina, do tratamento jurídico como tal, considerado nos seus momentos sistemáticos e teleológico.

Assim, constitui noção elementar de hermenêutica jurídica, a de que nenhuma interpretação é possível (salvo a puramente *literal*, como notou PHILIPP HECK, *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*, trad. port., São Paulo, 1947, págs. 131 e segs.), se o intérprete limita-se à consideração de proposições ou preceitos isolados, pois o sentido de uma norma só se revela plena e exatamente, mediante a referência ao complexo normativo a que está orgânicamente vinculada. “Um princípio jurídico, ensina FERRARA (*Interpretação e aplicação das leis*, trad. port., 2.^a ed., Coimbra, 1963, pág. 143), não existe isoladamente, mas está ligado por nexos íntimos com outros princípios. O direito objetivo, de fato, não é um aglomerado caótico de disposições, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, em que cada um tem o seu posto próprio. Há princípios jurídicos gerais de que os outros são deduções e corolários, ou então vários princípios condicionam-se ou restringem-se mutuamente, ou constituem desenvolvimentos autônomos em campos diversos. Assim todos os princípios são membros dum grande todo. Desta conexão cada norma particular recebe luz. O sentido duma disposição ressalta nítido e preciso, quando é confrontada com outras

normas gerais ou supraordenadas, de que constitui uma derivação ou aplicação ou uma exceção, quando dos preceitos singulares se remonta ao ordenamento jurídico no seu todo. O preceito singular não só adquire individualidade mais nítida, como pode assumir um valor e uma importância inespargada caso fôsse considerado separadamente, ao passo que em correlação e em função de outras normas pode encontrar-se restringido, ampliado e desenvolvido.”

5. Tais considerações vêm a propósito pois no caso, como já foi justamente assinalado, a proibição de reduzir ou dispensar a pena civil pelo ajuizamento do crédito fiscal foi estabelecida em um desdobramento duma disposição principal, em um *parágrafo*, isto é, em um preceito não apenas coordenado com os outros da mesma lei, mas vinculado de modo particular a um dêles, por uma relação de subordinação estrutural e funcional. Tratando-se, portanto, de um preceito complementar, acessório, impõe-se, mais que nunca, para determinar-lhe o alcance, o verdadeiro sentido, entendê-lo, inseparavelmente, no contexto em que se inclui, em função do dispositivo de que depende e que se destina a completar. Vejamos, pois, êsse dispositivo.

III

6. Estabelece o art. 44, da Lei n.º 672/64, com a redação que lhe deu o art. 239, XXIV, da Lei n.º 1.165/66:

“Art. 44. O ajuizamento do crédito fiscal sujeita o devedor a uma pena civil, compensatória das despesas judiciais que oneram o Estado, correspondente a 30% (trinta por cento) da totalidade do débito, assim entendida: principal atualizado e mais os juros, multas moratórias ou compensatórias e os acréscimos devidos com o tributo ou a multa fiscal.”

7. Assim, se o Estado (credor), para obter a reintegração do seu direito subjetivo lesado pelo inadimplemento do devedor, quer dizer, para obter a satisfação do crédito fiscal, é levado a ajuizá-lo, fica o devedor, por êste simples fato — o ajuizamento — sujeito a uma *pena civil*, que se destina a *compensar* o credor das despesas advindas do procedimento judicial.

Portanto, no que respeita à natureza do crédito decorrente da pena por ajuizamento, o próprio dispositivo ora transcrito torna prescindível maior indagação, ao qualificá-la, exatamente, como *pena civil*. Ela o é, de fato, e em *sentido estrito*:

- a) porquanto consiste em uma *sanção patrimonial*;
- b) porque é uma sanção patrimonial *não exigida mediante o exercício de uma função administrativa*, e

c) porque é uma sanção patrimonial que *se limita ao ressarcimento do dano ilícitamente causado* (v. sobre o conceito de *pena civil* e sobre a distinção entre as diversas espécies de sanções — penais, administrativas e civis, entre outros: MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, vol. I, 2.^a ed., Padua, 1953, pág. 178; CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Turim, 1953, págs. 82-83; MONTORO PUERTO, *La infraccion administrativa*, Barcelona, 1965, págs. 115 e segs.; BIAGIO PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, 2.^a ed., Padua, 1951, págs. 29 e segs.; ANGELO DUS, *Teoria generale dell'illecito fiscale*, Milão, 1957, *passim*, mas especialmente, págs. 16 e segs.; L. RASTELLO, *Pena pecuniaria* (Direito tributário), verb. in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, pág. 856; ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Turim, 1924, págs. 3 e segs.; A. DE CUPIS, *Il danno* (reimpressão), Milão, 1954, págs. 226 e seg.; JORGE PEIRANO FACIO, *La cláusula penal*, B. Aires, 1947, págs. 23 e segs. e págs. 161 e segs.; CARDOSO DA COSTA, *Curso de direito fiscal*, Coimbra, 1970, pág. 27).

