

REVISTA
DA
PROCURADORIA-
-GERAL
DO ESTADO



PUBLICAÇÃO DO
INSTITUTO DE INFORMÁTICA JURÍDICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

REVISTA DA PROCURADORIA- -GERAL DO ESTADO

**PUBLICAÇÃO DO
INSTITUTO DE INFORMÁTICA JURÍDICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul foi criada em 1971, pelo Prof. Orlando Vainin, então Consultor-Geral do Estado. Tomou a feição atual em 1974, sendo Consultor-Geral do Estado o Prof. Mário Bernardo Sesta, quando passou a ser publicada pelo Instituto de Informática Jurídica. Em decorrência da alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 10, de 30 de novembro de 1979, passou a chamar-se Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

RPGE	Porto Alegre	v. 15	nº 41	p. 1 a 146	1985
------	--------------	-------	-------	------------	------

Revista da Procuradoria-Geral do Estado.

v. 9 n. 24 — 1979 — Porto Alegre,
Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do
Sul, Instituto de Informática Jurídica.

v. 23 cm trimestral

Continuação da Revista da Consultoria-Geral do Es-
tado.

ISSN0101 - 1480



JAIR SOARES
Governador do Estado

CLÁUDIO STRASSBURGER
Vice-Governador do Estado

NEY SÁ
Procurador-Geral do Estado

MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES
Procurador-Geral Adjunto

ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS
Coordenador do Instituto de Informática Jurídica

CONSELHO DE REDAÇÃO

Maria Amália Dias de Moraes
Almiro Regis Matos do Couto e Silva
Luiz Jaurez Nogueira de Azevedo
Maurício Azevedo Moraes
Ana Maria Landell de Moura
Jorge Arthur Morsch
Eliana Donatelli de Moura
Rosa Maria Peixoto Bastos
Mercedes Moraes Rodrigues
Telmo Candiota da Rosa Filho
José Hugo Valvírio Castro Ramos

Maria da Graça Landell de Moura Bégni (Secretária do Conselho)

EQUIPE TÉCNICA

EXECUÇÃO E REVISÃO
Bet. Henriqueta Kopsch von Wackerritt

EXPEDIÇÃO
Dalva A. Bragança da Silveira

SUMÁRIO

DOCTRINA

MARIO G. LOSANO	Os projetos de lei italianos de proteção dos dados pessoais	11
SILVIA LA PORTA	Crédito fiscal e falência	16
ADILSON ABREU DALLARI	Direito à habitação	21
ARMANDO HENRIQUE DIAS CABRAL	Impacto da energia nuclear sobre o meio ambiente e a responsabilidade civil pelo dano nuclear	23
MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO	O Município e seus problemas urbanísticos	30

PARECERES

ANA MARIA LANDELL DE MOURA	Provisamento de cargo em comissão	37
ALMIRO DO COUTO E SILVA	Ajuda de custo	45
ALEXANDRE HENRIQUE GRUSZYNSKI	Estágio probatório	47
MÁRIO BERNARDO SESTA	Aposentadoria com base na Lei de Anistia	50
MERCEDES DE MORAES RODRIGUES	Decisões do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais	53
ROSA MARIA DE C. ARANOVICH	Férias de servidor regido pelo Direito do Trabalho	56
ELAINE DE ALBUQUERQUE PETRY	Recursos em concursos públicos	59
EUNICE NEQUETE MACHADO	Convenção coletiva de trabalho	68
ELIANA DONATELLI DE MOURA	Fundo Nacional de Telecomunicações	74
VERENA NYGAARD	Herança jacente	77
JOSE OUADROS PIRES	Acumulação indevida	80
MARISA SOARES GRASSI	Lei Suely	83
EUNICE ROTTA BERGESCH	Complementação de proventos	86
EULÁLIA MARIA DE C. GUIMARÃES	Uso de bem público	90
FLORIANO MILLER NETO	Imposto de renda retido na fonte	95

ASSUNTOS MUNICIPAIS

SILVIA LA PORTA	Desapropriação para manutenção de posseiros em terrenos urbanos	101
MARIA IZABEL DE A.R. FONYAT	Eleição da Mesa da Câmara de Vereadores	106
BARTOLOMÉ BORBA	Retenção do valor do imposto sobre serviços de qualquer natureza	108
RENITA MARIA HÜLLEN	Magistério Público municipal	110
NILO VARGAS	Remuneração de vereadores	115

TRABALHOS FORENSES

SILVIA OPITZ	Parcela autônoma. Apelação	121
CAIO MARTINS LEAL	Revisão de proventos na Lei nº 7.357/80. Regimes de 33 e 44 horas. Ação rescisória	126
DEFRANCISCO GALLICCHIO	Regras especiais de incorporação de vantagens em proventos integrais de aposentadoria. Razões de recurso extraordinário	133

DOCTRINA

OS PROJETOS DE LEI ITALIANOS DE PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

MARIO G. LOSANO
Professor na Universidade de Milão

1. A SITUAÇÃO ATUAL

Enquanto os principais países industrializados têm, há longa data, uma legislação que tutela a proteção dos dados pessoais armazenados em bancos de dados, na Itália a situação ainda é indefinida. Existem, de fato, algumas normas significativas sobre a tutela da proteção de dados pessoais, mas inseridas em leis que regulam outros setores. Embora existam três projetos de lei já apresentados em épocas diferentes ao Parlamento, ainda não foi aprovada uma lei específica sobre a privacidade¹.

O primeiro ponto a ser observado é o seguinte: dada a situação de crise econômica e política da Itália, há alguma possibilidade destes projetos de lei serem transformados em legislação? Recorremos a casos análogos, como o da legislação antimonopolista imposta à Itália pelo Tratado de Roma e que, no entanto, nunca entrou em vigor. No que diz respeito à lei sobre a privacidade, vemo-nos frente a uma situação diversa. Os Estados que já possuem uma legislação própria sobre a tutela da privacidade procuram evitar que as suas próprias normas sejam esvaziadas, transferindo os bancos de dados a Estados estrangeiros de legislação mais branda ou totalmente destituídos de lei sobre a tutela da privacidade. Em consequência, as leis estrangeiras quase sempre contêm uma norma que veta a transferência de dados pessoais para aqueles Estados que não oferecem garantia legislativa equiparada àquela do Estado que fornece os dados. A Itália deve, portanto, aprovar uma lei sobre privacidade para evitar que seja afastada do fluxo transfronteira dos dados pessoais. Além disso, esta lei não poderá distanciar-se muito dos modelos já em vigor no exterior, porque também neste caso omitiria a cláusula que veta a transferência dos dados pessoais.

É oportuno recordar que o fluxo dos dados pessoais é muito importante para a economia de um Estado. Um exemplo esclareceria melhor a questão. As transferências de remessas de aparelhos médicos eletrônicos, bem como de automóveis com certos acessórios, da filial no estrangeiro à matriz, são quase sempre acompanhados dos dados pessoais do cliente que solicitou aquele modelo em particular. Se no Estado em que funciona uma filial for dotado de uma lei sobre a tutela da privacidade mais rigorosa do que aquela existente no Estado em que opera a matriz, qualquer determinação transmitida da filial à matriz deverá estar submetida à aprovação da autoridade do Estado onde fica a filial, com os atrasos e as consequências econômicas obviamente previsíveis.

Tudo isto diz respeito a relações internacionais. No plano interno, é desnecessário recordar quão importante é uma lei sobre a privacidade para a tutela da liberdade essencial do cidadão: é um tema tão vasto que seria impossível tratarmos dele neste artigo. É de meu interesse esclarecer como a Itália — mesmo não estando interessada na garantia da liberdade individual interna — acabaria sendo forçada a adotar uma legislação sobre a privacidade, em consequência da própria colocação em um dado contexto econômico que a liga indissolavelmente a outros países industrializados.

Cedo ou tarde, de um modo ou de outro, criar-se-á também na Itália uma lei sobre a privacidade. É necessário, pois, examinarmos quais são as normas já em vigor (mesmo se contidas em leis que tenham um escopo diverso do da privacidade) e quais as normas propostas. Feito este rápido exame, convém ainda precisar qual o grau de conformidade entre as normas existentes e as normas propostas e, finalmente, verificar as possibilidades concretas de aplicação das normas propostas.

Em virtude do limite de espaço imposto neste trabalho, peço, antecipadamente, excusas pelo caráter sumário das considerações que sequegem.

N. T. ¹ O autor usa a palavra americana *privacy*

Tradução de "I progetti di legge italiani sulla riservatezza dei dati personali", por César Augusto F. Mariano e revisão de Henriqueta K. von Weckerlin. Autorizada pelo autor.

2. AS NORMAS JÁ EM VIGOR SOBRE A PRIVACIDADE

O atraso da Itália em comparação a outros países industrializados no que concerne à legislação sobre a privacidade levou o legislador italiano a antecipar algumas normas de tutela dos dados pessoais no Estatuto dos Trabalhadores e, sobretudo, na lei de reforma da segurança pública que contém no seu interior uma verdadeira *mini lei*² sobre a proteção dos dados pessoais. Vejamos estes dois textos de lei já em vigor.

a) O Estatuto dos Trabalhadores

O Estatuto dos Trabalhadores veta qualquer tipo de controle do trabalhador à distância. A princípio pensava-se principalmente em circuitos internos de televisão dentro das empresas. Hoje em dia, ao contrário, esta norma vem sendo aplicada também a atividades de informática relacionadas com a criação de bancos de dados pessoais. Exemplificando, cada pessoa que utiliza o computador é reconhecida pelo programa através de um código de identificação. Este código torna possível calcular o tempo de serviço de uma pessoa, além de comparar o tempo de serviço de diversas pessoas. Tudo isso *sem* o conhecimento do trabalhador. Num processo recentemente julgado, a empresa que havia utilizado esse tipo de controle foi condenada. A existência de uma lei referente à tutela dos dados pessoais, provavelmente, tornaria a proibição desse controle menos rígida: seria, entretanto, preciso modificar o Estatuto dos Trabalhadores quanto a esse aspecto.

b) A lei de reforma da segurança pública

Harmonizar a futura lei italiana sobre a privacidade com o Estatuto dos trabalhadores será mais fácil que harmonizá-la com a lei de reforma da segurança pública, cujo título exato é: *Nuovo ordinamento dell'amministrazione della Pubblica Sicurezza*. Os artigos 5 a 12 desta lei regulam a matéria, que é atualmente objeto de três projetos de lei especificamente dedicados à privacidade. Em particular, esses projetos fixam a competência do Ministério do Interior sobre os bancos de dados pessoais, pelo fato das pessoas físicas e jurídicas terem a obrigação de comunicarem a existência de bancos de dados próprios a este Ministério. Muitas empresas italianas, de fato, notificaram ao órgão o número de solicitações que foram efetuadas até a data de 31 de dezembro de 1981. Mas o que sucedeu após? Aqui nos defrontamos com a indagação se vale ou não a pena ficar atento, inclusive nos próximos meses. Em primeiro lugar, o Ministério do Interior não parece haver se estruturado em termos de pessoal para julgar denúncias e ir ao encaixo de omissões ou falsificações. Em segundo lugar, a finalidade desta coleta de informações não é rotineira. Com base no artigo 8 desta lei, "até a data de 31 de dezembro de 1982, o Governo deverá informar ao Parlamento sobre os elementos coletados ao final de cada resolução legislativa oportuna quanto à tutela do direito de reserva do cidadão. Em outras palavras, o Ministério do Interior está incumbido de fazer passá-los pela aprovação do Parlamento. Além disso, a denúncia das empresas deve ser renovada a cada ano, mesmo que o Parlamento já tenha promulgado a lei sobre a proteção dos dados.

É legítimo, portanto, supor-se que o Ministério do Interior deseje dispor destas informações para seu próprio uso. Se for este o caso, não há motivos para crítica, pois o projeto *Mirabello* (do qual nos ocuparemos a seguir) seria coordenado com a lei que reforma a segurança pública. De fato, o projeto *Mirabello* prevê a criação de uma espécie de magistratura da informática junto à Presidência do Conselho. A este órgão chegariam anualmente, até a data de 31 de dezembro, denúncias sobre os dados pessoais. No entanto, segundo a lei de reforma da segurança pública, tal denúncia deve ser efetuada ao Ministério do Interior dentro deste mesmo prazo.

3. A PROPOSTA DE LEI DE 1981 (PROJETO ACCAME)

O primeiro projeto orgânico de lei sobre a tutela da privacidade foi apresentado em 1981 pelo deputado Falco Accame. O projeto socialista parte do pressuposto de que a evolução tecnológica possibilita a invasão do campo individual, sem que exista alguma regra a respeito. Estamos, em suma, na mesma situação — declara a relação introdutória — "daqueles que já deci-

N. T.² o autor usa *minilegge*

diram armazenar explosivos enquanto ainda estão em estudo as medidas de segurança para a conservação e uso dos mesmos". De 1981 até hoje, pode-se dizer que a situação praticamente não mudou.

O projeto *Accame* é constituído de vinte artigos, e, por conseguinte, oferece as linhas diretrizes para a tutela da privacidade, sendo mais do que um verdadeiro instrumento.

O artigo 2º fornece as definições básicas, das quais resulta que a lei deve ser aplicada a dados referentes às pessoas físicas, quando se tratar de computador eletrônico (art. 2º). Prevê-se, entretanto, que essa tutela se estenda também a dados de pessoas jurídicas e a dados de fichários, delegando a outra lei a formulação das normas em pauta.

A determinação das sanções e a especificação de exceções a regras apontadas sempre recaem sobre a lei precedente. Se a isto unirmos a generalidade com que vêm enunciados os vários princípios inspiradores do projeto, é evidente que o projeto *Accame*, atualmente, serve apenas como ponto de referência para o aprimoramento de outros projetos.

Convém ressaltar que esse projeto não evidencia se os órgãos estatais são os responsáveis pelo acatamento das normas sobre a privacidade. Do contexto depreende-se uma posição superior do Ministério da Justiça. A Comissão aqui tratada não tem, de fato, função ativa, pois opera junto ao Ministério da Justiça, com vistas a uma melhor aplicação da lei.

4. A PROPOSTA DE LEI DE 1982 (PROJETO PICANO)

No início de 1982, um grupo formado de nove deputados do Partido Democrático-Cristão apresentou um outro projeto de lei sobre a privacidade, composto unicamente de 18 artigos, porém muito melhor articulado do que o projeto *Accame*. Ele prevê claramente uma autoridade estatal de controle cuja denominação se apóia na análoga instituição francesa "Comitato nazionale per l'informatica e la libertà". É interessante notar como este órgão, desvinculando-se do governo, seja posto, ao invés, sob o controle direto do Parlamento. Este Comitê tem um registro dos bancos de dados que são divididos em duas categorias: aqueles sujeitos somente ao registro e aqueles que — devido a maior suscetibilidade dos dados pessoais armazenados — estão sujeitos a registro e autorização.

O projeto prevê ainda sanções aos responsáveis por bancos de dados que não se atenham às prescrições do Comitê. Estas sanções são, todavia, inconsistentes para modificar a legislação inteira: "A recusa, por parte do proprietário de dados solicitados para registro, em declaração, assim como a declaração falsa dos mesmos, é passiva de sanção administrativa no valor de um a três milhões de liras, acrescidas de 1/3 do valor nos casos de declaração falsa" (art. 7º). Parece que os proponentes desta lei não têm uma visão clara dos custos impostos às empresas por uma lei sobre a privacidade. Diante de sanções tão leves, é mais conveniente realizar o processamento vetado e pagar a indenização a pôr em prática as medidas de tutela previstas na lei.

O contencioso é conferido pela magistratura ordinária "que deve, não obstante, ouvir o parecer da autoridade de controle" (art. 13).

Este projeto prevê, finalmente, um conjunto abrangente de medidas de segurança física e natural que tutelam materialmente os dados pessoais memorizados.

5. A PROPOSTA DE LEI 1983 (PROJETO MIRABELLO)

Enquanto que os projetos de lei anteriores eram de iniciativa parlamentar, o projeto de lei apresentado em 1983 é de iniciativa ministerial. Uma comissão formada por vinte juristas elaborou um texto com 37 artigos que, por sua amplitude e sistematização, supera os precedentes e atua como ponto de referência para futuras discussões parlamentares sobre a matéria. A análise deste projeto seria muito longa para este artigo. É suficiente que se faça um comentário dos pontos de maior relevância.

Além do mais, na questão internacional sobre qual "pessoa" deve ter os dados protegidos, a Comissão *Mirabello* se posicionou a favor da tutela mais ampla: a lei tutelará tanto os dados de pessoas físicas como os de pessoas jurídicas. Esta solução apresenta vantagens e desvantagens: se de um lado é positivo estender ao máximo a tutela da futura lei sobre a privacidade, por outro lado torna-se bastante difícil determinar quais dados são *pessoais*, quando se fala de uma pessoa jurídica. Por exemplo, cada empresa de grande porte armazena dados sobre as empre-

sas concorrentes, seus produtos e particularidades de organização, etc. Como se configurará neste caso o direito de acesso da pessoa jurídica cujos dados são armazenados por uma empresa concorrente? Qualquer tipo de ação sem previsão é infrutífera nos dias de hoje. Se esta norma for acolhida, há necessidade de se verificar qual o resultado em concreto. Não se pode excluir o fato de que nada ocorra: a empresa que por conta própria desejar informações sobre outras empresas fica desde logo ciente de que deverá enfrentar a mesma situação, isto é, de que terá de franquear seus próprios arquivos.