Demais, não corresponde a pena em questão, como está claro, a obrigação tributária principal ou acessória, pois que não tem por objeto, nem o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária (tributária), nem, ainda menos, prestação positiva ou negativa prevista na legislação tributária no interesse da arrecadação ou fiscalização dos tributos (CTN, artigo 113, §§ 1.^o e 2.^o).

É bem verdade que a lei a considera *crédito fiscal*, tanto que a submete ao regime de execução dos créditos fiscais; mas assim a considera tão só por *equiparação* — por *conexão*, dir-se-ia melhor — pois como exatamente esclarece HÉLIO IVO DÓRIA (*Direito processual tributário*, São Paulo, 1963, pág. 77), além dos créditos tipicamente fiscais, a lei, para o só efeito de possibilitar a sua cobrança pela via executiva, a eles equipara os provenientes de *multas de qualquer natureza, etc.*" (grifamos) (v. Dec.-lei n.^o 960, de 17/12/38, art. 1.^o).

8. Como *pena civil compensatória* dos ônus impostos pela cobrança judicial do débito, tem a pena por ajuizamento, fundamentalmente, a mesma natureza que compete, no direito privado, à *cláusula penal* ou *stipulatio poenae*. Idênticos são os seus pressupostos, cumprem a mesma função e produzem, essencialmente, os mesmos efeitos.

A cláusula penal, define CLÓVIS BEVILÁQUA (*Direito das obrigações*, 6.^a ed., Rio, 1945, pág. 72), é um "... *pacto acessório, em que se estipulam penas, ou, antes, multas, contra aquêles que deixar de cumprir o ato ou fato, a que se obrigou, ou apenas retardar a sua execução*".

Tratando da importância e utilidade da cláusula penal, reconhece OROSIMBO NONATO (*Curso de obrigações*, vol. II, Rio, 1959, págs. 314 e seg.):

"A par da feição de pena que ainda possa encerrar, vale (a cláusula penal, esclarecemos nós) por estímulo ao devedor para o cumprimento da obrigação e essa dupla feição lhe assi-

nala BARASSI: de pena e de composição de danos, de pena e de indenização (liv. cit., vol. cit., pág. 481).

Tríplice utilidade realçam os D.D. na cláusula penal: estímulo ao devedor; b) prefixação de perdas e danos; c) patrimonializar interesse que, sem ela, se mostraria insuscetível de avaliação econômica."

"A cláusula penal, como observa GIULIO VENZI, tem eficácia coercitiva contra o devedor, funcionando como pena."

"Em regra, a cláusula penal integra-se nos contratos ainda entre particulares e sua natureza de pena opera com o valor de ameaça, constituindo, a essa conta, e por inegável influência psicológica, um estímulo ao cumprimento da obrigação" (grifado no original).

9. Não é, porém, apenas a obrigação nascente de contrato que serve de pressuposto à cláusula penal. Assim como a pena por ajuizamento, ela também pode referir-se a obrigações *ex lege*, dispondo sobre o ressarcimento do dano devido ao seu inadimplemento.

"Tal inadimplemento (ou mora) — pondera DE CUPIS (*Il danno*, cit., pág. 225) invocando WINDSCHEID — pode concernir a qualquer obrigação, e não apenas à obrigação *ex contractu*. O art. 1382 usa a expressão "*um dos contratantes*": mas por "contratantes" podem entender-se os sujeitos que estipulam a cláusula penal, destinada a disciplinar o ressarcimento do dano que será produzido pelo inadimplemento de obrigação derivante de contrato ou de outra fonte. De qualquer modo, ainda que, em razão da sua colocação, a disciplina da cláusula penal devesse referir-se à hipótese específica do inadimplemento de obrigação *ex contractu*, nada obstará à interpretação analógica."

Assim, também, ANDREA MAGAZZÙ, da Universidade de Messina (*Clausula penale*, verb. in *Enciclopedia del Diritto*, vol. VII, Milão, 1960, pág. 190):

"Todavia, tendo presente a definição da causa (típica) da cláusula penal, claramente se verá que pressuposto necessário e suficiente da cláusula é a (preexistência de uma) obrigação e não (de) um negócio ou contrato (principal); e a cláusula penal pode referir-se não apenas a obrigações nascentes de contrato, mas também a obrigações nascentes de ato jurídico em geral, e até a deveres em sentido estrito."

Não é outro o entendimento de JORGE PEIRANO FACIO (*La cláusula penal*, cit., pág. 234):

“... A cláusula penal pode também estabelecer-se para melhor conduzir ao cumprimento de obrigações que têm sua origem em qualquer das fontes que a lei prevê como causas eficientes de vínculos obrigacionais. Assim, seria perfeitamente lícito e possível pactuar uma cláusula penal para reforçar o cumprimento de obrigações que encontram sua origem na lei, ou que emergem do quase-contrato ou de fatos ilícitos.”

No mesmo sentido, a lição de V. M. TRIMARCHI (*Clausola penale*, verb. in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. III, Turim, 1959, pág. 352):

“A cláusula penal pressupõe a existência (e não necessariamente a preexistência) de uma obrigação perfeita (qualquer que possa ser a sua fonte) ou então a preexistência de um dever jurídico (de correção individual): em ambos os casos é devido um comportamento e a cláusula se presta a influir sobre o sujeito passivo (para que a êle se conforme).”

10. Em nada prejudica, por outro lado, à substancial identidade de natureza entre a *pena por ajuizamento* e a *cláusula penal*, o fato de ser aquela cominada em lei, e não estabelecida convencionalmente, como esta. Atente-se à precisa observação de JORGE PEIRANO FACIO (*La cláusula penal*, cit., pág. 178):

“... A pena civil em sua essência não leva determinada de modo necessário a característica da origem contratual. A pena civil pode surgir também da vontade da lei, ou — segundo afirmam alguns autores — da vontade unilateral de um determinado sujeito de direito. A ausência da gênese contratual não retira a estas sanções o caráter de penas civis.”

V., também, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, vol. II, 2.^a ed., Rio, 1966, págs. 124 e seg.

Acontece que no direito privado, em razão da natural prevalência do princípio da autonomia da vontade, ou — como diz DE CUPIS (*op. cit.*, pág. 224) — “pelo respeito devido à vontade das partes em matéria considerada de interesse privado”, a pena é sempre, ou é, ao menos em princípio, objeto de autoregulamento empenhante, pena *convencional*. Assim, cabe às partes estabelecê-la ou não, e, se a estabelecerem, fazê-lo segundo os seus próprios interesses, observados apenas os limites porventura determinados na disciplina legislativa correspondente.

Mas no âmbito de uma relação obrigacional de direito público, como a relação tributária, em que a vontade negocial cede lugar, como fonte direta e imediata do efeito jurídico, a um pressuposto de fato previsto pela norma, em que é irrelevante, na determinação do efeito, a vontade dos sujeitos da relação (*obligatio ex lege*), e em que a obrigação se caracteriza pela nota da inderrogabilidade ou indisponibilidade (CTN, arts. 141 e 144) — nada impede que, dados os mesmos pressupostos que, no direito privado, justificariam a previsão da cláusula penal, também se estabeleça a previsão de uma pena destinada a cumprir idêntica função, a satisfazer à mesma exigência prática. Aqui, porém, atendendo à natureza da relação a cuja disciplina adere o preceito sancionador, e, portanto, à natureza do interesse cuja satisfação a relação visa garantir, a lei, ela mesma, impõe, direta e necessariamente, a pena. Mas isto, se retira à sanção o caráter *convencional* que, em regra, formalmente reveste no direito privado, não a desnatura, não lhe muda a razão, a feição característica, a substância.