Como se destina a um projeto de iniciativa governamental, o órgão de controle é posto diretamente sob a subordinação da presidência do Conselho dos Ministros (o que provocará muitas discussões no Parlamento). O pessoal do órgão de controle, em sua maioria, é ligado ao Poder Judiciário: os juizes do Tribunal Federal de Justiça são maioria nas funções diretivas do mesmo órgão. Parece-me um aspecto um tanto obscuro no que diz respeito às suas implicações práticas. O relatório que o acompanha ressalta que o desejo era de se criar um órgão administrativo como os outros, portanto, os magistrados do Tribunal Federal de Justiça apontados para a direção do Departamento de Controle obteriam licença de três anos enquanto estivessem exercendo esta função. Os atos do Departamento de Controle podem ser apelados por via administrativa junto ao TAR, ao passo que as sanções previstas no capítulo VI do projeto prevêem a intervenção da magistratura cível e criminal ordinária. Estas sentenças determinam que dentro de três anos as magistraturas do Departamento de Controle retornem ao Tribunal Federal de Justiça, ou seja, ao tribunal de última instância da magistratura ordinária. Sem querer me pronunciar contra esta solução organizatória, acho que deve ser discutido a fundo cada implicação, não tanto no plano jurídico, mas no sociológico.

Dois pontos importantes parecem ter sido pouco desenvolvidos, e espera-se que a discussão parlamentar traga esclarecimentos a respeito.

O artigo 12 (custódia dos dados) faz uma breve menção às medidas de segurança que devem ser tomadas pela empresa que opera com o banco de dados pessoais. Este aspecto da tutela dos dados é fundamental e a ele deve ser dedicado todo um comentário, visto que resolver este amontoado de problemas superficialmente talvez não seja suficiente.

O artigo 3º especifica a figura do responsável pelos dados, isto é, da pessoa que responde por eventuais violações da lei frente ao Departamento de Controle³. É provável que a Comissão ainda não se tenha dado completamente conta das implicações resultantes de uma norma que exija da empresa ou da função pública a indicação deste responsável. Uma vez que as sanções previstas no projeto são pesadas (reclusão de seis meses a três anos, além de multa: artigo 23, c.1) é concebível que — antes de se designar o responsável pelos dados — o indivíduo requeira uma série de garantias, que se concretizem numa organização interna da empresa ou da função pública. A lei alemã previu a respeito uma organização bem articulada. Concretamente, deverá ocorrer algo semelhante na Itália, mas o projeto de lei deixa livre toda a organização para adotar a estrutura que mais lhe aprouver. A meu ver, isto acarretará diferenças na organização e complicações no momento de aplicar a lei.

Cogita-se do caso em que a estrutura administrativa seja tal que nenhum cidadão se julgue em posição de assumir a "responsabilidade pelos dados". Já que na ausência deste está previsto que seja responsável pelos dados aquele que o banco denuncia ao Departamento de Controle⁴, poderá também se verificar a omissão de denúncia, que é um dos crimes punidos com a pena acima colocada. Bem, nesta situação, a quem se aplicará esta pena? Ao diretor do serviço E.D.P.? Ao administrador delegado? A todo o Conselho Administrativo? Como se pode observar, há lugar para eterna controvérsia. Além do mais, as discussões ocorrerão doravante na magistratura comum, cuja lentidão deve ser mais uma vez aqui mencionada. Há, em suma, o risco de que a lei tenda a uma não-aplicação.

Desejaria concluir estas considerações com uma alusão a este perigo. O projeto de lei prevê sanções bem graves, alguns pontos da lei (se for conservada a formulação atual) serão de difícil aplicação; a mesma lei necessitará de regulamento de aplicação da Presidência do Conselho.

N. T. ³ em italiano Ufficio di Controllo

N. T. ⁴ em italiano Ufficio di Controllo

Estas e outras razões poderiam acarretar a não-aplicação da lei sobre a tutela dos dados pessoais. Em suma, a Itália deve promulgar esta lei se deseja participar, sem problemas, do fluxo transfronteira dos dados pessoais. Todavia, a reciprocidade em questões internacionais é baseada em considerações puramente formais: se existe uma lei que tutela a privacidade e se existe um Departamento de Controle que trata de sua aplicação, a reciprocidade não pode ser negada. A consideração concreta da duração da sentença, da aplicação efetiva das normas e assim por diante não faz parte destas considerações.

Uma vez que os perigos causados pelo uso da informática são reais, urge impedir que a futura lei sobre a privacidade se torne uma lei *postiza*, uma lei *provisória*, que admita toda a sorte de reparos e emendas.

CRÉDITO FISCAL E FALÊNCIA

SÍLVIA LA PORTA

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Constitucional na UNI-
SINOS

SUMÁRIO:

I — Reabertura do problema por decisão do Tribunal de Justiça do RS. II — Tratamento legal conferido ao tema. III — Tratamento jurisprudencial. IV — Posição da doutrina. V — Conduta do Estado nos processos de execução fiscal, face ao Juízo Falimentar.

1. O tema da habilitação do crédito fiscal no juízo da falência foi reacendido por decisão recente proferida pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, em data de 23 de agosto de 1984, onde ficou consignado na ementa que:

"Não dependendo o juízo da execução fiscal do que for decidido na falência, ainda que a decretação desta tenha sido posterior ao ajuizamento do crédito relativo à dívida ativa da Fazenda Pública, *constituiu gravame ao exequente a suspensão da execução fiscal, bem como a determinação da penhora no rosto dos autos da falência.*" (Traços nossos).

Neste Agravo de Instrumento, de nº 584002380, ficou decidido pelo prosseguimento da execução fiscal, com a penhora de bens da massa falida, pois que a suspensão da execução e a penhora no rosto dos autos da falência são medidas prejudiciais à Fazenda Pública, mesmo que o fundamento de tais medidas tenha sido a existência de créditos trabalhistas preferenciais.

O Des. Rel. Dr. GERVÁSIO BARCELLOS registrou que, com a superveniência da lei das execuções fiscais, Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, "não há mais o condicionamento do crédito fiscal ao juízo universal da falência, como ocorria sob o regime anterior".

O regime anterior a que se refere a decisão, neste passo, é o da Lei de Falências, DL 7661, de 21 de junho de 1945, que reza, em seu artigo 24:

"As ações ou execuções individuais dos credores sobre direitos e interesses relativos à massa falida, inclusive a dos credores particulares de sócio solidário da sociedade falida, ficam suspensas, desde que seja declarada a falência até seu encerramento."

Mas a própria Lei de Falências ressalva no § 2º do mesmo artigo 24:

"Não se compreendem nas disposições desse artigo, e terão prosseguimento com o síndico, as ações e execuções que, antes da falência, hajam iniciado:
I) os credores por títulos não sujeitos ao rateio."

Voltando à decisão ora examinada, reconhecem ali os julgadores que "nada justifica que seja trancado o processo de execução fiscal, quando a própria lei atinente à espécie não o possibilita."

Por decisão unânime, acordaram os eminentes julgadores, Des. GALENO LACERDA e Des. ANTÔNIO AMARAL BRAGA.

II — TRATAMENTO LEGAL CONFERIDO AO TEMA.

2. Mesmo que se tome como ponto de partida a Lei de Falência, do ano de 1945, já se tinha ali reconhecido, de modo implícito, no artigo 24, § 2º, inciso I, acima transcrito, o direito material e processual de a Fazenda Pública Federal, Estadual e Municipal não se submeter ao concurso de credor privilegiado, juntamente com os credores trabalhistas.

A regra tinha já a *ratio* de proteger aqueles credores que, dada a peculiaridade de sua posição (por relações laborais ou por serem pessoa jurídica de direito público), não poderem ser equiparadas aos demais credores da massa falida e com eles disputar, em rateio, os bens da "quebra".

No que concerne aos créditos fiscais, é de todo evidente que se revestem a peculiaridade de serem destinados ao erário público, portanto são um *bem público*, não atinente à esfera jurídico-patrimonial particular, como ocorre com os demais créditos que se habilitam no processo falimentar.

PONTES DE MIRANDA foi, entre nós, quem se ocupou, com rigor, do conceito de *privilegio* ou de sua natureza jurídica própria, asseverando ser "de direito material, mas publicístico: nasce do direito pré-processual, como um dos conceitos que servem à *promessa estatal de tutela pública.*" (1)

Por esta razão, que é de ordem pública, e que incorpora a materialidade do crédito fiscal, é que, necessariamente, deve ele gozar de um tratamento legal diferenciado, discriminado em relação aos outros créditos, desde que, sabidamente, não se igualam desigualdades, pena de tratamento anti-isonômico vedado constitucionalmente.

II A — A TRADIÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

3. É tão verdade a constatação acima enunciada que encontra ela apoio em larga tradição do direito brasileiro, já consagrada pela letra do Decreto-lei nº 960, de 17 de novembro de 1938, artigo 60, onde se eximia a Fazenda da sujeição a concurso de credores ou da habilitação de crédito em falência, concordata ou inventário.

Já o Decreto-lei nº 858, de 11 de setembro de 1969, manteve a tradição, normatizando, em seu artigo 2º:

"A concordata preventiva ou suspensiva, a liquidação judicial ou a falência, não suspenderão o curso dos executivos fiscais, nem impedirão o ajuizamento de novos processos para cobrança de créditos fiscais apurados posteriormente."

Nesta linha protetora dos peculiares interesses da Fazenda Pública perfilou-se o Código Tributário Nacional, que é *lei complementar* à Constituição Federal, por força do artigo 18, § 1º, da Carta Fundamental, de sorte que disciplina, no Capítulo VI, as Garantias de Privilégios do Crédito Tributário, onde, em 11 artigos, tais garantias e privilégios são reiteradamente reconhecidas, com destaque, no que ora concerne, ao artigo 187, de teor:

"A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento."

Com o advento da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, diversos dispositivos mantiveram esta linha de tradição, a começar pelo artigo 5º, de grande explicitude:

"A competência para processar e julgar a *execução da dívida ativa da Fazenda Pública* exclui a de qualquer outro Juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário."

E o artigo 29 dispõe de forma análoga ao já referido artigo 187 do CTN.

4. Estes os diplomas de regência da matéria em exame e que não deixam dúvidas sobre a autonomia, a independência do juízo da execução fiscal do que se processa e do que se decide no juízo da falência, mesmo na hipótese em que a decretação da quebra tenha se dado posteriormente ao ajuizamento do crédito pertinente à dívida ativa da Fazenda. É de tal sorte protetiva aos interesses do erário público a legislação de regência, que a LEF, lei das execuções fiscais determina, em seu artigo 4º, § 1º, que:

"Ressalvado o disposto no artigo 31, o síndico, o comissário, o liquidante, o inventariante e o administrador, nos casos de falência, concordata, liquidação, inventário, insolvência ou concurso de credores, se, *antes de garantidos os créditos da Fazenda Pública, alienarem ou derem em garantia quaisquer dos bens administrados, respondem, solidariamente, pelo valor desses bens.*"

Quer dizer, o § 1º do art. 4º da LEF designa a responsabilidade executória primária do síndico e das demais pessoas que enumera por dívidas contra a Fazenda, fazendo-os responder *pessoalmente* pelo valor dos bens alienados ou dados em garantia ilícitamente, fraudando a execução.

A regra é inteiramente harmônica com o sistema do CTN onde, na Seção III, da "Responsabilidade de Terceiros", artigos 134 e 135, se estatui da *responsabilidade pessoal* pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias, resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos de:

(1) MIRANDA, PONTES, Tratado de Direito Privado, Tomo XXVII, pág. 150.

"IV — o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário." (inciso IV do art. 134).

III — TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL

5. O Supremo Tribunal Federal também de longa data, invocando o Decreto-lei nº 960, de 1938, artigo 60, decidiu em favor do prosseguimento de executivos fiscais fora do juízo da falência, nos RE nº 71035 (RTJ 68/709) e 79456 (RTJ 72/578).

E invocando o CTN, em especial o artigo 187, proferiu decisão no RE nº 82114, cuja ementa diz: "Execução Fiscal. A Fazenda Pública possui ação própria para a cobrança de suas dívidas fiscais, não podendo ser compelida a fazer valer seus créditos, em caso de falência do devedor, no juízo falimentar. Aplicação do art. 187, "caput" do CTN, em RTJ, vol. 82/856.

Com fundamento nesta decisão do Pretório Excelso, o nosso Tribunal de Justiça, 2ª Câmara Cível julgou em Agravo de Instrumento nº 34.981, de 21 de maio de 1980, tendo a ementa a mesma redação daquela proferida pelo STF.

Também a 4ª Câmara Cível, em 16 de março de 1983, manifestou-se no sentido de que:

"O pagamento ao credor supõe inexistência de privilégio que o prejudique" (no Ag. Inst. 583002167).

Anteriores a estas decisões do Tribunal de Justiça do RS, este mesmo Tribunal decidiu reiteradamente na direção de que:

"A Fazenda Pública não está sujeita à habilitação em falência. A execução fiscal excepciona o juízo universal da falência", em RTJ, 1969, nº 17/175. E ainda na RTJERS, 1968, nº 9/239, Rel. Des. EMÍLIO A. M. GISKOW, RTJERS, 1973, nº 39/150, Rel. Des. JORGE RIBAS SANTOS, RTJERS, 1970, nº 22/1777, Rel. Des. ALAOR TERRA e RJTERGS, nº 31/185, Rel. Des. ANTONIO AUGUSTO UFLACKER.

Em decisão recentíssima, manifestou-se o Tribunal Federal de Recursos, Rel. Min. ANTONIO DE PÁDUA RIBEIRO, consignando-o:

"Execução Fiscal. Falência da devedora superveniente ao seu ajuizamento e à penhora efetivada. Aplicação da súmula 44 do TFR.

I — À vista da Súmula 44 do TFR não há lugar para remessa dos autos da execução fiscal do Juízo Falimentar." (em DJU, 18-10-84, p. 17381).

Esta última decisão do TFR segue a linha da proferida na Ap. C. nº 43418 — PR, em 16 de maio de 1980, pelo mesmo Tribunal, onde julgou-se no sentido de que:

"A falência não suspende o curso do processo fiscal, nem impede o ajuizamento de novos processos para a cobrança de créditos fiscais apurados posteriormente (Decreto-lei nº 858/69, art. 2º)."

Sem dúvida, as decisões proferidas pelos Tribunais Federais aplicam-se inteiramente à dívida ativa do Estado, porque os dispositivos de lei, tanto do CTN, quanto da Lei de Execução Fiscal, aplicam-se aos créditos tributários federais, estaduais e municipais.

IV — POSIÇÃO DA DOUTRINA

6. Afinada com a letra dos diplomas de regência e com a orientação pacificada dos Tribunais, a doutrina, repetidamente, manifesta-se asseverando que:

"A Fazenda não está obrigada a habilitar-se no juízo da falência, ou do inventário, ou qualquer outro. Isto não impede, porém, que declare, nesse Juízo, o seu crédito e nele peça reserva de bens suficientes, sem prejuízo da cobrança direta, com a respectiva penhora." (cfr. JOSÉ DA SILVA PACHECO (2), em uníssono com MILTON FLAKS (3)).

Neste último trabalho de doutrina, teve o autor cuidado em distinguir diferentes situações, que ensejam diferentes soluções, extraídas "das diretrizes pretorianas", assim:

"a) *Penhora anterior à insolvência* — faz-se a hasta, se for o caso, no próprio juízo da execução. Satisfeito o crédito fiscal, o saldo será remetido ao juízo universal. (...)

(2) em Comentários à Nova Lei de Execução Fiscal, SP, Ed. Saraiva, 1981, p. 130-132.

b) *Penhora posterior à insolvência* — Feita a penhora no rosto dos autos, o juiz da execução aguardará que o juízo universal coloque o numerário à sua disposição, atendidos os credores preferentes ou reservados bens para a satisfação destes."

Este mesmo autor acrescenta uma valiosa contribuição ao definitivo esclarecimento desta questão, quando diz, com segurança, que:

"A LEF não concede à Fazenda uma faculdade, mas sim um *poder-dever*, expressão de uso correntio entre os administrativistas para significar que, a certos privilégios dos entes públicos, corresponde a imposição de utilizá-los. Outro entendimento importaria em permitir que a Fazenda Pública se subtraísse ao seu juízo natural."

7. ALIOMAR BALEEIRO buscando construir, com segurança e rigor, uma interpretação conciliatória entre os artigos 187, 188 e 189 do CTN, pois que, da leitura apressada do § 1º do art. 188 e do parágrafo único do art. 189, poderia parecer que a Fazenda deveria habilitar-se no juízo da falência e do inventário, assegura que:

"cremos que a Fazenda poderá usar pura e simplesmente o executivo fiscal contra a Massa, que nele (executivo fiscal) se defenderá." (4)

Mas nossa análise vai além, valendo-se da precisa posição defendida por MILTON FLAKS, quando constata que o artigo 1º da LEF é imperativo: "a execução judicial para a cobrança da dívida ativa será regida pela lei específica" (cp. cit. p. 275).

Não é de se ignorar, neste contexto legal impositivo, que a habilitação do crédito no juízo universal da insolvência, implica em participar de uma *execução coletiva*, segundo os processualistas, execução esta regida, conforme o caso, então sim, pela Lei Falimentar ou pelos artigos 748 e seguintes do CPC.

Tal participação, no que concerne ao crédito fiscal, não pode se dar, *ex vi lege*, o que foi ainda melhor esclarecido em excelente artigo da autoria do Prof. PAULO BARBOSA LESSA, com o título "Crédito Fiscal e sua Cobrança em Caso de Falência do Devedor." (5)

Ali foi examinada detidamente a não sujeição do fisco ao processo falimentar, no antigo percurso histórico deste privilégio, cuja regressão no tempo permite constatar que mesmo a "Lei de Falências não cogita da situação do crédito fiscal, tão absolutamente o considerou afastado da regulamentação concursal de que trata."

Este importante reconhecimento está em uníssono com CLÉCIO BASTOS DA FONTOURA que detectou que "a preocupação do legislador em resguardar o crédito que compõe o quadro da dívida ativa, em caso de falência, é, no Brasil, de tradição mais que secular" (em DOU, de 17-8-81, p. 15485).

PAULO BARBOSA LESSA mostra e demonstra que a legislação assegura desenganadamente a exclusão do crédito fiscal na habilitação do processo falimentar. Esclarece que "habilitação" significa o mesmo que "declaração" com a conseqüente classificação do crédito (Lei de Falências, art. 98). Deste concurso, que é um esquema igualitário, foi excluída a Fazenda Pública, de sorte a que "tudo que se disser com fundamento no princípio igualitário não vale para o caso, pelo menos quanto a o Direito posto." (cap. cit. 14)

8. Fica-se, inobstante, advertido para as dificuldades práticas de conciliar a tese do juízo universal da falência, com a posição dos privilégios trabalhistas e fiscais.

Tal harmonização vem sendo feita todos os dias em nossos tribunais, do que dão notícias os muito julgados, antigos uns, recentíssimos outros, referidos presentemente. Em todos estes julgados dá-se pleno vigor ao preceituado no art. 187 do CTN, sublinhando as decisões que a Fazenda Pública não está obrigada a habilitar-se, quer dizer, a declarar e receber seu crédito na falência. Tal privilégio, de acordo com a maciça jurisprudência, como bem observou o Prof. Paulo Barbosa Lessa, não encontrou dificuldade prática maior para o cumprimento, pelo juízo

(3) em seus Comentários à Lei de Execução Fiscal, RJ, Forense, 1981, p. 272-286.

(4) em Direito Tributário Brasileiro, p. 568.

(5) publicado na Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro (n.º 21-22, ano XV, 1976, p. 11-17).

falimentar, dos mandados proferidos pelo juízo da Fazenda, no sentido de destacar da massa, as quantias necessárias ao pagamento do crédito fiscal. Assim também quanto à penhora que, independentemente dos autos da falência, procedeu-se na via executória.

Resulta que se houver "pobreza da massa" face às obrigações trabalhistas e às obrigações tributárias, "a solução é a da lei e a do bom senso: a falência encerra-se por falta de bens disponíveis (DL 7661 de 1945, art. 75), na síntese perfeita do Prof. BARBOSA LESSA. (6)

V — CONDOTA DO ESTADO NAS EXECUÇÕES FISCAIS FACE À FALÊNCIA

9. Considerando (a) a natureza específica do crédito fiscal face aos demais créditos que se habilitam no procedimento falimentar; (b) a literalidade dos dispositivos que regem a matéria conferindo tratamento privilegiado aos créditos fiscais neste contexto da quebra; (c) a orientação convergente e pacificada dos Tribunais, impõe-se aos servidores públicos encarregados, por dever de ofício, conferido constitucionalmente, de cobrar a dívida ativa do Estado, seus Procuradores do Estado, a conduta de dar prosseguimento aos executivos fiscais, até julgamento final, sem submeter o crédito do Estado à habilitação no "juízo universal" da falência.

Somos, pois, de entendimento que os representantes, em juízo, da Fazenda Pública, têm o poder-dever de não abrir mão de seu privilégio de processar e cobrar direta e autonomamente sua pretensão tributária, fora da via falimentar. Sendo o crédito pertencente ao erário público, não pode o exequente submeter-se a uma situação que lhe é gravosa, prejudicial, como reconheceram os julgadores da 3ª Câmara Cível do TJRS, pena de ferir-se preceitos de ordem pública, tuteladores de *interesse público* e, como tal, indisponíveis.

Novembro de 1984.

(6) No mesmo sentido da possível conciliação prática, CLÓVIS BEVILÁQUA (in RDP 43-44/63 a 68), JOSÉ AFONSO DA SILVA, Execução Fiscal, SP, Ed. Rev. dos Tribunais, 1975, ARRUDA ALVIM, Manual de Direito Processual Civil, vol I, Ed. Rev. dos Tribunais, 1977.

DIREITO À HABITAÇÃO

ADILSON ABREU DALLARI

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

A lei não tem palavras inúteis. Essa afirmação consagra um dos princípios elementares da hermenêutica. Ela vale para a aplicação das normas jurídicas em geral, mas deve ser tomada com especial consideração, quando se cuida da interpretação das normas constitucionais. A Constituição não tem palavras nem disposições inúteis.

A Constituição consagra uma opção política fundamental, abriga os valores maiores e essenciais para a vida de uma determinada sociedade, condicionando a validade de todas as normas de hierarquia menor e até dos costumes e princípios gerais de direito que asseguram a plenitude do ordenamento.

Assim, diante de um preceito constitucional, deve o intérprete procurar extrair a máxima significação e o máximo conteúdo de seu enunciado, ainda e especialmente quando isso não aflora à primeira vista.

Quando a Constituição afirma que, todo poder emana do povo e em seu nome é exercido, não é dado ao intérprete considerar tal expressão como simples figura de retórica, mero adorno ao texto constitucional. Muito ao contrário, cabe ao jurista condenar, como antijurídica, como inconstitucional, qualquer norma legal, conduta ou interpretação que possa anular ou reduzir a fiel observância da manifestação da vontade do povo por parte de toda e qualquer autoridade.

É ilícita, inconstitucional, passível de sanção a conduta de uma autoridade no sentido de utilizar a máquina governamental em benefício de uma dada pessoa, candidatura ou corrente política, isto porque todo poder emana do povo e, assim, somente é legitimamente exercido em nome de todo o povo e nunca em favor de uma parte ou segmento desse mesmo povo.

No entanto, condutas desse tipo são normais, corriqueiras e acabam até mesmo por serem aceitas pela população. Mas o jurista não pode se conformar, muito especialmente quando a violação atinge o texto constitucional.

O que ocorre, porém, é que raramente se tem noção de que uma determinada conduta está ferindo uma norma ou princípio constitucional. É o caso, por exemplo, da atual política econômica brasileira, confessadamente recessiva e geradora do desemprego. Muita pouca gente tem noção de que essa política é inconstitucional e que ao adotá-la o Presidente da República está cometendo crime de responsabilidade.

Com efeito, o art. 160, V, da Constituição Federal estabelece como um dos princípios fundamentais da ordem econômica e social a "expansão das oportunidades de emprego produtivo", e o artigo 82 qualifica como crime de responsabilidade "os atos do Presidente que atentarem contra a Constituição Federal".

Estas considerações são feitas apenas para demonstrar a que nível chegou entre nós a desconsideração para com o texto constitucional: violar a constituição não acarreta qualquer consequência.

Talvez seja por esse motivo que ainda não mereceu maior cuidado, entre nós, um dos mais elementares e fundamentais direitos da pessoa humana e que está deveras amparado pela Constituição: o Direito à Habitação.

É bem verdade que os estudos de direito urbanístico são bastante incipientes no Brasil. Até bem poucos anos, este era um país de população predominantemente agrícola, como ocorria desde a sua colonização.

O processo de urbanização, caracterizado pelo crescimento da população urbana em índices superiores ao crescimento da população rural, acabou por causar o congestionamento e a saturação das cidades, afetadas por uma sensível perda da qualidade de vida.

Com isso, afloraram e cresceram as preocupações com a organização conveniente dos espaços habitáveis, inclusive quanto aos aspectos jurídicos, ativando-se o direito urbanístico, especialmente no que pertine à propriedade privada urbana.

Já temos uma noção de que a propriedade urbana é substancialmente diferente da propriedade rural. Esta depende do trabalho de seu proprietário. A primeira está muito mais relaciona-

da com as ações empreendidas pela coletividade e pelo Poder Público. O valor de um lote de terreno depende do uso que se possa fazer dele e da infra-estrutura de serviços urbanos postos à sua disposição.

Portanto, cada específica propriedade urbana interessa a toda coletividade e todos os membros da coletividade têm direito de desfrutar dos benefícios oriundos do esforço e do trabalho conjunto.

Merecem especial consideração e ensejam um enorme desenvolvimento as quatro idéias básicas lançadas por PEDRO ESCRIBANO COLLADO em seu magnífico livro sobre "La Propiedad Privada Urbana": a atividade urbanística deve ter como objetivo assegurar o acesso à habitação; deve promover a distribuição equitativa dos benefícios do planejamento; deve proporcionar o rendimento ótimo do solo; e deve estar dirigida no sentido da satisfação dos interesses da comunidade.

Ao discorrer sobre a primeira dessas idéias, o notável autor espanhol sustenta que o acesso à propriedade está ligado à idéia da habitação como um bem social, indispensável e inerente à dignidade da pessoa humana e decorrente do conceito de propriedade como função social.

Caberia, agora, perguntar: tal concepção teria amparo no sistema jurídico brasileiro? E a resposta será afirmativa, se soubermos extrair todo o significado dos preceitos constitucionais vigentes.

Em primeiro lugar, a Constituição Federal, em seu artigo 160, III, coloca como um dos princípios basilares de nossa ordem econômica e social a idéia da "função social da propriedade". Cabe repetir que isto não é uma simples figura de retórica, destituída de sentido ou de positividade.

Conforme já tivemos oportunidade de consignar em nosso trabalho sobre "Desapropriação para fins Urbanísticos": "De acordo com a formulação constitucional, o sistema jurídico brasileiro somente consagra, comporta e ampara o direito de propriedade enquanto e na medida em que ele estiver cumprindo uma função social".

A idéia de propriedade como função social, encampada pela Constituição, abre imensas possibilidades de uma atuação urbanística eficiente por parte do Poder Público. Pelo menos, de imediato, já revela que a detenção da terra urbana com propósitos puramente especulativos, para auferir as plusvalias decorrentes do trabalho da coletividade, não tem e não pode ter amparo legal.

A propriedade privada, no Brasil, deve cumprir uma função social e, em termos de propriedade urbana, a habitação é a primeira de suas funções. Só por isso já estaria juridicamente amparada uma ação mais agressiva da Administração Pública no sentido do desenvolvimento de programas habitacionais de caráter social. Há mais, porém.

O artigo 153 da Constituição Federal em vigor, que enfeixa os Direitos e Garantias Individuais, coloca em primeiro lugar, no próprio "caput" do artigo, o direito à vida.

Ora, é elementar que todo ser humano vive em um determinado lugar. Todo cidadão, bem ou mal, habita em um determinado lugar. Sempre haverá um determinado ponto, que servirá como sede de exercício de todos os demais direitos assegurados e garantidos pela Constituição.

É certo que o texto constitucional não defende e ampara a vida solta no éter, nem garante coisa alguma a um cidadão nômade permanente, errante, não localizado.

Pode-se, portanto, afirmar, que a Constituição Federal garante e assegura o Direito à Habitação, a todos os brasileiros, sem distinção, permitindo, autorizando e até mesmo determinando uma atuação supletiva do Poder Público, no sentido de assegurar o acesso à habitação aos que dela ainda estão privados.

Estas noções rendem ensejo a enormes e significativos desdobramentos, especialmente no campo da jurisprudência, onde já se conhecem algumas decisões prestigiando o uso da terra cumprindo sua função social, dando-lhe supremacia sobre a concepção tradicional e individualista de propriedade.

Para que possam desenvolver-se, porém, será necessário restaurar o conceito e o prestígio da Constituição como lei suprema, conferindo o máximo de positividade e eficácia às suas normas e, muito especialmente, aos seus princípios.

IMPACTO DA ENERGIA NUCLEAR SOBRE O MEIO AMBIENTE, E A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DANO NUCLEAR

ARMANDO HENRIQUE DIAS CABRAL
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Administrativo na Faculdade Porto-Alegrense de Ciências Administrativas
Especialista em Direito Administrativo

SUMÁRIO:

Introdução: 1. Direito Ambiental e devastação de florestas. — 1.1. Direito ao meio ambiente — 1.2. Lixo atômico: onde colocá-lo? Florestas devastadas. — 2. Responsabilidade civil pelo dano nuclear. — 2.1. Teoria do fato nuclear — 2.2. Conceito legal de dano nuclear — 2.3. Teoria objetiva e dano nuclear — 3. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Esta monografia tem por objetivo demonstrar a aplicabilidade da teoria objetiva do risco administrativo, que geralmente é aplicada à responsabilidade civil da Administração Pública, à pessoa privada autorizada a operar instalação nuclear.

Prefacialmente são abordados o direito que todos temos ao meio ambiente sadio, e a devastação florestal que ocorre no País, e noutros locais.

O trabalho sinala como impacto da energia nuclear ao meio ambiente, em primeiro lugar o problema de onde colocar o lixo atômico, posicionando-se contrário às alternativas sugeridas pela Universidade de Munique (que propõe seja lançado no espaço cósmico), e também contrário à utilização do Oceano Pacífico como depósito experimental, em 1981 (que é projeto nipo-americano).

Finalmente, a partir da teoria do fato nuclear, exposta pelo Dr. Walter T. Alvares, professor na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Minas Gerais, a monografia examina o conceito legal de dano nuclear, vigente no ordenamento jurídico brasileiro, o alcance da responsabilidade civil do particular autorizado a operar instalação nuclear no Brasil, e a aplicação da teoria objetiva.

A atualidade do tema é flagrante: as autoridades governamentais brasileiras examinam no momento onde por os resíduos (lixo atômico) oriundos da instalação nuclear de Angra dos Reis, quando ela funcionar.

... e até este momento (31 de maio de 1980) não há solução plausível.

O enfoque oferecido pelo autor é exclusivamente jurídico, sem discutir na monografia os juízos de conveniência e de oportunidade, quer do acordo brasileiro-germânico de 1971, quer da execução desse projeto governamental.

Todavia, em termos de preservação ambiental, ficou assinalado que mais eficaz do que indenizar lesados por dano nuclear (sejam vítimas a flora, a fauna, ou o próprio ser humano), é instrumentar-se a ordem jurídica com mecanismos práticos e severos para minimizar (se não puder extinguir) os efeitos de eventuais danos nucleares, no futuro.

Para isso, a aplicação da teoria objetiva da responsabilidade civil à pessoa privada a quem se impute o dano nuclear, é enorme progresso.

Mas o desafio que o futuro propõe à jurisprudência é que os juízes usem, abandonando critérios privatísticos para solução de problemas de direito público, acolhendo e aplicando

princípios publicísticos às questões jurídicas que o impacto da energia nuclear suscita, criando os tribunais, talvez a exemplo do «case law» anglo-americano, um direito novo, atual e eficaz: o direito ao meio ambiente sadio.

Teleologicamente, esta monografia apresenta um posicionamento científico-jurídico «para a proteção da flora e da fauna como um dos instrumentos para que se consiga o bem estar da coletividade» (consoante apontou a Exposição de Motivos da Portaria nº 171/79, da Illicita Presidência do Instituto Estadual de Florestas, do Estado de Minas Gerais, ao instituir este certame nacional).

1 — DIREITO AMBIENTAL, E DEVASTAÇÃO DE FLORESTAS

1.1 O Direito ao meio ambiente

«Un certain nombre de déclarations émanant d'organismes internationaux, commencent de consacrer avec solennité le droit pour l'homme de disposer d'un environnement satisfaisant.

Le Conseil de l'Europe s'est prononcé pour un tel droit dans sa déclaration sur l'aménagement et l'environnement naturel en Europe. Adoptée par la conférence européenne sur la conservation de la nature, elle propose que «Le Conseil de l'Europe élabore à la convention européenne des droits de l'homme un protocole garantissant à chacun le droit de jouir d'un environnement sain et non dégradé. Ce protocole devrait consacrer le droit de respirer un air et de boire une eau raisonnablement exempts de pollution, le droit d'être protégé contre les bruits excessifs et les autres nuisances, enfin le droit à un accès raisonnable au littoral, à la campagne et à la montagne» (Strasbourg, 9-12 février 1970)». PATRICK GIROD, professor da Universidade de Rennes, «La Réparation du Dommage Écologique», Paris, 1974, p. 234).

Populações atingidas, ou na iminência de serem atingidas pelo fenômeno danoso da poluição, tendem a demonstrar seu protesto através de manifestações públicas.

Entretanto, passada a fase de empolgação passional dos manifestantes, aquele clamor fica inócuo.

Há os que sustentam, nessas ocasiões, haver um direito, digamos, «natural» ao meio ambiente sadio.

Todavia, desacompanhado de regramento normativo, e desprovido do exercício de direitos subjetivos públicos do cidadão perante o poder judiciário, chamando à responsabilidade o autor do ato danoso ao meio ambiente, aquela intenção boa do reclamante (que nem sempre postula para si mesmo, se não, para a coletividade) é um nada jurídico.

Igualmente sem eficácia são certas normas programáticas emanadas de entes internacionais, se os países não estatuem um direito interno que torne efetivo o direito ao meio ambiente saudável, para seus súditos.

O desenvolvimento industrial (ou, dito menos eufemisticamente, a busca de lucro pela iniciativa privada), a tendência predatória do ser humano, a ignorância dos que impuseram «civilização» e hábitos estranhos à cultura das comunidades locais, ou, por outras palavras, o desmatamento indiscriminado, os dejetos lançados nos recursos hídricos dos quais as populações bebem, os defensivos agrícolas usados inadequadamente, e ainda, industrializados e comercializados no país «em desenvolvimento» (enquanto já proibidos e banidos em seu país de origem, por serem nocivos à saúde), além de outros fatores, maculam o direito que alguém possa ter ao meio ambiente sadio. E sem a garantia desse direito, através de legislação flexível, que enfrente a peculiaridade local (no território municipal ou estadual), e sem a sensibilidade de tribunais que se encoragem a suprir por construção jurisprudencial as lacunas da lei, oportunizando tanto quanto possível uma orientação não-tradicional, similar ao «case law» do direito consuetudinário anglo-saxão, o direito ao meio ambiente sadio permanecerá no lirismo poético, sem coagir o lesador a que se abstenha de gerar o fato danoso. Torna-se inarredável que o infrator, além de reparar o dano causado, cesse a causa de danificar. E nesse iter danoso o Poder Público sempre está envolvido, porque é ele que zoneia pólos industriais, que fiscaliza as atividades que se tornam danosas ao meio ambiente, e que se omite de policiar essas atividades.

Nesse contexto, o direito ao meio ambiente se torna precário, e se distancia da realidade.