De resto, é bem conhecido o fato — assinalado freqüentes vezes na doutrina — de que certos institutos, conceitos ou formas jurídicas como por exemplo, o direito subjetivo, a obrigação, a responsabilidade, a culpa, a personalidade, o contrato, a prescrição, a propriedade, as servidões, etc. — e entre êsses, a *pena compensatória ou moratória* — formados e desenvolvidos, em virtude de notórias circunstâncias históricas, nos domínios do direito privado, não pertencem, exclusivamente, a determinado campo do direito, não são, radicalmente, intrinsecamente, públicos ou privados: são, antes, — *institutos, conceitos ou formas gerais e fundamentais do direito*, comuns ao direito público e ao privado, ainda que em sua aplicação, ou em suas manifestações concretas, neste ou naquêle campo, por influência dos princípios diversos que nêles prevalecem, possam apresentar diferenças formais ou secundárias. Como bem assinalou RETORTILLO BAQUER:

“A propriedade, os contratos, a responsabilidade, a figura do direito subjetivo, as servidões, etc., não são figuras exclusivas de Direito Privado ou de Direito Público. São, simplesmente, figuras jurídicas: e estas têm uma só e idêntica unidade lógica. É nesse complexo heterogêneo que constitui a realidade jurídica que têm a sua sede originária...” (*El derecho civil en la genesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Universidade de Servilha, 1960, pág. 74).

Cons. a respeito do problema, no mesmo sentido, entre outros G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, trad. ital., Milão, 1912, págs. 224 e segs.; SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, reimpressão da 2.^a ed., Florença, 1951, pág. 8; A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padua, 1950, págs. 96 e segs.; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, 8. ed., Milão, 1958, pág. 230; SEABRA FAGUNDES, *Da contribuição do Código Civil para o direito administrativo*, in *Rev. de Dir. Adm.*, vol. 78, pá-

ginas 1 e segs., espec. pág. 6; FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, vol. I (Allgemeiner Teil), 6.^a ed., Munique-Berlim, 1956, pág. 151; A. D. GIANNINI, *Istituzioni di diritto tributario*, 9.^a ed., Milão, 1965, págs. 100 e seg.

11. Conclui-se, pois, de tais considerações, que a *pena por ajuizamento* tem fundamentalmente, a mesma natureza da *cláusula penal*; em suma, — ambas revestem o mesmo conjunto de *caracteres essenciais*, cumprem a mesma função e produzem, em consequência, efeitos substancialmente idênticos. Em outras palavras, *pena por ajuizamento* e *cláusula penal*, são apenas modos concretos, com eventuais diferenças meramente formais e acidentais, por que se manifesta um mesmo instituto jurídico geral, o da *pena civil compensatória ou moratória*.

12. Ora, é geral e pacificamente aceito que um dos caracteres necessários da cláusula penal, por isso que inerente à sua própria razão de ser, à função que está chamada a cumprir no mundo do direito, é a *acessoriedade*.

As poucas ressalvas avançadas nesse ponto, confirmam o princípio, pois que, dêsse modo, como esclarece OROSIMBO NONATO (*Curso de obrigações, cit.*, vol. II, págs. 345 e espec. 346), viria a cláusula a perder sua “verdadeira fisionomia”. Sustentando, embora, possa considerar-se a cláusula como um negócio autônomo, mercê da sua peculiar função jurídica (causa), observa justamente MAGAZZÚ (*Clausola penale cit.*, pág. 190), que “a configuração normativa do instituto em exame, não consente se possa admitir a hipótese de uma cláusula penal que se não refira a uma situação (subjéctiva) passiva (de conteúdo patrimonial) suscetível de inadimplemento.” (No mesmo sentido, cfr. ainda, CLÓVIS BEVILÁQUA, *Direito das obrigações, cit.*, pág. 72; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. II, 2.^a ed., Rio, 1966, pág. 123; ARNOLDO WALD, *Curso de Direito Civil Brasileiro* (Obrigações e contratos), 2.^a ed., S. Paulo, 1969, pág. 126; PEIRANO FACIO, *La cláusula penal, cit.*, págs. 183 e segs; RAIMUNDO NONATO FERNANDES, *Cláusula penal*, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 9 pág. 3).

Ora, como resulta até mesmo da linguagem comum, acessório é o que se liga a outro fato ou situação principal por um nexo de *subsidiariedade*, de *subordinação* ou de *instrumentalidade*. Não tem, por conseguinte, existência autônoma, não representa um fim em si mesmo. Sua razão de ser é a própria existência, atual ou futura, do fato ou situação principal a cujo serviço nasce e permanece indefectivelmente vinculado. “A nota comum da acessoriedade, na variedade de comportamentos da mesma nas diversas hipóteses — previne SANTORO-PASSARELI (*Dottrine generali del diritto civile*, Nápoles, 1954, pág. 66) — está em que uma relação é *subordinada* a uma outra relação e, nos limites da subordinação, segue-lhe a *sorte*...” (grifado no original). Esta situação de dependência, que, como pertinentemente assinala o claríssimo civilista, é o traço estrutural característico da

acessoriedade, exprime-se, pois, em seu momento funcional ou operacional, com rigor e concisão, na tão conhecida fórmula do adágio romano: *accessorium sequitur principale*.