Mas não se trata, por outro lado, de «fazer leis», senão de executar as existentes no País (ainda que as modernizando aqui e ali, para adequá-las aos fatos hodiernos, seja por elaboração legislativa, seja pela construção jurisprudencial, seja pela firmeza do administrador público, ao aplicá-las).

1.2 Lixo atômico: onde colocá-lo?

Este é um problema que preocupa, e cujas alternativas de solução se apresentam incríveis, pelo que noticiam os jornais.

Em 11 de novembro de 1979, extenso noticiário distribuído pela Associated Press, e publicado pelos jornais brasileiros, dizia que:

«O espaço interplanetário está sendo encarado como uma solução para o problema de dar um destino aos resíduos radioativos.

Este problema, ao lado de outras situações que poderão apresentar-se em futuros vôos espaciais, está sendo considerado seriamente por cientistas alemães».

«O 'Frankfurter Rundschau', em artigo recente, diz que pesquisadores da Faculdade de Tecnologia da Universidade de Munique sustentaram que o espaço pode ser uma solução para o problema dos resíduos nucleares. Afirmam que esta solução é técnica e economicamente viável, apresentando quatro opções para o destino a ser dado ao lixo atômico: os resíduos nucleares poderiam ser lançados em foguetes diretamente contra o sol; o foguete poderia ser disparado a uma tal velocidade que deixasse o sistema solar e sumisse em algum confin do universo; um depósito para resíduos nucleares poderia ser estabelecido na face oculta da lua, seja na superfície ou sob o solo».

Em 23 de maio de 1980, outro noticiário dos jornais brasileiros, distribuído pela United Press International, mencionava que «o Oceano Pacífico será um depósito de lixo atômico», o que seria pensamento do Japão e dos Estados Unidos, no dizer do Ministro de Relações Exteriores da Austrália, Andrew Peacock; respondendo à consulta do Parlamento, este Ministro «disse que o Japão planeja depositar lixo atômico de baixo teor radioativo num ponto do Pacífico situado a 1.600 quilômetros a sudeste de Tóquio, a título experimental, em meados de 1981».

Quaisquer dessas soluções põem em perigo a vida na terra, e poluem o espaço cósmico. ... e nenhuma solução jurídica a posteriori será eficaz para compor o dano à flora, à fauna, e ao próprio homem!

Afinal,

«Si el mundo va a dejar de ser un buen lugar para que vivan en él los animales, tampoco servirá de gran cosa para los humanos».

Charles de Haes, Diretor-Geral do Fundo Mundial para a Natureza, in UNITERRA (publicação da PNUMA — Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, vol. 3, nº 11, Nairobi, Kênia, dez. 1978, p. 8).

1.3 Florestas devastadas

«En un mundo en el cual todos los años se suman 70 millones a la población humana, los bosques pueden desempeñar un papel vital en cuanto a elevar el nivel de vida de los pobres de las zonas rurales y ejercer su influencia sobre la calidad de la vida en la tierra.

Así dice una declaración aprobada en el Octogésimo Congreso de Silvicultura, al que asistieron unos 2400 participantes de 104 países y de 14 organizaciones internacionales, efectuado en Jakarta (Indonésia) a fines de octubre de 1978».

UNITERRA, vol. 3, nº 10, Nairobi, Kênia, nov. 1978, p. 1.

É parte indissociável dos recursos naturais a existência de florestas, as quais têm sido devastadas pela necessidade de expansão de metrópoles, para em seu lugar se localizarem pólos industriais, ou ainda, por causa da exploração comercial de sua madeira, ou então, apenas para se fazer lenha, arrasando-se o local florestado sem que se cuide de reforestá-lo.

É intuitivo o prejuízo que advém da destruição de florestas: alteração do microclima, erosão do solo pela ação das águas, desproteção de mananciais hídricos, quebra do habitat para a fauna silvestre, diminuição de fontes de regeneração do ar que respiramos, dentre outros. Todavia, o fenômeno da destruição de florestas indiscriminadamente, parece ser universal.

O Dr. Mostafá Tolba, Diretor-Executivo do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, falando na Universidade de Qing Hua, em Beijing, China, assim se referiu à devastação de florestas tropicais:

«Em meados dos anos 70, a área de floresta fechada era apenas 0,2 hectares por pessoa na Ásia, e 0,5 hectares por pessoa na África, quando comparada aos 2,0 hectares por pessoa na América do Norte, e 2,7 hectares por pessoa na Rússia.

Ao sul e sudeste da Ásia, e no Pacífico Sul, as áreas com florestas estão sendo reduzidas na proporção de 2% ao ano. Em certos países, por exemplo, Malásia, Nepal e Tailândia, há algumas indicações de que, se continuarmos a extração de madeira, agricultura e outras práticas, poderia haver um virtual desaparecimento de florestas fechadas nos próximos 25 anos.

As conseqüências ambientais de tal destruição em larga escala de florestas tropicais, em termos de erosão, salinização, desertificação, inundações, pantanições, aluvião, originárias de reservatórios e correntes, obstruções de redes de irrigação, e mudanças desfavoráveis nos padrões microclimáticos locais, são compelidas a serem muito lamentáveis».

(In UNITERRA, vol. 5, n. 1, Nairobi, Kênia, jan. 1980 («The Disappearing Forests», p. 1).

No Brasil o quadro não é mais animador, consoante conferência do Dr. Paulo Nogueira Neto, titular da Secretaria Especial do Meio Ambiente, durante o I Simpósio Nacional de Ecologia, em Curitiba, em 1978.

A noroeste do Estado do Paraná matas de perobais centenários são abatidas pelo fogo; do Rio Grande do Sul ao norte amazônico as queimadas de áreas verdes são constantes. A ganância pelo lucro mais fácil multiplica a devastação (ocorrendo até mesmo invasão de parques estaduais por comerciantes de madeiras), em algumas regiões já começa a desertificação e a morte de recursos hídricos, com severos reflexos na vida das cidades que se abastecem da água deles.

Tem havido tombamento administrativo de certas espécies vegetais, declaradas imunes ao corte por decretos governamentais de Municípios e Estados-membros, além de esforços de esclarecimento popular feito por órgãos públicos, e por associações privadas conservacionistas. Mas ainda é pouco!

2 — RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DANO NUCLEAR

2.1 Teoria do fato nuclear

Tradicional aforisma do Direito Romano menciona que «ex facto oritur jus» (o direito provém do fato). Primeiro acontece o fato, do qual decorrem relações jurídicas, direitos subjetivos públicos ou privados, dever jurídico, responsabilidades de inúmeras ordens; essas decorrências vêm depois do fato, e o Estado impõe a disciplina normativa do referido fato, ou é a jurisprudência que, na lacuna da lei (ou na ausência da própria lei) cria o direito correspondente.

Assim, antes de haver a energia nuclear tal como hoje (1980) a conhecemos, inexistia qualquer norma jurídica pertinente a ela, porque o fato da energia nuclear inexistia.

Em admirável síntese, o Dr. Walter T. Alvares, Professor na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Minas Gerais, sinala que

«a energia nuclear é o objeto precípua do Direito Atômico, tudo o mais girando em torno dela, como conseqüência. Assim, em virtude de sua existência, da tecnologia de fissão ou fusão atômicas, atuando sobre os elementos nucleares, e só por isto, surgiu a legislação de regência de sua disciplina no meio social, para utilização adequada, sob segurança e proteção. Então o campo nuclear, que se efetiva pela tecnologia atômica, mediante elementos nucleares, através de reatores, e outras instalações, esta aglutinação é que efetivamente constitui o *fato*

nuclear, que disparou a elaboração jurídica de envolvimento deste conjunto, ao lado das regras que deveriam controlar seus efeitos e normar as atividades dele decorrentes. Parece evidente por si mesmo, ou, tomando emprestada expressão da doutrina e jurisprudência anglo-saxã, *res ipsa loquitur*, isto é, a coisa fala ou prova por si mesma. Assim, porque existe a energia nuclear, foi possível à tecnologia, trabalhando sobre os elementos nucleares, chegar à fissão ou fusão atômicas, o que produziu a extensa elaboração jurídica de cobertura e envolvimento desse fato, ao lado de atividades dele decorrentes, seus efeitos e conseqüências. Axiomático é que, sem energia nuclear, não existiria Direito Atômico, de sorte que, a teoria do fato nuclear, sob esta abordagem lata, extensiva, representa o próprio objeto do Direito Atômico, pois que se centraliza na própria energia, nos reatores, bem como na tecnologia de fissão e fusão nucleares, trabalhando sobre a matéria nuclear».

WALTER T. ALVARES, «Introdução ao Direito da Energia Nuclear», p. 74/75.

Ressalvamos inaceitar a existência de um Direito Atômico no rigor científico-jurídico que a expressão deveria conter, como nas expressões Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Administrativo, etc.

Entretanto, concordamos que do fato nuclear se originam múltiplas relações jurídicas de diversas índoles: penais, obrigacionais, comerciais, administrativas, dentre outras possíveis.

Mesmo a disciplina jurídica pelo fato nuclear fica inexistente, quiçá desnecessária, enquanto o país não dispõe de instalações nucleares, ou não corre o risco de danos oriundos dessas instalações, ou de transporte de matéria nuclear por via marítima, terrestre ou aérea.

Simultaneamente, vacilam as autoridades administrativas e a jurisprudência dos tribunais, quando têm de enfrentar questões jurídicas decorrentes de um fato novo, nem sempre convenientemente regrado pela ordem jurídica, manejando (seja a Administração, seja o Judiciário) instrumentos jurídicos convencionais e desatualizados, para aferir responsabilidades que são efeitos de algo novo, como a energia nuclear.

Poderia ser este o momento próprio de administradores, juristas e julgadores abandonarem cânones antiquados e, ousadamente elaborar um direito ao estilo "case law" anglo-saxônico, mesmo numa ordem jurídica de inspiração romanista?

2.2 Conceito legal de dano nuclear

A Lei n.º 6.453, de 17 de outubro de 1977, dispôs sobre a responsabilidade civil por danos nucleares, e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares.

É nessa Lei n.º 6.453/77 que o intérprete encontrará o conceito legal dogmático de dano nuclear, nos seguintes termos:

«Artigo 1.º — Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

VII — "dano nuclear", o dano pessoal ou material produzido como resultado direto ou indireto das propriedades radioativas, da sua combinação com as propriedades tóxicas ou com outras características dos materiais nucleares, que se encontrem em instalação nuclear, ou dela procedentes ou a ela enviados;"

«Artigo 3.º — Será também considerado *dano nuclear* o resultante de acidente nuclear combinado com outras causas, quando não se puderem distinguir os danos não nucleares.»

Também é legalmente *dano nuclear*, nos termos dessa Lei, o acidente nuclear provocado por material nuclear procedente, ou enviado à instalação nuclear, consoante certas condições legais especificadas (artigo 4.º, incisos II e III).

Essa Lei n.º 6.453/77 surgiu por necessidade imposta pelo acordo nuclear firmado a 27 de junho de 1975, entre Brasil e Alemanha, e de seu protocolo de implementação dessa mesma data.

A Lei n.º 6.453/77 define ainda o "acidente nuclear" como "o fato ou sucessão de fatos da mesma origem, que cause dano nuclear" (artigo 1.º, inciso VIII).

Cabe sinalar que anteriormente a esta Lei, o Brasil firmara convenções internacionais, já vigendo como direito interno, a respeito da proscrição de experiências com armas nucleares na atmosfera, no espaço cósmico, e sob a água (promulgada pelo Decreto n.º 58.256, de 26 de abril de 1966), outra a respeito da exploração e uso do espaço cósmico, inclusive a lua e demais corpos celestes (aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 41, de 2 de outubro de 1968), e outra a respeito do alto-mar (consoante o Decreto Legislativo n.º 45, de 15 de outubro de 1968), referindo esta última que

"Todo Estado deve tomar medidas para evitar a poluição dos mares, resultante da imersão de resíduos radioativos, levando em conta as normas e regulamentos elaborados pelos organismos internacionais competentes" (Cf. artigo 25, n.º 1, da Convenção das Nações Unidas sobre o Alto-Mar).

2.3 Teoria objetiva e dano nuclear

A teor do artigo 107 da Constituição vigente no País, e seu parágrafo único, as pessoas jurídicas de direito público (e seus desmembramentos) ficam obrigadas a indenizar o dano que seus servidores causem a terceiros, no exercício da função pública, ou, pelo menos, a pretexto de exercê-la, independentemente da culpa atribuível aos servidores, no cometimento da lesão, *verbis*:

"Artigo 107 — As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único — Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo."

Constituição do Brasil, com a redação da E.C. n.º 1, de 17 de outubro de 1979.

Encontra-se insito nesse dispositivo a chamada *responsabilidade objetiva do Poder Público*, sob modalidade do risco administrativo; é o que se convencionou chamar de *responsabilidade sem culpa*, quer dizer, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, a qual está na gama de riscos assumidos pelo Estado, para a consecução de seus fins. Esta responsabilidade objetiva imputa-se habitualmente, pela lei, à Administração Pública.

Quando se trata de dano causado pelo particular, ao lesado cabe provar judicialmente não só a materialidade do fato lesivo, e o nexos causal, mas também que o particular réu se houve com culpa. É o esquema de inspiração romanista, aplicável à espécie.

Todavia, a Lei n.º 6.453/77 aplicou aquela teoria objetiva da responsabilidade civil, sob modalidade de risco administrativo, à pessoa jurídica devidamente autorizada a operar a instalação nuclear (que o texto legal define como "operador", no artigo 1.º, inciso I):

"Artigo 4.º — Será exclusiva do operador da instalação nuclear, nos termos desta Lei, independentemente da existência de culpa, a responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear."

Se o dano nuclear resultou exclusivamente de culpa da vítima, o operador fica exonerado da obrigação de indenizar, mas somente em relação à pessoa do causador (diz o artigo 6.º); em relação a outras vítimas, não causadoras, permanece a responsabilidade do operador.

O direito de regresso do operador fica restringido, também, a duas hipóteses: uma, contra quem expressamente (por contrato escrito) admitiu o exercício desse direito; outra, contra pessoa física que tiver dado causa ao acidente dolosamente (consoante o artigo 7.º).

Excluem a responsabilidade civil do operador a hipótese de acidente nuclear causado diretamente por conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição, ou excepcional fato da natureza (diz o artigo 8.º).

O limite da responsabilidade, em cada acidente nuclear, corresponde ao valor de um milhão e quinhentas mil Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (cf. artigo 9.º).

A prescrição do direito de pleitear indenização ocorre em dez anos, contados da data do acidente nuclear, ou em vinte anos, se o acidente nuclear for causado por material subtraído, perdido ou abandonado, contado o termo inicial da data da subtração, perda ou abandono (cf. artigo 12, e parágrafo único).

Apenas subsidiariamente a União garante, dentro daquele limite das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, o pagamento das indenizações por danos nucleares de responsabili-

dade do operador, fornecendo os recursos complementares necessários, quando insuficientes os provenientes do seguro ou de outra garantia (a teor do artigo 14).

Quando se tratar de acidente provocado por material nuclear ilicitamente possuído ou utilizado, e não relacionado a qualquer operador, então os danos serão suportados pela União, dentro dos limites já referidos das ORTNs, cabendo-lhe o direito regressivo contra a pessoa causadora do acidente (menciona o artigo 15).

Esse regramento indenizatório não se aplica a danos nucleares sofridos pela própria instalação nuclear, pelos bens que se encontrem na área da instalação, e destinados ao seu uso, e nem pelo meio de transporte no qual, ao produzir-se o acidente nuclear, estava o material que o ocasionou (diz o artigo 18).

Aquele mesmo critério legal de ser aplicada a teoria da responsabilidade objetiva ao particular é o que se verifica no direito comparado, quando se trata de atividades que envolvam a energia nuclear, seja o transporte de carga, seja a operação de instalação nuclear.

Assim, referindo uma Convenção Internacional firmada em Bruxelas, a 25 de maio de 1962, pela França, o Professor Jean Lamarque, da Faculdade de Direito de Bordeaux, transcreve e comenta o seguinte:

"o armador ("l'exploitant") de um navio nuclear é *objetivamente responsável* por todo dano nuclear que esteja imputado que ele causou por acidente nuclear, no qual sejam implicados o combustível ou os produtos ou os dejetos nucleares desse navio.

A originalidade desta Convenção está essencialmente no *caráter objetivo* dado à responsabilidade do armador, que será então demandado fora de toda prova do cometimento de uma falta."

JEAN LAMARQUE, Droit de la Nature et de l'Environnement, p. 828.

Na Espanha, a Lei Reguladora da Energia Nuclear, que é a Lei n.º 25, de 29 de abril de 1964, assim contempla a hipótese:

"Artículo 45 — El explotador de una instalación nuclear, o de cualquier otra instalación que produzca o trabaje con materiales radiativos o que cuente con dispositivos que puedan producir radiaciones ionizantes, será responsable de los daños nucleares.

Esta responsabilidad será objetiva (...)"

(LUIZ RODRIGUES RAMOS, Legislación sobre el Medio Ambiente Natural, tomo segundo, p. 694).

3 — CONCLUSÃO

O risco de ocorrer um dano nuclear, ocasionado por acidente nuclear, talvez tenha grande probabilidade de se tornar efetivo, e por isso oportuniza a extensão da teoria objetiva da responsabilidade civil à pessoa jurídica (mesmo privada) autorizada a operar instalação nuclear.

É o critério vigente na França (através da Convenção de Bruxelas, de 1962, sobre reparação pecuniária de danos resultantes de ato de poluição dos mares), e na Espanha (mediante a Lei Reguladora da Energia Nuclear, de 1964).

Não foi pesquisado se o Brasil aderiu à referida Convenção.

Mas, desde a edição da Lei federal n.º 6.453, de 17 de outubro de 1977, a teoria objetiva da responsabilidade civil se aplica ao operador de instalação nuclear (conforme seu artigo 4.º), definindo-se legalmente como "operador, a pessoa jurídica devidamente autorizada para operar instalação nuclear (consoante o artigo 1, inciso, dessa lei)".

O MUNICÍPIO E SEUS PROBLEMAS URBANÍSTICOS

PANORAMA DO DIREITO URBANÍSTICO NO BRASIL

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO
Catedrático da Universidade Federal do Paraná

É preciso conhecer um pouco do mundo para se falar de urbanismo ou Direito Urbanístico. Porque não há, por assim dizer, realidades iguais, fatores coincidentes, identidades fisionômicas ou elementos causais comparáveis.

Em nosso país, por sua formação continental, em face de estruturas geo-políticas ou geo-econômicas, as condições de análise ficam demasiadamente complexas. Não existem padrões capazes de assegurar exatas colocações doutrinárias.

Se Paris não se concebe igual a Nova Iorque, Bogotá igual a Quebec, Rio de Janeiro igual a Pequim, Madri igual a Caracas, Havana igual a Hanói, Jerusalém igual a Dublin, Buenos Aires igual a Montreal, as regras necessitam de mobilidade conceitual.

Por isso, no Brasil, o sentido de urbanismo assume diversificações, considerando ao norte, centro e sul, núcleos como Belém ou Recife, Salvador ou Belo Horizonte, São Paulo ou Curitiba, Cuiabá ou Porto Alegre, Guarapuava ou Londrina, Cascavel ou Paranaguá, Lapa ou Maringá, Ponta Grossa ou Guaratuba.

Mesmo em nosso país, as denominadas *regiões metropolitanas*, instituídas na Lei Complementar n.º 14, de 8 de junho de 1973, nem jurídica e nem sociologicamente foram coordenadas nos aspectos integrativos e quanto a planos racionais executórios.

As cidades, neste fim de século, transformadas em distintos universos vitais, buscam sistemas de ordenação, normas gerais e singulares envolvendo na constância do interesse público regimes que não esquecem pressupostos materializados pela tradição.

Algumas valiosas indagações se fazem rigorosamente compulsórias, ao se tentar esclarecer:

- como estabelecer princípios informadores de urbanismo ou de Direito Urbanístico?
- como firmar conceitos genéricos que resultem em normas jurídicas substanciais?
- como destacar, visando à unidade, qual o processo de criação de regras gerais e comuns?

As questões, a serem equacionadas com objetividade, requerem do observador de realidades premissas também objetivas quer quanto a serviços estéticos, viários, zonais, cêntricos ou desconcêntricos, possibilitando ponderada atuação urbanística.

O *meio ambiente* dos núcleos urbanos autonomizados é outra face do problema jurídico urbano, exigindo ou impondo soluções adequadas a uma colocação legal capaz de resguardar direitos tradicionais ou tutelar situações carentes de proteção.

Resta, *ab initio*, a nós outros responsáveis, portanto, conseguir na prática determinar:

- o conceito de Direito Urbanístico nas relações entre Administração e administrados;
- o regime jurídico possível no sentido da condensação de normas gerais aplicáveis;
- a proposta de planejamento conforme a natureza dos problemas detectados.

Já que o planejamento urbanístico não pode violentar a propriedade urbana, o solo urbano, o direito de reformar ou construir infringindo o conteúdo de normas constitucionais, a competência municipal fica a depender da disciplina dos problemas locais.

Este trabalho-conferência, como indicação, foi apresentado no III Congresso Estadual dos Municípios, em novembro de 1984, realizado em Londrina, no Paraná.

Nas legislações pertinentes nacionais, sempre que legitimamente votadas, se impõe clarificar:

- a natureza do direito de propriedade urbana por razão da específica finalidade;
- a função social da propriedade urbana por razões de interesse público;
- o regime jurídico adotado ou adotável de planejamento administrativo.

Não podendo uma cidade-município ficar limitada aos próprios limites geo-sociais, os objetivos planejados não independem de valores externos, isto é, de componentes extra-territoriais urbanos na projeção sobre áreas vizinhas e integradas.

A problemática, atingida nos fundamentos e na extensão, não se consuma nos aspectos visuais, na regulação da paisagem urbana, em avenidas, ruas, *boulevards* ou edificações, porque reflete compromissos virtuais com os direitos humanos e sociais.

Além disso, não se podendo remover o passado construído, não se pode planificar senão sobre bases tradicionais, daí resultando a importância não somente dos traçados urbanos, mas do que já existe e do que se pretende renovar ou continuar.

Naturalmente que, renovar ou continuar, constitui também um problema político. Inseto em soluções que, atendendo ao interesse público, não afrontem direitos individualizados. Inclui-se em leis que, fundadas em outras leis, harmonizem situações opostas.

Sem embargo, não nos parece que, diante da antecedência de leis, qualquer tipo de planejamento urbano possa ser levado a efeito, deixando de avaliar os vários elementos condicionantes dos direitos eventualmente em conflito diante do interesse público.

Na peleia entre o instinto tradicional conservador e as mudanças consideradas inevitáveis, quando consolidado nos seus conceitos, o nascente Direito Urbanístico urge atender:

- realidades concretas existentes;
- planos previamente aprovados;
- prerrogativas legais públicas.

Em cada plano, ou planejamento, ditado por lei especial, as normas gestoras da atividade urbanística, constituindo *regime jurídico complexo*, possuirão eficácia do momento em que prevenirem recursos financeiros finalísticos qualificados.

Do contrário, como as realidades concretas existentes estão locadas, os planos previamente aprovados se nutrem de prerrogativas públicas, sumariando problemas conforme exigências determinando competência para toda e qualquer realização urbanística.

O atualmente chamado *Direito Urbanístico Comparado* justifica plenamente o afirmado. Na legislação urbanística de vários países, encontramos leis e normas nas quais os textos indicam coincidências, idênticas causas de figurado interesse público.

No Brasil, a legislação histórica conhecida, tanto como a atual, é sobretudo dispersa, forçando o hermenêuta ao esforço de interpretações que desaguam nas comunas demograficamente densas ou em textos legislados de restrito âmbito programático.

No que tange à Constituição e às leis fundamentais, diretrizes surpreendem limitadas a planos nacionais, sem embargo da doutrina estender objetivos às esferas federadas e municipais conforme competência declarada ou residual.

Atendendo à larga finalidade urbanística, às relações jurídicas que estabelece, temos no Direito Urbanístico um tipo de universalidade distribuída por variadas motivações, cabendo aos especialistas classificá-las conforme legítima atividade administrativa.

Leis nacionais específicas dão a conhecer que a motivação no Direito Urbanístico domina a relação jurídica, especificando a natureza do objeto e até onde pode chegar a Administração para efetivar propósitos públicos urbanos.

É o que se passa no Brasil e igualmente, na legislação de outras nações. Em parte fundamentadas na Itália, de 17 de agosto de 1942, e inovações posteriores, regulando em termos genéricos o urbanismo (art. 117), de acordo com a Constituição.

As legislações de França e Espanha também se fizeram fontes inspiradoras (Lei de 12 de maio de 1956 e Lei n.º 67-1253, de 30 de dezembro de 1971), em matéria de planejamento, de regime e de execução. Ressalvada a competência das regiões autônomas.

Cumpra aqui, para esclarecer, que o Direito Urbanístico, no Brasil, desenvolve-se com muita timidez. Da época colonial, até hoje, não assumiu relevo merecido. Grande parte de normas inscrevem-se no poder de expropriar, *in casu* na natureza de funções.

Impossível, numa simples explanação como esta de posturas doutrinárias, apontar *objetos* na devida qualificação quanto à finalidade. Só na década de 60 intencionou-se promover planejamento integrado visando a obras e serviços de infra-estrutura urbana.

Variados programas de desenvolvimento foram sancionados, a fim de estimular a defesa da saúde, da segurança e do bem-estar, além de possibilitar o estudo da racionalização do crescimento de áreas e do meio ambiente, sob controle administrativo.

O Estado *federal*, na sua competência orgânica, ao dar vigência ao II Plano Nacional de Desenvolvimento, fixou diretrizes originárias para objetivos especiais ou setoriais, dando margem ao levantamento de planos na esfera federada estadual.

A eficácia das medidas federais aconselhadas, num país de regime político federativo, não poderia deixar de sensibilizar as demais unidades políticas inferiores, tornando-as livres para programar providências a nível de poderes constitucionais.

Dando continuidade à vontade constituinte, na letra e no espírito das Constituições, nas leis expropriatórias vamos encontrar normas implícitas que autorizam a desapropriação por utilidade pública para execução de planos de urbanização.

Basicamente, sob tutela e orientação governamental, a política administrativa urbana no Brasil somente possui único respaldo legal: do art. 5º, letra "i", do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, e da Lei nº 6.602, de 7 de dezembro de 1978.

E muito pouco, ou porque não dá vida a um Direito Urbanístico, ou porque, dando nascimento, apenas disciplina atividades expropriatórias. Há carência de normas capazes pelas características de fazer valer específicas relações e obrigações jurídicas.

No direito legislado, quatro perguntas têm validade de conhecimento jurídico:

- existe realmente um Direito Urbanístico?
- quais as normas que o fundamentam?
- qual o processo que o regula?
- como se dimensiona nas relações jurídicas?

Ao que parece, as quatro indagações, ficam essenciais para o entendimento doutrinário. Não havendo respostas, somente resta saber que pelo menos no Brasil, tal a inconsistência dos princípios, até o momento não existe um Direito Urbanístico.

O simples planejamento administrativo, interno procedimental, sujeito a condições legais de bases fáticas, não se exterioriza sem que haja leis específicas, inclusive as desapropriatórias autorizando a intervenção na propriedade privada.

Se o interesse é público, as normas urbanísticas se fazem compulsórias, pela finalidade objetivada. Última *ratio* são normas singulares, antes abstratas para depois se fazerem concretas, a fim de que passem a possuir perfil próprio para a doutrina.

Isso importa, neste preciso instante, em declarar bem alto a importância deste Encontro aqui em Londrina, considerando a urgência da doutrina tentar *agrupar* em normas a natureza das operações urbanísticas e a natureza dos procedimentos urbanísticos.

Algumas das possíveis normas, agora cogentes e talvez depois imperativas, estão a exigir pronta definição jurídica:

- as de *procedimento* administrativo;
- as de *controle* administrativo;
- as de *intervenção* administrativa.

As primeiras, motivando e ordenando o controle *in casu* dos correntes problemas urbanos. As segundas, possibilitando, via de regra geral, a instrumentalização de atos. As terceiras, autorizando o exercício de atos categorizados, para dar final executoriedade.

Na realidade, em se tratando de relações e obrigações administrativas, sabemos que nada temos de sistematizado. Vigem princípios programáticos originários, mas estamos distantes da normatividade nos aspectos jurídicos de aplicabilidade formal.

É responsabilidade desta geração de municipalistas estabelecer princípios pelo menos *gerais* de Direito Urbanístico equidistantes da atividade expropriatória. No Direito Público, se possível, exatamente figurados conforme objeto jurídico determinante.

Princípios que falem de habitação, de ambiente, de recreação, de circulação, de transportes e de renovação urbana. *Verbi gratia*, de tipos de normas disciplinando ou acautelando o crescimento das *urbes*, gerando obras e serviços através de sistema positivo.

É de ver que, nas cidades modernas, a infra-estrutura, o controle da poluição, a preservação dos recursos naturais, o transporte, o uso do solo, a habitação e o saneamento são alguns problemas buscando *formas* por força de *normas* operantes ordenadas.

Em linhas genéricas, do Brasil *municipal* ao Brasil *federal*, não lembrando milhares de posturas dispendo sobre assuntos locais, o Direito Urbanístico está em formação, porque não devemos confundir a natureza da atividade administrativa urbanística com princípios básicos estáveis regulando atos e fatos jurídicos.

A bem verificar, não somente no Brasil, porém também na maioria das nações, não existe urna ordenação positiva sistematizada capaz de qualificar conceitos ou determinar objetos específicos, mecanismos pelos quais o interesse público possa prevalecer em regime que não necessite dos instrumentos jurídicos tradicionais.

Tanto a tutela jurídica do meio ambiente *natural* como a tutela jurídica do meio ambiente *cultural*, se conseguem indicar programas e planos urbanísticos, não possuem, para impor o interesse público figurado, instrumentos pertinentes de atuação, senão aqueles que dizem com limitações ao direito de propriedade.

Na literatura nossa do Brasil, inclusive dadas situações geo-políticas especialíssimas, a problemática não tem se tornado equacionável diante dos princípios gerais do direito. Basta lembrar: Luis Anhaia Mello, Hely Lopes Meirelles, José Afonso da Silva, Ferraz Nogueira, Eros Roberto Grau e Adilson Abreu Dallari.

No III Congresso Latinoamericano y del Caribe sobre Contaminación del Medio Ambiente, realizado em setembro de 1983 na capital argentina e do qual participei, as tónicas na esfera da atividade urbanística, quando conhecidas, apenas contribuíram para afirmar a inexistência de princípios e normas de aplicabilidade positiva.

Na Europa, para aonde convergem as preocupações da pesquisa científica, as colocações jurídicas não apresentam avanços sistemáticos fundamentais. Os estudos de Claude Blumann ou Guido d'Angelo, Louis Jacquignon ou Italo di Lorerizo constituem tentativas racionais de no futuro dar vida própria ao Direito Urbanístico.

Portanto, em nosso país, justifica-se estarmos num período assistemático, numa fase mais ligada a posições doutrinárias que à estruturação de um sistema a nível de positividade. É possível acreditar, após este Encontro de Londrina, podermos oferecer algo em favor de regras comuns dando começo de vida ao Direito Urbanístico.

Ao receber convite para realizar esta modesta palestra, aceitei por se tratar do III Congresso Estadual de Municípios, patrocinado pela Associação dos Municípios do Paraná, e, porque não afirmar, para louvar a atuação do ilustre Prefeito Nivaldo Passos Kruger, sempre na defesa de soluções lógicas para os problemas municipais.

Fiz este pensado trabalho, acabado de ouvir pacientemente, como também o fiz noutras oportunidades, com o desejado propósito de comentar as complexas situações encontradas nos Municípios e com a esperança que daqui partam lineamentos básicos normatizando a existência de um futuro Direito Urbanístico.

Portanto, é o meu pensamento, diante da realidade jurídica, que deixo registrado. Não podemos mais, como estamos, continuar a debater abstrações, tendo como único instrumento a lei expropriatória. Tudo se vincula, não só a planos, mas ao sistema jurídico nacional, a normas que, na aplicabilidade, promovam obrigações.

Deste encontro congressual, estou certo, sairemos com alguns resultados práticos, com soluções que, entregues aos legisladores, depois de estudadas possam transformar-se em normas positivas a favor dos Municípios ou das cidades-Municípios. A espera pode demorar, porém virá. Por enquanto, nada mais.

PARECERES

PROVIMENTO DE CARGO EM COMISSÃO

ANA MARIA LANDELL DE MOURA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5789

CARGO EM COMISSÃO — LIMITE DE IDADE — APOSENTADORIA COMPULSÓRIA — PROVENTOS PROPORCIONAIS.

A investidura em cargo em comissão independe do limite de idade estabelecido na Lei nº 7.024/76. A essa espécie de provimento de cargo público se aplicam as regras constitucionais referentes a essa categoria administrativa que dizem respeito com a livre nomeação e exoneração, e demais disposições legais de ordem geral pertinentes ao provimento de cargos públicos e que não contrariem essa peculiaridade.

A implementação da idade limite de setenta anos por servidor titular de cargo em comissão determina sua aposentadoria compulsória com proventos proporcionais ao tempo de serviço, conforme determinam os artigos 102, II, e 104, II, respectivamente da Constituição Federal e da Constituição do Estado, observado, ainda, todo o tempo de serviço enquadrável nos artigos 167 e 168 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, bem como o computável de acordo com a Lei nº 7.057, de 30 de dezembro de 1976, desde que não tenha sido utilizado para aposentadoria em outro cargo ou emprego.

Vem a reexame nesta Procuradoria-Geral, de ordem do Senhor Governador, expediente que analisa a situação funcional de H. S. de V., e que trata de matéria referente ao limite de idade para provimento em cargos em comissão dentro do serviço público estadual.

O desencadeamento do problema jurídico suscitado no processo teve origem em listagem do Tesouro do Estado denunciando que, em 28 de abril de 1980, o referido servidor havia implementado 70 (setenta) anos de idade e portanto, atingido a idade limite de permanência no serviço público.

Dos assentamentos funcionais de H. S. de V. se depreende que, por ocasião do atingimento da idade limite constitucional para inativação compulsória, titulava o cargo de provimento em comissão de Assistente Administrativo, padrão CC-9, da então Secretaria de Cultura, Desporto e Turismo, para o qual fora nomeado por ato registrado no Boletim nº 423, publicado no DOE de 7 de fevereiro de 1979.

Com base nesse fato, a então Secretaria de Cultura, Desporto e Turismo encaminhou o expediente à Secretaria da Administração para se manifestar quanto ao afastamento do citado servidor, se por aposentadoria compulsória a exoneração ex-officio, considerando o exposto no Parecer nº 4739/81 desta Procuradoria-Geral e que abordava hipótese de aposentadoria em cargo em comissão.

A Assessoria Jurídica do órgão de pessoal do Estado, através da Informação 278/81, concluiu pela declaração de vacância do cargo titulado pelo servidor H. S. de V., uma vez que o mesmo não possuía o quinquênio legal necessário à inativação prevista no artigo 182 da Lei nº 1.751/52, não se enquadrando por conseguinte à situação prevista no Parecer nº 4239/81-PGE já referido.

Encaminhado o ato de vacância à assinatura do Senhor Governador, a Subchefia para Assuntos Jurídicos e Legislativos entendeu, com apoio, agora, no Parecer nº 489/70 desta Procuradoria-Geral, que havendo o servidor ultrapassado à época da nomeação para o citado

cargo a idade limite prevista na Lei nº 7.024/76, o ato de provimento era nulo e portanto passível de ter sua nulidade declarada pela Administração, desconsiderada, conseqüentemente, por descabível com esse posicionamento, a hipótese de inativação.