Particularmente no que tange aos casos de nulidade, ineficácia ou extinção da obrigação principal, esta regra fundamental, mesmo comportando uma que outra exceção, mostra-se, em sua generalidade, pelos seus próprios fundamentos lógicos, antes ainda que jurídicos, incontroversa.

Estabelecem os arts. 153, 922 e 923 do Código Civil:

“Art. 153. A nulidade parcial de um ato não o prejudicará: na parte válida, se esta fôr separável. A nulidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.”

“Art. 922. A nulidade da obrigação importa a da cláusula penal.”

“Art. 923. Resolvida a obrigação, não tendo culpa o devedor, resolve-se a cláusula penal.”

Observa, a êsse respeito, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (*Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações*, 1.^a parte, 2.^a ed., S. Paulo, 1962, pág. 228): “Tão lógico se afigura o princípio, sua verdade se revela de tão grande evidência, que dispensável seria a presença de dois textos a respeito em nossa legislação. O preceito é absoluto e decorre do fato de constituir a pena convencional mera estipulação acessória, cuja sorte se vincula à da obrigação principal.”

Ensina igualmente CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*Instituições, cit.*, vol. II, págs. 104 e 123):

“A relação de repêndência estabelecida entre a acessória e a principal tem várias consequências, tôdas porém subordinadas à regra geral *accessorium sequitur principale*. Assim, se a obrigação principal se extingue, a acessória automaticamente desaparece.”

.....
“É a pena convencional, sempre, uma cláusula acessória, e tal como ocorre com tôdas as obrigações acessórias segue a principal, à qual acompanha nas suas vicissitudes.”

Cfr. também J. PEIRANO FACIO, *La cláusula penal, cit.*, págs. 183 e seguintes e 396.

13. Ora, a *remissão* é prevista na legislação tributária (arts. 156, IV e 172) como uma das modalidades de extinção do crédito, e, por conseguinte, da *obrigação tributária*, “... dado que esta, em sua acepção técnico-jurídica mais ampla e precisa, não é senão a relação existente entre

o crédito e o débito, que constituem, respectivamente, a posição ativa e passiva do vínculo obrigacional.” (*Notas de derecho financiero*, publ. sob a direção de SAINZ DE BUJANDA, tomo I, vol. 2.º, Madri, 1967, pág. 219).

A remissão é, pois, o ato administrativo (unilateral) motivado, pelo qual o credor da obrigação tributária, à vista de qualquer dos pressupostos indicados no art. 172 do CTN e mediante uma autorização legal, renuncia total ou parcialmente ao crédito, ou seja, perdoa a dívida, extinguindo a obrigação. “O C. T. N., nesse art. 17 — comenta ALIOMAR BALEEIRO — refere-se ao mesmo instituto de Direito Privado de que trata o Código Civil, nos arts. 1.053 a 1.055, a remissão, ato de remitir ou perdoar a dívida, por parte do credor benigno, que renuncia a seu direito.” (*Direito Tributário Brasileiro*, 2.ª ed., Rio, 1970, pág. 512). E CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*Instituições*, cit., vol. II, pág. 238), referindo-se à remissão civil, a que corresponde, segundo BALEEIRO, o instituto de direito tributário do mesmo nome, doutrina:

“Nos seus efeitos, o perdão da dívida opera como se fôsse pagamento. Equivale à quitação da dívida, porque importa em extinção da obrigação, liberando o devedor e seus co-responsáveis.”

14. Na presente hipótese, como já foi visto, a autoridade administrativa, atendendo à situação econômica do sujeito passivo, e fundando-se no art. 172, I, do C.T.N., assim como no art. 39-A da Lei estadual n.º 672, de 9/12/964, de acôrdo com a redação que lhe deu o art. 14, III, da Lei n.º 1.530, de 26/11/967, concedeu *remissão total do crédito tributário*, extinguindo-se, portanto, inteiramente, a obrigação.