Consoante essa orientação da Casa Civil, em 29 de março de 1982, Diário Oficial do Estado de 16 de abril do mesmo ano, Boletim nº 01765, revogava o ato de 7 de fevereiro de 1979, que havia nomeado H. S. de V. para o cargo de provimento em comissão de Assistente Administrativo CC-9, na então Secretaria de Cultura, Desporto e Turismo.

Em 2 de junho de 1982, o expediente que parecia estar administrativamente resolvido foi novamente acionado tendo presente certidão emitida pelo então Secretário de Cultura, Desporto e Turismo, especificando tempo de serviço prestado àquele órgão pelo servidor H. S. de V., no período de 26 de abril de 1975 a 15 de março de 1979, na titularidade da função de assessor, para qual fora investido nos termos da Lei nº 4.937/65.

A Unidade de Registro Funcional da Secretaria da Administração examinando a grade de tempo de serviço concluiu que o servidor em referência, com essa adição de tempo de serviço, complementaria os 1825 necessários à aposentadoria nos termos do artigo 182 de Lei nº 1.751/52, sugerindo a remessa do processo à Casa Civil para a matéria ali ser reconsiderada face esse novo fato.

A Subchefia para Assuntos Jurídicos e Legislativos manifestando-se, em grau de reexame, ratificou seu anterior entendimento, justificando que "a exigência de idade é para o ingresso no serviço público conforme expressamente determinado em lei (artigo 1º da Lei 7.024/76) e não para permanência no serviço público."

Com esse fundamento foi emitido novo ato ratificando a revogação do provimento em comissão.

A Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração, face a esse posicionamento da Casa Civil, e à edição de novo ato governamental, solicitou o encaminhamento da matéria a esta Procuradoria-Geral.

Nesse sentido veio o expediente a exame nesta Procuradoria, onde foi emitido o Parecer nº 5259, de 29 de junho de 1983, aprovado pelo Senhor Governador e que entendeu, apoiado no posicionamento da Casa Civil, exigir "a legislação estadual para o provimento em cargo em comissão, salvo disposições expressas em contrário, o preenchimento do requisito de idade máxima, atualmente fixado em 50 anos, nos termos da Lei nº 7.024/76."

No entanto, considerando as possíveis repercussões que certamente ocorreriam para o serviço público estadual e com o provimento de cargos em comissão, face o entendimento do Parecer nº 5297/83, determinou o Senhor Governador o reexame da matéria por este órgão consultivo, tendo presente os princípios expressos no artigo 97, § 2º, da Constituição da República, sustentando até a conclusão deste estudo os efeitos do pronunciamento anterior.

Esse o expediente que, após uma tramitação de mais de três anos, vem à análise neste Conselho Superior, em grau de reestudo, buscando orientação normativa para a Administração Estadual.

É o relatório.

Antes de examinar expressamente os textos legais que amparam e regulamentam na União e nos Estados essa espécie de provimento de cargo público, cumpre que se visualize dentro dos princípios doutrinários o que se entende por cargo em comissão, para fins de delimitar sua natureza jurídica, e então procurar junto e adequadamente ao direito positivo vigente uma interpretação e entendimento sistemático.

Nesse sentido, se transcreve por oportuna a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, em Apontamentos sobre os Agentes Públicos, ao abordar a classificação de cargos públicos, in Revista de Direito Administrativo, São Paulo 4 (13) jul. set. 70, pág. 52:

"Os cargos do funcionalismo admitem diferentes classificações. A mais importante delas divide-os em função de sua vocação para retenção dos ocupantes. Sob este prisma, os cargos podem ser:

- a) de provimento em comissão;
- b) de provimento efetivo;
- c) de provimento vitalício;

Provimento é o ato de designação de uma pessoa para preenchimento de um cargo.

a) Cargo em comissão, ou de provimento em comissão, é aquele predisposto, ou vocacionado, a ser preenchido por um ocupante transitório, da confiança da autoridade que o nomeou e que nele permanecerá enquanto dela gozar. Por isso, diz-se que tais cargos são de livre provimento. Isto significa que a autoridade com poderes para preenchê-los pode nomear pessoa de sua escolha. Não há, pois, concurso para provimento de cargo em comissão. Assim como é livre a nomeação, também é livre a exoneração, isto é, quem tem poder para preencher o cargo, também o possui para, à sua vontade, desligar dele o ocupante."

Com a mesma compreensão também escreveu HELY LOPES MEIRELLES em seu Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1966, 2ª edição, pág. 357:

"Cargo em comissão é o que só admite provimento em caráter provisório. Destina-se às funções de confiança dos superiores hierárquicos. A instituição de tais cargos é permanente, mas o seu desempenho é sempre precário, pois os que exercem não adquirem direito à continuidade na função."

Do exposto, pode-se dizer que o cargo em comissão é espécie de cargo público assim caracterizado através de lei e destinado à livre nomeação e exoneração da autoridade com competência legal para provê-lo. Quem o titula, por ser cargo público, se investe na condição de funcionário público e a ele se aplicam as regras legais destinadas aos ocupantes de cargos públicos em geral, mas que não contrariam os elementos basilares que o caracterizam, a precariedade do vínculo, e o princípio constitucional do livre provimento e exoneração.

Assim delimitada a natureza jurídica dessa espécie administrativa, cabe examinar os dispositivos de nossa lei fundamental que se reportam a essa modalidade de provimento de cargo público.

A Constituição da República de 1967, com a Emenda nº 1/69, no artigo 97 e seus parágrafos, ao estabelecer regras gerais e obrigatórias a todas as unidades da federação brasileira sobre o acesso e provimento de cargos públicos determinou expressamente:

"Art. 97 — Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1º — A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.

§ 2º — Prescindirá de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

§ 3º — Nenhum concurso terá validade por prazo maior de quatro anos contado da homologação."

Depreende-se do texto de nossa Lei Maior, pela simples interpretação gramatical, o tratamento e o posicionamento diferenciado assumido pelo legislador da União ao estabelecer regra especial para o provimento de cargos em comissão, deslocando-a do princípio geral que orienta o provimento de cargos públicos (artigo 97, parágrafo 2º).

Isso quer significar que a liberdade a que se refere o legislador constituinte é absoluta e as regras incidentes sobre o acesso de cargos públicos em geral — exigência de concurso, condições especiais de investidura — a essa espécie não se aplicam, a não ser aquelas que dizem com as condições gerais de provimento (boa conduta, gozo de direitos políticos, etc.) e com a aptidão física para o exercício do cargo.

Se atente, ainda, que essas regras são de observância obrigatória para os Estados-membros (artigo 108 CF) e visam a assegurar não só uma determinada unidade de princípios dirigidos aos funcionários públicos, mas também um equilíbrio entre o Poder Público e seus agentes.

Ademais, é tranqüilo na doutrina juspublicista brasileira o entendimento de que a seção VIII da Constituição da República, que trata dos Funcionários Públicos, se aplica a todos os funcionários públicos civis do Brasil, sendo, pois, de observância obrigatória pelos Estados.

CELSON ANTONIO BANDEIRA DE MELLO em seus Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos — Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, pág. 42 — assim discorreu:

"O disposto na mencionada Seção se aplica a todos os funcionários públicos civis do Brasil. A todos porque o artigo 108 declara abrangidos pelos princípios ne-

la fixados os funcionários dos três Poderes, da União, dos Estados, municípios e territórios: civis porque os militares foram contemplados na Seção VI (Forças Armadas), da qual constam alguns dispositivos análogos aos que concernem aos funcionários civis, com alterações peculiares."

Com o mesmo entendimento HELY LOPES MEIRELLES, em seu Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1966, págs. 351 e 354, também expressou:

"Os princípios constitucionais que presidem a organização do funcionalismo público estão expressos nos artigos 184 a 194 da Constituição Federal.

Tais normas visam a estabelecer o equilíbrio entre o Poder Público e seus funcionários, para que a supremacia do Estado não amesquinhe os que o servem, nem estes se armem de vantagens prejudiciais ao serviço público. Essas regras constituem um mínimo a ser observado pela Administração, quer quanto às exigências do serviço, quer quanto à situação de seus funcionários.

A competência do Estado-membro é ampla, mas fica adstrita aos princípios gerais da Constituição Federal (artigos 184 a 194) como aos ditames especiais da Constituição Estadual no pertinente ao seu funcionalismo."

Consoante essa simetria, a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, ao abrir a Seção VII dos Funcionários Públicos, no artigo 88, acolheu essa determinação constitucional e marcou, ainda, o limite da competência do Estado nessa matéria, ao dispor expressamente:

"Art. 88 — A lei disporá sobre o regime jurídico dos servidores públicos, obedecendo as normas previstas na Constituição Federal e nesta Constituição."

Dessa forma, ao destacar, em artigo próprio (artigo 90 CF), regra específica para o provimento de cargos em comissão, deslocando-a mesmo do cargo do dispositivo que regulamenta o provimento de cargos públicos em geral, quis o constituinte estadual evidenciar com mais força o tratamento distinto a ser dispensado a essa modalidade de provimento de cargo público.

"Art. 90 — A nomeação para cargos em comissão, assim declarados em lei, prescindirá de concurso, sendo de livre provimento e exoneração."

A singular clareza da regra constitucional retroescrita conduz a uma só interpretação, ou seja, a liberdade de provimento é absoluta, como se afirmou antes, e qualquer norma, que pretenda imprimir outro entendimento a essa espécie administrativa, será incompatível com sua natureza e com os princípios constitucionais dirigidos aos funcionários públicos que orientam nosso direito positivo.

Definido o conteúdo jurídico do cargo em comissão e realizada sua adequação dentro do nosso direito legislado, cumpre que se retome o problema proposto no expediente, ou seja, a situação funcional do servidor H. S. de V. e o entendimento da Casa Civil da administração anterior, de que as regras legais referentes ao limite de idade para o provimento de cargos públicos se aplicam ao cargo em comissão, inquinando, face essa premissa, de total nulidade todas as investiduras que propiciarem o ingresso na função pública sem a observância desse requisito.

O suporte legal do problema suscitado no expediente foi a Lei n.º 7.024, de 23 de novembro de 1976, que estabeleceu o limite de idade de 50 (cinquenta) anos para admissão no serviço público estadual. Contudo, tal dispositivo ressaltou expressamente a vigência de disposições especiais relativas a determinadas classes e categorias de cargos e funções.

"Art. 1.º — É fixado em 50 (cinquenta) anos o limite de idade para admissão no serviço público estadual, ressalvada a vigência das disposições especiais pertinentes a determinadas classes ou categorias de cargos ou funções."

No entanto, com relação ao provimento de cargos em comissão, essa regra geral, mesmo que não contivesse ressalva explícita, não se aplicaria, por total incompatibilidade com o artigo 97, § 2.º, da Constituição da República e artigo 90 da Constituição do Estado, que estabeleceram o livre provimento e exoneração desses cargos.

A não ser assim se frustraria a aplicação, também para a Administração Estadual, de outro dispositivo constitucional e que permite ao aposentado, sem incidir em regra de acúmulo, o exercício de um cargo em comissão.

"Art. 101 — É vedada a acumulação remunerada de cargos e funções públicas, exceto:

§ 3.º — A vedação prevista neste artigo não se aplica aos aposentados, no que se refere ao exercício de mandato eletivo, de cargo em comissão ou a contrato para prestação de serviços técnicos e especializados."

Difícilmente um servidor já inativo atenderia esse requisito ao ser provido em cargo em comissão. Pela simples razão de ordem cronológica, se atentarmos que as aposentadorias se dão aos 35 e 30 anos de serviço público, pressupondo-se um ingresso mínimo de 18 anos de idade, a idade mínima do servidor dessa forma inativado, se do sexo masculino, atingiria mais de 50 anos.

Assim, não se compreende para o provimento de cargos dessa natureza, que trazem como característica a precariedade do vínculo e a livre investidura, se possa fazer, mesmo com base em lei, exigências que desfigurem essas premissas impostas pela Constituição Federal e pela Constituição do Estado.

O sentido da lei deve ser buscado não só dentro de sua própria palavra, mas com relação a todo um sistema. Por isso dentro de uma visão sistemática das regras que orientam em toda a Federação os princípios gerais dirigidos aos funcionários públicos civis, não se poderia chegar a outra interpretação que não fosse aquela compatível com o todo sistêmico, ou seja, se o cargo em comissão é de livre provimento e exoneração e se ao aposentado é lícito exercê-lo, limite máximo não haverá de idade para seu provimento de acordo com o texto constitucional.

Carlos Maximiliano, em sua Hermenêutica e Aplicação do Direito, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1891, 9.ª edição, pág. 113, referindo essa modalidade de interpretação assim expressou:

"Confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio, ou que da mesma dimanarem; verifica-se o nexo entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular e deste modo se obtém esclarecimentos preciosos. O preceito assim submetido a exame, longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado. Com esse trabalho de síntese é melhor compreendido.

O hermeneuta eleva o olhar dos casos especiais para os princípios dirigentes a que eles se acham submetidos; indaga se obedecendo uma não viola outra; inquire das conseqüências possíveis de cada exegese isolada. Assim, contemplados do alto os fenômenos jurídicos, melhor se verifica o sentido de cada vocábulo, bem como se um dispositivo deve ser tomado na acepção ampla, ou na estrita, como preceito comum, ou especial.

Já não se admitia em Roma que o juiz decidisse tendo em mira apenas uma parte da lei; cumpria examinar a norma em conjunto..."

E mais adiante, à pág. 113, o mesmo autor discorreu nesse sentido:

"Quando o Estatuto Fundamental define as circunstâncias em que um direito pode ser exercido ou uma pena aplicada, esta especificação importa proibir implicitamente qualquer interferência legislativa para sujeitar o exercício do direito a condições novas ou estender o outro caso à penalidade."

Assim as razões que levaram o legislador estadual a editar a Lei n.º 7.024/76 são ponderáveis e eficazes no que se refere às demais modalidades de provimento de cargo público, pois visam não só a desonerar o erário público de encargos com aposentadorias precoces e ainda propiciar melhores condições de exercício para cargos que ensejam requisitos especiais de provimento.

De outro lado, o aproveitamento de pessoal com mais de cinquenta anos de idade, alguns egressos dos quadros funcionais da Administração Estadual, representa um reconhecimento do Estado à experiência e à capacidade de seus concidadãos, propiciando através de investidura de cargos dessa natureza uma participação mais ativa no meio social em que se inserem e no próprio aperfeiçoamento do serviço público.

Numa época em que a idade cronológica cada vez mais é prolongada não só física mas intelectualmente, não se pode admitir o não aproveitamento em cargos dessa natureza por pessoas que hajam ultrapassado os cinquenta anos de idade, fase da vida em que a maturidade e a capacidade intelectual atingem o máximo no ser humano.

De outra parte, dentro da jurisprudência administrativa da União, e antes da edição do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, era tranqüilo o entendimento de que ao titular de cargo em comissão muito embora havendo ultrapassado a idade limite de setenta anos, não se-

ria apanhado pela compulsória. Ressalte-se que nem mesmo ao limite de idade de permanência no serviço público, entendia o legislador federal estar o titular de cargo em comissão abrangido. Após como se disse em 1967, é que foi mudada essa orientação, exclusivamente dentro da Administração Direta e autarquias federais.

Para melhor visualização desse posicionamento se transcreve excerto de Parecer do DASP — (Formulação nº 78, 101 a 200) 1973:

“5. Anteriormente a essa disposição legal, admitia-se que os cargos em comissão do serviço público, de um modo geral, fossem ocupados por pessoas que haviam atingido a idade limite constitucionalmente estabelecida para a permanência em atividade (Estatuto dos Funcionários, art. 191). Por esse efeito, a presunção *juris et de jure* de incapacidade para o exercício de funções públicas só alcançava os servidores que exerciam cargos ou funções de outra natureza, não atingindo, pois, os que ocupassem ou fossem candidatos a cargos em comissão e de livre nomeação e exoneração.

6. Com a entrada em vigor do preceito legal transcrito acima (item 4), generalizou-se a presunção, que passou a incidir também sobre cargos ou funções, qualquer que seja a sua forma de provimento, nos Ministérios, DASP e autarquias federais.”

Face o exposto, considerando juridicamente perfeito o ato que investiu H. S. de V. no cargo em comissão CC 9, de Assistente Administrativo, na então Secretaria de Cultura, Desporto e Turismo, cabe, agora, examinar a segunda questão jurídica emergente do processo e que se refere à aposentadoria compulsória que teria atingido o servidor pelo implemento da idade de (70) setenta anos.

Prevista no artigo 101, II, da Constituição Federal e artigo 103, II, da Constituição do Estado, esse tipo de inativação pressupõe uma invalidez presumida de incapacidade geral para o serviço público.

Muito embora dentro da órbita federal, como se já afirmou, se aplique após 1967 aos titulares de cargos em comissão dentro da Administração Direta e autarquias, por expressa determinação do Decreto-lei nº 200/69, esta aposentadoria não é considerada, — quando mesmo dentro do serviço público não descentralizado — for exercida por servidor regido pela legislação trabalhista, no entendimento de que esse regime nada dispondo sobre o limite de idade para permanência no serviço, faculta através de acordo entre o empregador e empregado essa continuidade.

Essa a conclusão exarada no Parecer nº L-140, emitido em 8 de abril de 1977, pelo então Consultor-Geral da República LUIS RAFAEL MAYER (*in* Revista de Direito Administrativo, vol. 129 jul./set. 77).

Retomando no expediente os assentamentos funcionais do servidor H. S. de V., se constata que havendo completado 70 anos de idade, em 28 de abril de 1980, atingiu nessa data a idade limite de permanência no serviço público, fazendo jus, portanto, à aposentadoria prevista nos artigos 101, II, da Constituição Federal, e 103, III, da Constituição do Estado.