Acontece, porém, que o crédito já havia sido ajuizado, e o ajuizamento do crédito, segundo estabelece o art. 44 da Lei n.º 672/64, com a redação do art. 239, XXIV, da Lei n.º 1.165/66, sujeita o devedor a uma pena civil, de natureza compensatória, que, de acôrdo com a legislação citada, *não pode ser reduzida nem dispensada*.

15. Já se sabe, ademais, que essa pena por ajuizamento corresponde a uma sanção civil (e não administrativa, tributária ou penal) e se destina, exclusivamente, a compensar o credor das despesas que lhe acarreta o procedimento judicial da cobrança do crédito.

Foi também demonstrado que essa pena civil compensatória, pelos seus pressupostos, função e efeitos, equivale a uma verdadeira *cláusula penal* de origem legal, caracterizada, assim, fundamentalmente, pela acessoriedade em relação à obrigação principal.

16. Ora, se o crédito ajuizado se extinguiu, após o ajuizamento, em virtude de sua remissão total — isto é, de perdão da dívida, de renúncia incondicional e irrestrita do credor ao seu direito — parece incontestável que a extinção da obrigação principal, por ato abdicativo do próprio credor,

importando em liberação graciosa do devedor que “opera como se fôsse pagamento”, não pode deixar, conforme os princípios acima expostos, de alcançar obrigação civil acessória, subordinada, cuja sorte está lógica e juridicamente vinculada à daquela. Exatamente neste sentido é a lição de J. PEIRANO FACIO, em sua notável monografia sôbre a cláusula penal:

“A remissão da obrigação principal implica, pois, também a remissão da cláusula penal.” (*La cláusula penal*, cit., pág. 398).

17. Nem, de outro lado, parece relevante a circunstância de já ter havido ajuizamento do crédito e, assim, ocorrido o pressuposto de eficácia da cláusula penal. Como já se esclareceu, para efeito de sua cobrança, a lei considera a pena por ajuizamento *crédito fiscal*, tanto que a submete ao regime de execução dos créditos fiscais. De sorte que, se, em caso concreto, correspondesse à intenção da administração pública credora não incluir no perdão da dívida a pena compensatória, sob o fundamento de já se haver verificado o fato de que dependia sua aplicação, bastar-lhe-ia recorrer à via adequada, oferecida pela lei, concedendo tão-sòmente remissão parcial do crédito tributário. Se não o faz, não há senão como aplicar à remissão o princípio *accessorium sequitur principale*; no caso, a extinção da obrigação principal, ainda que já ajuizado o crédito, compreenderia, pois, também a pena civil pelo ajuizamento.

18. Não valeria, igualmente, argumentar que a pena por ajuizamento não pode considerar-se compreendida na remissão total do crédito tributário, porque sendo meramente compensatória das despesas advindas da cobrança judicial, é *indisponível*, quer dizer, insuscetível de renúncia ou remissão. Como se sabe, *indisponível* — e, assim, *em princípio*, irremissível — também é o crédito tributário (principal) (C.T.N., art. 141), o que não lhe impede absolutamente a remissão, desde que autorizada por lei. Pois a indisponibilidade de que se reveste o crédito correspondente à pena por ajuizamento é, fundamentalmente, da mesma natureza e da mesma dimensão, como *crédito fiscal* que também é, por equiparação legal.

19. Pelo que ficou exposto, entendemos, pois, que não cabe interpretar o preceito segundo o qual “a pena por ajuizamento não pode ser reduzida nem dispensada”, em termos absolutos, eis que êle, já se há de ter visto, simplesmente particulariza, com respeito ao crédito que lhe corresponde, o mesmo princípio geral da indisponibilidade do crédito tributário. Em princípio, portanto, é a pena por ajuizamento de fato *indisponível* e, assim, na linguagem do legislador estadual, *irreduzível e indisponível*. Mas a indisponibilidade de que a reveste a lei é a mesma de que é munido o crédito tributário; e esta, como já foi visto, não é absoluta. O que a administração não pode, em caso nenhum — êste nos parece o verdadeiro significado da norma em questão — é, apenas, ao cobrar judicialmente crédito fiscal, deixar de exigir também, exatamente, a pena devida pelo ajuizamento.

Em conclusão, parece-nos, pelas razões acima que, concedida remissão total do crédito tributário (já ajuizado), fica também abrangida pelo perdão fiscal a pena civil devida pelo ajuizamento da dívida.

É o nosso parecer, s. m. j.

Rio de Janeiro, 8 de fevereiro de 1971.

FLÁVIO BAUER NOVELLI
Procurador do Estado

**POLÍCIA MILITAR DO ANTIGO DISTRITO FEDERAL.
TRANSFERÊNCIA DO SEU PESSOAL INATIVO AO
ESTADO DA GUANABARA**

O postulante, Pedro Teixeira Mazyolini, coronel PM, reformado, requereu, em 31/3/70, no processo administrativo n.º 09/093.862/70, fôsse apostilada em sua carta patente a declaração de ser titular de *status* jurídico de coronel reformado na "Polícia Militar do antigo Distrito Federal".

Alegou direito adquirido a tal *status*, *ex vi* de preceito constitucional, direito êste violado pelo art. 10 do convênio aprovado pelo Decreto-lei n.º 10, de 26 de junho de 1966.

Tal pedido, recebendo pareceres contrários (fls. 117 e 122/123 do aludido processo administrativo), foi indeferido pelo Exmo. Sr. Governador do Estado, em 20/11/70.

Em 6/1/71, formulou pedido de reconsideração do indeferimento.

Alegou, então, em abrigo de sua pretensão, que:

a) a Polícia Militar do antigo Distrito Federal não foi transferida ao Estado da Guanabara, nem pois extinta, pois o art. 11 da Constituição do Estado da Guanabara (27/3/61) criou a Polícia Militar do Estado da Guanabara;

b) provisoriamente, por força da transferência dos serviços e servidores para o Estado da Guanabara, a Polícia Militar ficou com seus quadros esvaziados, não sofrendo, pois, solução de continuidade;

c) posteriormente, operou-se a convalidação (revigoração, restauração, recomposição, reconstituição) da Polícia Militar do Distrito Federal;

d) que, em resumo, a Polícia Militar não foi transferida ao Estado da Guanabara.

A tese central do postulante, a de que a Polícia Militar do antigo Distrito Federal não foi transferida ao Estado da Guanabara, é falsa, pois contrariada por texto expresse de lei.

Assim é que o art. 2.º da Lei n.º 3.752, de 14/4/60, determinou a passagem para o Estado da Guanabara dos serviços públicos de natureza local prestados ou mantidos pela União.

In verbis:

"Art. 2.º. Passam ao Estado da Guanabara, a partir da data de sua constituição, independentemente de qualquer ato de transferência, os direitos, encargos e obrigações do atual Distrito Federal, o domínio e posse dos bens móveis ou imóveis a êles pertencentes, e os serviços públicos por êle prestados ou mantidos."

E o art. 3.º do dito diploma legal determina a transferência ao Estado da Guanabara, na data de sua constituição, sem qualquer indenização, dos serviços públicos de natureza local prestados ou mantidos pela União, os servidores nêles lotados e todos os bens e direitos nêles aplicados e compreendidos.

Da dicção legal, se constata que a lei passou os serviços públicos do antigo Distrito Federal, bem como os servidores nêles lotados, ao Estado da Guanabara.

Observe-se que o § 1.º do art. 3.º citado, *in fine*, explicita que na aludida transferência de serviço se inclui a Polícia Militar.

Pelo exposto, se contradita a arguição do requerente de que a Polícia Militar do antigo Distrito Federal não foi transferida ao Estado da Guanabara, pois quem transfere os serviços e os servidores nêles lotados, transfere a estrutura dêsses serviços, transfere a entidade de que é própria tal estrutura.

O argumento do requerente, extraído do art. 14 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado da Guanabara, de que a Polícia Militar não foi transferida ao novo Estado, em virtude de dito dispositivo constitucional criar a Polícia Militar, não prova a subsistência da Polícia Militar do antigo Distrito Federal, como entidade, e apenas esvaziada de seus quadros funcionais.

Dito art. 14, ao dizer que fica criada a Polícia Militar do Estado da Guanabara, importa em ser um ato meramente declarativo da existência da Polícia Militar do Estado, cuja existência se originou, de fato, com a efetivação da mudança da Capital Federal, em virtude do disposto no art. 2.º da Lei n.º 3.752, de 14/4/60, o qual determinou *passarem ao Estado, a partir da sua constituição, independentemente de qualquer ato de transferência, os serviços públicos.*