Com referência aos proventos a serem fixados a essa espécie de inativação, também os dois diplomas constitucionais, em orientação homogênea, prescrevem que serão sempre proporcionais ao tempo de serviço, computando-se para tal fim integralmente todo o tempo de serviço público federal, estadual ou municipal prestado pelo funcionário (artigos 102, II, e § 3º da Constituição Federal e artigo 104, II, e 106 da Constituição do Estado).

Examinando o tempo de serviço apresentado pelo servidor requerente, se observa que desde 1975 mantém vínculo com a Administração Estadual, havendo exercido, desde essa data até 15 de maio de 1979, funções de assessoramento junto ao Secretário de Cultura, Desporto e Turismo, nos termos da Lei nº 4.937/65, e a contar de 7 de fevereiro de 1979, ocupou o cargo em comissão de Assistente Administrativo CC-9, na Secretaria de Cultura, Desporto e Turismo.

Com base nessa última posição funcional e nesse tempo de serviço certificado pelo poder público e qualquer outro da mesma natureza que o servidor puder comprovar (artigo 106 CE), acrescido, ainda, se houver, de tempo de serviço privado, computável para aposentadoria nos termos da Lei nº 7.057, de 30 de dezembro de 1976, é que deverão ser calculados os proventos de sua inativação compulsória.

Assim face à argumentação expendida e atendendo a proposição constante do expediente, se conclui que:

I — A investidura em cargo em comissão independe do limite de idade estabelecido na Lei nº 7.024/76. A essa espécie de provimento de cargo público se aplicam as regras constitucionais referentes a essa categoria administrativa e que dizem respeito com o livre provimento e exoneração, e demais disposições legais de ordem geral pertinentes ao provimento de cargos públicos e que não contrariem essa peculiaridade.

II — Deve ser decretada a nulidade do ato datado de 29 de março de 1982 publicado através do Boletim nº 1.765/82 no Diário Oficial de 16 de abril de 1982, que revogou a nomeação de H. S. de V. para o cargo em comissão de Assistente Administrativo, padrão CC-9, na Secretaria de Cultura, Desporto e Turismo.

III — A Administração Estadual deve providenciar no ato de inativação compulsória de H. S. de V., a contar de 28 de abril de 1980, data em que completou setenta anos de idade, no cargo em comissão de Assistente Administrativo, padrão CC-9, com proventos a serem fixados. Para a fixação dos proventos há de ser tido em conta todo o tempo de serviço enquadrável nos artigos 167 e 168 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, e, bem assim, o computável de acordo com a Lei nº 7.057, de 30 de dezembro de 1976, desde que, um e outro, não tenham sido computados para aposentadoria em outro cargo ou emprego.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 15 de agosto de 1984.

Of. Gab. 931/84

Porto Alegre, 15 de agosto de 1984.

SENHOR GOVERNADOR:

Trata o presente da situação funcional de H. S. de V., expediente que, por ordem de Vossa Excelência, mereceu, por parte desta Procuradoria-Geral, reexame onde foi perquirida matéria relativa ao limite de idade para provimentos em cargo em comissão dentro do serviço público.

Relata o Parecer nº 5.789, que, com base na circunstância de o referido servidor ter atingido, em 28 de abril de 1980, a idade de 70 (setenta) anos, denunciou o Tesouro do Estado tal situação a então Secretaria de Cultura, Desporto e Turismo, órgão para o qual fora o servidor nomeado no cargo de provimento em comissão de Assistente Administrativo, padrão CC-9, em 7 de fevereiro de 1979. Esse órgão, por sua vez, consultou a Secretaria da Administração para saber se o afastamento do citado servidor deveria ocorrer por aposentadoria compulsória ou exoneração *ex-officio*.

A partir de então, recebeu o expediente sucessivas manifestações, tanto por parte do órgão de pessoal do Estado como da Subchefia para Assuntos Jurídicos e Legislativos da Casa Civil, e, bem assim, deste órgão consultivo, tendo sido concluída, a final, a necessidade de revogação do ato de provimento em comissão, o qual estava maculado por insanável vício de nulidade por ter sido infringido, quando do provimento do cargo, em 1979, o requisito de idade previsto na Lei nº 7.024/76.

A análise ora realizada conduz, todavia, a entendimento diverso. Com efeito, ressalta da classificação legal dos cargos do funcionalismo público a *vocação*, dos assim chamados “cargos em comissão”, à livre nomeação e exoneração da autoridade com competência para provê-los. Por consequência, desde que não se olvidem os elementos essenciais que os caracterizam, revestem os titulares de tais cargos a condição de funcionários públicos, legítimos destinatários das regras legais referentes aos ocupantes dos cargos públicos.

Deve ser assinalado, entretanto, que a Constituição Federal, bem como a Carta Maior Estadual, ao estabelecerem regras sobre o acesso e provimento de cargos públicos, apontam nítido discrimen entre a forma de provimento em cargo efetivo e em cargo em comissão, merecendo, esse último, tratamento diverso daquele fixado na norma geral que orienta o provimento de cargos públicos.

Segundo o supracitado parecer, tal distinção, que é expressa, quer significar que a liberdade a que se refere o legislador para o provimento dos chamados cargos em comissão é absoluta, consubstanciada, além do mais, regra de observância obrigatória para os estados-membros.

Nessa perspectiva, não se pode esquecer que a Lei n.º 7.024, de 23 de novembro de 1976, — que estabeleceu o limite de idade de 50 (cinquenta) anos para o ingresso no serviço público estadual — ressalva, em seu próprio interior, a vigência de dispositivos especiais referentes a determinadas classes e categorias de cargos e funções.

Não é possível descuidar, mais ainda, da norma consubstanciada no artigo 101, § 3.º, da Constituição Federal que, excepcionando a regra geral, permite a acumulação remunerada, em se tratando de aposentado, de um cargo em comissão ou contrato para prestação de serviços técnicos e especializados.

Do exame de tais dispositivos releva, com clareza solar, a possibilidade de prover-se em cargo em comissão pessoa que, na ocasião, já tenha ultrapassado os 50 (cinquenta) anos de idade, o que decorre de simples razões de ordem cronológica.

Sinala o parecer, portanto, que para o provimento de tais cargos, não seria compreensível fazer-se exigências que desfigurem as premissas básicas de precariedade do vínculo e livre investidura, o que, por certo, acarretaria a contrariedade aos princípios e requisitos insertos na Constituição Federal e Constituição Estadual. Se o provimento é livre, e se ao aposentado é lícito exercer o cargo, não haverá, pois, limite de idade para o seu provimento, importando ainda sublinhar que o aproveitamento de pessoal com mais de cinquenta anos de idade representa o reconhecimento do Estado à experiência e capacidade de seus concidadãos numa fase da vida em que, via de regra, os indivíduos atingem o máximo de sua maturidade e capacidade intelectual.

Dimana, por conseguinte, de todo o exposto, que:

a) a investidura em cargo em comissão independe do limite de idade previsto pela Lei n.º 7.024/78;

b) deve ser declarada a nulidade do ato datado de 29 de março de 1982, publicado através do Boletim n.º 1.765/82, no Diário Oficial de 16 de abril de 1982, que revogou a nomeação de H. S. de V. para o cargo em comissão de Assistente Administrativo, padrão CC-9, na Secretaria de Cultura, Desporto e Turismo;

c) deve a Administração Estadual providenciar no ato de inativação compulsória do aludido servidor, a contar de 28 de abril de 1980, no cargo em comissão antes assinalado, com proventos a serem fixados em acordo ao integral tempo de serviço prestado pelo interessado, e enquadrável nos artigos 167 e 168 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, bem como aquele computável segundo os critérios estabelecidos pela Lei 7.057, de 30 de dezembro de 1976, desde que, um e outro, já não tenham sido contados para a aposentadoria em outro cargo ou emprego.

Esclareço-lhe, Senhor Governador, que tais conclusões foram aprovadas, por maioria, pelo Conselho Superior desta Procuradoria, em sua sessão realizada no dia 22 de maio de 1984. Tendo o parecer recebido minha integral aprovação, cabe-me, agora, remetê-lo à apreciação de Vossa Excelência, no momento em que lhe reitero meus protestos de elevada estima e consideração.

NEY SÁ
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

A Sua Excelência o Senhor Doutor JAIR SOARES
DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul
PALÁCIO PIRATINI

AJUDA DE CUSTO

ALMIRO DO COUTO E SILVA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 5.710

AJUDA DE CUSTO.

Muito embora faça jus a essa vantagem funcionário designado para exercer função de assessoramento (AS), a ela não tem direito servidor que não passou a ter exercício em nova sede.

V.A.C., Oficial Superior Fazendário, foi designado assessor (AS-6) do Secretário do Trabalho e Ação Social e Chefe de Gabinete do mesmo Secretário de Estado. Postula-lhe seja paga ajuda de custo, uma vez que, em razão daqueles atos, passou a exercer sua atividade funcional na capital do Estado.

A Diretoria do Pagamento de Pessoal da Secretaria da Fazenda opinou no sentido de que o interessado não faz jus ao que pretende, pois o cargo de Oficial Fazendário, de que é titular, tem lotação exclusiva na capital do Estado, tendo sido designado a seu pedido e ao que se infere — irregularmente, para auxiliar nos serviços da Exatoria de Rolante e da Circunscrição Fiscal de Taquara e, finalmente, colocado à disposição da Secretaria da Saúde e do Meio Ambiente. Não houve, assim, ato algum que mudasse a sede em que o funcionário deveria ter exercício, pois esta sempre foi Porto Alegre. Além do mais, o artigo 1.º do Decreto n.º 24.846/76, que se refere à ajuda de custo, não contém qualquer menção à hipótese de funcionário designado para desincumbir-se de funções de assessoramento (AS). A Assessoria da Diretoria Geral da Secretaria da Fazenda concordou com a informação da Diretoria do Pagamento de Pessoal quanto ao primeiro ponto, isto é, quanto à inexistência do direito do servidor de receber ajuda de custo em face da circunstância de que sua sede nunca deixou de ser Porto Alegre. Todavia, manifestou dúvidas quanto à tese de que o servidor designado para funções de assessoramento não pode ser beneficiado com ajuda de custo. Por essa razão sugeriu fosse o expediente encaminhado à Procuradoria-Geral do Estado, para fins de parecer, o que foi atendido pelo Senhor Secretário da Fazenda.

2. O artigo 1.º do Decreto n.º 24.846/76 tem este enunciado:

"Art. 1.º — Ao servidor estadual que em virtude de transferência, remoção, nomeação para cargo em comissão ou designação para função gratificada, passar a ter exercício permanente em nova sede, será concedida uma ajuda de custo correspondente a um mês de vencimento, salário ou padrão de remuneração, destinada a cobrir as despesas de sua instalação."

Vê-se, portanto, que requisito indispensável à percepção da vantagem é o de que o funcionário "passe a ter exercício permanente em nova sede". No caso, a sede do cargo do requerente sempre foi Porto Alegre. A circunstância de ele haver, de fato, desempenhado atividade em outras localidades constitui mera irregularidade, em que a Administração incorreu para atender a interesses exclusivos do servidor, que encaminhara pedido nesse sentido. Não tem, contudo, força de modificar a lotação do funcionário, que era e é exclusivamente em Porto Alegre, em virtude do cargo que titula.

3. Opino, assim, pelo indeferimento da pretensão do requerente, pelos motivos que acabei de aduzir, aliás, em simples repetição do que já foi alegado no processo. No pertinente, porém, a questão de saber se servidor designado para função de assessoramento tem ou não direito a ajuda de custo, quando se configurarem os requisitos para a concessão dessa vantagem, lembro que já respondi afirmativamente a essa indagação, ao emitir o Parecer n.º 2.014 da Procuradoria-Geral do Estado, e que continua a exprimir o que penso sobre o assunto. O elenco de situações a que alude o artigo 1.º do Decreto n.º 24.846/76, é, a meu juízo, meramente exem-

plificativo. Refere-se ele às hipóteses mais correntes em que o funcionário passa a ter exercício permanente em nova sede. Entretanto, se por qualquer outra causa legal, ali não expressamente nomeada, isso vier a ocorrer, não tenho dúvida que o funcionário terá direito àquela vantagem, a qual possui, como é sabido, caráter indenizatório, visando a ressarcir despesas que o funcionário tenha de suportar em virtude de ato administrativo exarado *ex-officio*. Também do artigo 12 do Decreto nº 24.846/76 não se extrai qualquer empecilho à outorga de ajuda de custo a servidor designado para função de assessoramento. Naquele preceito apenas se determina que as diárias a que terá direito o servidor, em tal hipótese, são as correspondentes ao padrão FG-8. A razão do preceito não foi, evidentemente, a de vedar aos servidores a percepção de qualquer outra vantagem. Seu sentido é exclusivamente afirmativo, prescrevendo, em termos absolutamente nítidos, qual o valor das diárias que deverão ser deferidas a quem desempenha função de assessoramento. A utilização de argumento *a contrario sensu*, cujos perigos são sempre realçados pelos autores preocupados com questões de hermenêutica, levaria a resultados que falseariam não apenas o sentido literal da regra, na sua própria substância, pois transformaria uma singela norma de definição do *quantum* de determinada vantagem pecuniária numa ampla disposição proibitiva de qualquer outro benefício que não a percepção de diárias correspondentes às do padrão FG-8. Nesta parte entendo, pois, em conclusão, que o servidor designado para exercer função de assessoramento tem direito à ajuda de custo, fiel a uma antiga posição e afinado com a orientação que vem tomando a jurisprudência administrativa do Estado, notadamente com aquela propugnada pelos Pareceres N.ºs. 4.241/80 e 4.817/81, ambos deste órgão.

4. Resumindo tudo: conquanto tenha direito em tese, à ajuda de custo, o servidor designado para exercer função de assessoramento, no caso concreto não faz o requerente jus a essa vantagem porquanto não passou ele a ter exercício em nova sede.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 06 de junho de 1984.

Of. Gab. 615/84

Porto Alegre, 06 de junho de 1984.

SENHOR GOVERNADOR:

Neste expediente o Oficial Superior Fazendário V.A.C., designado assessor (AS-6) do Secretário do Trabalho e Ação Social e Chefe de Gabinete do mesmo Secretário de Estado, postula ajuda de custo por ter passado a exercer sua atividade funcional na capital do Estado.

Sendo o assunto distribuído ao Conselho Superior desta Procuradoria-Geral do Estado foi emitido o parecer anexo, que, aprovado à unanimidade por aquele órgão colegiado, na sessão do dia 22 de maio próximo passado, por mim presidida, conclui pelo indeferimento do pedido por não ter havido ato algum que mudasse a sede em que o funcionário deveria ter exercício, requisito indispensável à percepção da vantagem.

No pertinente à questão de saber, em tese, se funcionário designado para função de assessoramento tem ou não direito à ajuda de custo, é o presente parecer no sentido de ser meramente exemplificativo o elenco de situação a que alude o artigo 1º do Decreto nº 24.846/76 reconhecendo, portanto, essa possibilidade pelo seu caráter indenizatório, na medida em que visa a ressarcir despesas que o funcionário tenha de suportar em virtude do ato administrativo exarado *ex-officio*.

Sendo esse pronunciamento expressão da jurisprudência administrativa que vem sendo adotada no Estado, submeto-o a superior apreciação de Vossa Excelência, ao tempo em que lhe manifesto as expressões de meu apreço e especial consideração.

NEY SÁ
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

A Sua Excelência o Senhor Doutor JAIR SOARES
DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul
PALÁCIO PIRATINI

ESTÁGIO PROBATÓRIO

ALEXANDRE HENRIQUE GRUSZYNSKI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor na Pontifícia Universidade Católica

PARECER N.º 5.713

MAGISTÉRIO. ESTÁGIO PROBATÓRIO.

Cômputo do tempo de exercício como professor contratado, inclusive para estágio probatório, nos termos da Lei nº 4.293, de 4 de janeiro de 1962, quando o início do exercício como nomeado ocorreu antes da revogação dessa Lei.

H. E. S., titular do cargo de Professor, classe A, nível 5, do Quadro de Carreira do Magistério, requereu e obteve, a partir de 1º de abril de 1976, licença sem vencimentos, por dois anos, para acompanhar o seu cônjuge, transferido para fora do Estado independentemente de solicitação, com fundamento no artigo 94 do Estatuto do Magistério. Tal licença foi renovada por duas vezes, ou seja, até 31 de março de 1980 e até 31 de março de 1982, sucessivamente, por permanecer o motivo determinante de sua concessão.

Vindo a requerer, pelo mesmo motivo, a terceira renovação, levantou-se em Informação da Unidade de Pessoal a impossibilidade de sua concessão, ante o que dispõe o artigo 25 do Estatuto do Magistério:

"O não-cumprimento do estágio probatório por interrupções sucessivas equivalentes ao dobro do tempo fixado para esse estágio resultará na exoneração automática do estagiário."

Convém ressaltar que a Informação aponta a requerente como havendo ingressado no Magistério Público Estadual mediante nomeação publicada no Diário Oficial de 15 de outubro de 1974. Assim, mesmo que a posse e o início do exercício houvessem ocorrido nessa mesma data, realmente a professora H. não teria completado o estágio probatório quando obteve a licença para acompanhar seu cônjuge.

Documentos a seguir insertos no processo em seqüência imediata a tal Informação demonstram, todavia, que a Professora H. fora admitida no Magistério Estadual em 1973, como contratada, e tivera exercício ininterruptamente desde 13 de agosto daquele ano até 31 de março de 1976.

Indo o expediente à Unidade de Assessoria Jurídica da Secretaria de Educação, pronunciamento ali emitido assevera que a requerente tomou posse em 15 de abril de 1974 (não se refere ao início do exercício), concluindo ser irrelevante o breve lapso de tempo deficiente para a requerente completar seu estágio probatório, razão por que se manifesta pelo deferimento do pedido de renovação da licença.

Na Secretaria da Administração, são extraídos no Banco Eletrônico de Dados de Pessoal dados referentes à Professora H., emitidos com a ressalva *"dados não-validados"*, complementados manuscritamente. E a Assessoria Jurídica da Pasta propõe a audiência desta Procuradoria-Geral, por duvidar da dispensabilidade dos 14 dias faltantes para cumprimento do estágio probatório. A titular da Secretaria encaminha o expediente a esta Procuradoria para exame e parecer.

Em razão das divergências existentes nos autos quanto às datas de nomeação, posse, início de exercício e transferência da Professora H., foram solicitados esclarecimentos a respeito à Secretaria da Administração, prestados em parte, eis que nem a ficha funcional da mesma na Secretaria de Educação e Cultura nem os elementos constantes do Banco Eletrônico de Dados de Pessoal são completos. A folha destes últimos, aliás, reitera a advertência de que são *"dados não-validados"*.

Trata-se, pois, de, face aos elementos constantes dos autos, concluir se é possível renovar a licença para acompanhar o cônjuge concedida à Professora H. ou se deve a mesma ser exonerada em virtude de interrupção, por mais de quatro anos, do estágio probatório.

Determinou a Lei nº 4.293, de 4 de janeiro de 1962, em seu artigo 1º, que:

"Os professores do magistério primário, formados pelas Escolas Normais de 1º ou 2º ciclo ou pelas Escolas Normais Rurais terão seu tempo de serviço como professor contratado do Estado contado integralmente, para todos os efeitos, inclusive para estágio probatório e avanços trienais."

Ora, se a Professora H. foi nomeada, conforme ato inserto no Boletim nº 653/74, publicado no Diário Oficial de 16 de março de 1974, para exercer o cargo de Professor do Ensino Primário, padrão M-2, do Quadro Único do Magistério, criado pela Lei nº 6.181, de 3 de janeiro de 1971, em virtude de aprovação em concurso, conclui-se que a mesma era formada por Escola Normal de 2º ciclo, pois esse era requisito de provimento para tal cargo.

De outra parte, conforme se verifica dos assentamentos e da grade de tempo de serviço inclusos no processo, não houve interrupção entre o exercício da função de professor contratado, iniciado em 13 de agosto de 1973, e o do cargo de Professor do Ensino Primário, padrão M-2, que se há de presumir iniciado imediatamente após a posse, ocorrida, segundo indicam as informações constantes dos autos, a 15 de abril de 1974. Tal presunção decorre precisamente das circunstâncias de não ter havido interrupção de exercício entre a condição de contratado e de efetiva, e de a unidade escolar, em ambas as fases, ser a mesma.

O novo Estatuto do Magistério Público Estadual (Lei nº 6.672) entrou em vigor a 22 de abril de 1974, portanto após a data do início do exercício, pela Professora H., do cargo de Professor do Ensino Primário, padrão M-2.

Quando, pois, iniciado foi o exercício do cargo, o tempo de exercício como contratada agregou-se ao de exercício do cargo, inclusive para efeito de estágio probatório. Por ser um tempo já cumprido, já passado, a superveniência da Lei nº 6.672, de 22 de abril de 1974, não mais podia, embora revogasse a Lei nº 4.293, de 4 de janeiro de 1962 (Cf. Parecer nº 4842), descharacterizar como de estágio probatório o tempo já assim qualificado no momento em que se fez, pelo início do exercício, a investidura no cargo de magistério. Ocorreu como que uma solda entre os dois tempos de exercício, integrando-se o primeiro período no segundo, incorporado, assim, aquele, no patrimônio jurídico da servidora.

Completados, assim, setecentos e trinta dias do exercício a contar de 13 de agosto de 1973, concluído ficou o estágio probatório e imunizada, a Professora H., à exoneração porque não houvesse, acaso, satisfeito os requisitos que nele se deveriam apurar.

Conclui-se, pois, que nada obsta ao registro e publicação do incluso ato de terceira renovação da licença originalmente concedida à Professora H.G.S. conforme Boletim nº 1.876, de 26 de julho de 1976, uma vez que praticado pela autoridade então competente e de acordo com as normas legais vigentes.

É o parecer.

Porto Alegre, 6 de junho de 1984.

Of. Gab. 622/84

Porto Alegre, 6 de junho de 1984.

SENHOR GOVERNADOR:

Objetiva-se saber, neste expediente, se a licença para acompanhar cônjuge, concedida à professora H.G.S. é suscetível de nova prorrogação ou se a mesma, por força do disposto no artigo 25 do Estatuto do Magistério, deve ser exonerada em virtude de interrupções, por mais de quatro anos, do estágio probatório.

Convém ressaltar que os elementos constantes do processo deixam dúvida quanto às datas de nomeação, posse, início de exercício e transferência. Em razão das divergências existentes, foram solicitados esclarecimentos à Secretaria da Administração, prestados em parte, eis que nem a ficha funcional da professora na Secretaria de Educação e Cultura nem os elementos constantes do Banco Eletrônico de Dados de Pessoal são completos.

Face aos elementos colhidos constatou-se que a professora H. assumiu como contratada em 13 de agosto de 1973, sendo nomeada — sem interromper o exercício — para o cargo de Professor do Ensino Primário Padrão M-2, do Quadro Único do Magistério, criado pela Lei nº 6.181/71, antes da entrada em vigor do Novo Estatuto do Magistério Público Estadual (Lei nº 6.672/74).

Por essas razões, conclui-se no Parecer nº 5.713 que nada obsta à renovação da licença originalmente concedida, na medida em que computável o tempo de exercício no magistério como contratada para efeito do estágio probatório.

Cumprido, ainda, esclarecer que, submetido esse pronunciamento ao Conselho Superior desta Procuradoria-Geral do Estado, na sessão do dia 24 de abril do corrente ano, por mim presidida, foi o mesmo aprovado por unanimidade.

Ao submeter o parecer anexo à superior consideração de Vossa Excelência, manifesto-lhe as expressões de meu apreço e especial consideração.

NEY SÁ
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

A Sua Excelência o Senhor Doutor JAIR SOARES
DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul
PALÁCIO PIRATINI

APOSENTADORIA COM BASE NA LEI DE ANISTIA

MÁRIO BERNARDO SESTA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.794

Funcionário aposentado com fundamento no artigo 4º da Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia) faz jus a contar em dobro o período correspondente a licença-prêmio, cujo direito tenha adquirido, no todo ou em parte, no período de ausência apagado pela anistia.

Negativa de registro de ato de aposentadoria pelo Tribunal de Contas do Estado: Poder Executivo pode registrar o ato "ad referendum" da Assembléia Legislativa (artigos 72, § 8º, e 200 da Constituição Federal).

1. P.D.G., ex-Guarda de Trânsito de 2ª classe, padrão 2, demitido do serviço público por ato do Presidente da República publicado no D.O.U. de 19 e 27 de agosto de 1969, com fundamento nos §§ 1º e 2º do Ato Institucional nº 5/68, REQUEREU sua reintegração, como Investigador de Polícia, de II classe, no Quadro da Secretaria de Segurança Pública, com base na Lei de Anistia e seu regulamento, respectivamente Lei federal nº 6.683/79 e Decreto nº 84.143/79.

Denegada a reintegração, foi o requerente, como manda o artigo 4º da Lei de Anistia, aposentado, "...contando-se o tempo de afastamento do serviço ativo para efeito de cálculo de proventos da inatividade...".

Na execução desta medida, a Secretaria da Administração, segundo orientação já firmada por esta Procuradoria-Geral do Estado, considerou, para fixação dos proventos correspondentes, o *cômputo em dobro de período de licença-prêmio não gozada*.

Ao ser apreciado esse ato de aposentamento pelo Egrégio Tribunal de Contas do Estado, foi o correspondente processo convertido em diligência com vistas a que a Secretaria da Administração justificasse a consideração de tempo de licença-prêmio em dobro na fixação do valor dos proventos.

A explicação foi dada na linha permissiva dessa inclusão, já consagrada nesta PGE, e o expediente retornando, teve seu registro *denegado* pelo Tribunal de Contas, sendo assim devolvido ao Executivo.

Uma vez devolvido, o expediente tramitou pela Subchefia da Casa Civil para Assuntos Jurídicos e Legislativos onde duas alternativas foram sugeridas: uma, com fundamento no que dispõe o artigo 72, § 7º, combinado com o artigo 200, ambos da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 7, baseada na afirmação de que o ato ora em exame não seria *concessão inicial* de aposentadoria; outra, optando pelo registro do ato pelo Poder Executivo "ad referendum" da Assembléia Legislativa, como faculta o disposto no artigo 72, § 8º, combinado com o artigo 200 da Constituição Federal.

Designado Relator, sugeri fosse o expediente baixado em diligência, para que se elucidasse dúvida sobre o exato alcance do precedente jurisprudencial do Egrégio Tribunal de Contas do Estado invocado ao apreciar o caso em tela.

Superadas quaisquer dúvidas a respeito, ficou claro que o ato teve seu registro denegado porque o TC do Estado inadmitte, nos aposentamentos decorrentes da Lei de Anistia, se compute, para efeito de aquisição do direito à licença-prêmio, o tempo de afastamento do servidor em razão da punição depois anistiada, e, conseqüentemente, se lhe reconheça o direito de computar em dobro o tempo correspondente ao período da licença-prêmio não gozada.

Esclareça-se, finalmente, que, embora esse aspecto não tenha sido ventilado no expediente, o tempo de afastamento do servidor de que ora se trata, em razão da punição sofrida, seria por si só suficiente para a aquisição de um período de licença-prêmio.

É o relatório.

2. Duas questões emergem do caso: uma, de *natureza substantiva*, referente à legitimidade da inclusão de tempo de licença-prêmio, computado em dobro, no cálculo dos proventos de aposentadoria decorrente do disposto no artigo 4º da Lei de Anistia; outra, de *cunho procedimental*, face à necessidade de definição de uma atitude administrativa em razão da negativa de registro do ato de inativação pelo Tribunal de Contas.

Sobre a questão de *mérito*, já existe posição firmada desta Procuradoria-Geral, definida, aliás, dentro de um contexto mais amplo de interpretação da Lei de Anistia, posição essa que muito me honra ter tido a oportunidade não só de encaminhar favoravelmente quando exerci a função de Procurador-Geral do Estado no Governo Amaral de Souza, como também colaborado, com meu voto no Conselho Superior desta PGE, para que se definisse vitoriosa e se consolidasse e que, no particular, é *favorável* ao *cômputo em dobro* do tempo de licença-prêmio adquirido e/ou não gozado em razão da aposentadoria excepcional prevista no Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.

Não encontro, agora, argumentos que aconselhem mudança de posição.

A *Lei de Anistia* devolveu, aos cidadãos que beneficia, o tempo de cassação para todos os efeitos funcionais menos os que expressamente excluiu.

A *natureza política* do ato de anistia e seu especialíssimo *objetivo de reparação*, posto que relativa, não autorizam o aplicador da lei a restringir seus efeitos aquém do texto legal: todos os direitos funcionais emergentes do simples decurso de tempo, posta a ausência como fato involuntário e irrelevante, foram devolvidos e assegurados (Lei nº 6.683/79, artigos 4º e 10), salvo os que tenham sido expressamente excluídos, como, por exemplo, o direito a perceber vencimentos correspondentes ao período de afastamento compulsório. (Lei nº 6.683/79, artigo 11).

Nesse sentido, o Parecer nº 4402/80 desta PGE, irreprensível na forma e no conteúdo.

Cabe proceder-se, no caso, como se o interessado estivesse sendo aposentado a pedido, computado como tempo de serviço efetivo o real, anterior à cassação, e o do período de afastamento involuntário agora anistiado. Todos os direitos simplesmente *decorrentes desses tempos* devem ser respeitados. Se houve tempo para adquirir direito à licença-prêmio que por *ato do príncipe* não pôde ser gozado, cabe ao agora inativado, como se cassação não tivesse havido, ver computado em dobro o tempo daquela licença.

3. Resta examinar a questão procedimental, isto é, definir a conduta do Poder Executivo face à negativa de registro do ato de inativação ora em tela pelo Egrégio Tribunal de Contas.

Uma das atitudes alternativas propostas, qual seja a de ignorar a negativa, face ao disposto no final do § 7º do artigo 72 da Constituição da República, com a redação da Emenda Constitucional nº 7, por não se tratar de registro de *concessão inicial* de aposentadoria, não se nos afigura aconselhável, na medida em que apreciação, posto que indeferitória, já houve, ensejando a atitude silente um desrespeito ao órgão de fiscalização das contas do Estado.

De mais a mais, o ato ora em exame é, sem dúvida, *aposentadoria inicial*. Não se pode, por absoluta distinção e diametral oposição de fundamentos — Ato Institucional nº 5/68 e Lei nº 6.683/79 — considerar a aposentadoria de que hoje se trata como revisão de que ora se corrige. Revisão há, mas não da aposentadoria: há revisão do *ato político* da cassação mas a aposentadoria de agora nada tem com a de ontem; é nova, é inicial na sobrevida funcional ensejada pela Lei nº 6.683/79. Aliás, nesse sentido também existe pronunciamento exemplar desta Casa, consubstanciado no Parecer nº 4.690/81, da lavra do Procurador Manoel André da Rocha.

Resta, pois, ao Poder Executivo o caminho forte no que dispõe artigo 72, § 8º, combinado com o artigo 200 ambos da Constituição da República e que enseja duas alternativas; ou o Poder Executivo acata a negativa de registro do ato considerado e o *pedido* nos termos em que seria registrável à luz da orientação do Tribunal de Contas ou o Poder Executivo recorre da decisão indeferitória, registrando o próprio ato e remetendo o expediente "ad referendum" da Egrégia Assembléia Legislativa.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 16 de agosto de 1984.

Porto Alegre, 17 de agosto de 1984.

SENHOR GOVERNADOR:

A matéria versada no presente expediente diz respeito à situação gerada diante de denegação, oposta pelo Egrégio Tribunal de Contas do Estado, a registro de ato de aposentadoria de funcionário jubilado com base no artigo 4º da Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia).

Embora já consagrado, por esta Procuradoria-Geral, entendimento que consigna, para os funcionários aposentados com fundamento na supracitada norma, o cômputo em dobro do período de licença-prêmio, o expediente mereceu exame específico, consubstanciado no Parecer nº 5.794 que abriga duplo raciocínio, detendo-se, assim, tanto nos aspectos de natureza substantiva quanto nos de índole procedimental que cercam a espécie.

A primeira vertente liga-se à inadmissão, pelo Tribunal de Contas Estadual, do cômputo do tempo de afastamento do servidor em razão da punição, depois anistiada, para o efeito de aquisição do direito à licença-prêmio, o que importa, por via de consequência, na negativa de contar, em dobro, o tempo correspondente ao período daquela licença, não gozada.

Pondera, todavia, o parecer — na linha da orientação normativa já definida no Parecer nº 4.402/80 do Conselho Superior desta Procuradoria-Geral — que a chamada Lei de Anistia, por comportar nítido objetivo de reparação, devolveu aos cidadãos que beneficia o tempo da cassação, para todos os efeitos funcionais, à exceção do que em seu texto são expressamente excluídos.

A questão de cunho procedimental prende-se, por seu turno, à conduta a ser adotada pelo Executivo Estadual em face ao indeferimento de registro do ato de inativação, relativamente à espécie concretamente examinada. Nesse sentido, refere o retromencionado parecer a adoção de um dos caminhos indicados pelo artigo 72, § 8º, combinado com o artigo 200, ambos da Constituição Federal: ou o Poder Executivo acata a negativa de registro do ato assinalado, reeditando-o consoante orientação daquele órgão fiscalizador ou, recorrendo da decisão indeferitória, registra o ato, remetendo o expediente "ad referendum" da Assembléia Legislativa.

As conclusões acima relatadas receberam, Senhor Governador, minha inteira aprovação, e bem assim, dos membros integrantes do Conselho Superior desta Casa, onde dito pronunciamento foi relatado em sessão realizada a 18 de julho de 1984.

Por tal motivo, cabe-me agora remetê-lo à sua superior apreciação, no momento em que renovo a Vossa Excelência meus elevados protestos de estima e consideração.

NEY SÁ
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

A Sua Excelência o Senhor Doutor JAIR SOARES
DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul
PALÁCIO PIRATINI

DECISÕES DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

MERCEDES DE MORAES RODRIGUES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5738

Definitividade das decisões do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais:

Inviável a reapreciação, pela Administração, de matéria decidida pelo Tribunal em derradeira instância administrativa, de acordo com a Lei nº 6.537, de 27 de fevereiro de 1973.

De ordem do Senhor Governador do Estado, vem a esta Procuradoria-Geral expediente em que a FUNDAÇÃO HABITACIONAL DO EXÉRCITO — FHE, com sede em Brasília — DF, através do Of. nº 010-FHE/VIPRE, de 20 de fevereiro de 1984, requer àquela autoridade, RESTITUIÇÃO DE IMPOSTO, no caso, o Imposto de Transmissão sobre a Propriedade Imobiliária — ITBI, por ela recolhido à alíquota normal de 4% sobre o valor de imóvel que adquiriu em 11 de fevereiro de 1983. O fundamento do pleito é o de que a operação, por vincular-se ao Sistema Financeiro da Habitação, sujeita estaria tão-somente à alíquota reduzida de 0,5%, conforme o artigo 23, § 2º da Constituição Federal e Resolução nº 99/81, do Senado Federal.

Antes do pedido dirigido ao Chefe do Poder Executivo, a requerente pleiteara, com o mesmo fito, ao Senhor Secretário da Fazenda (fls. 2-3), sendo o expediente processado na forma da Lei nº 6.537, de 27 de fevereiro de 1973, que regula o "Procedimento Tributário Administrativo", tendo havido decisão de 1º grau, proferida em 13 de maio de 1983 por julgador da Coordenadoria-Geral de Arrecadação (fls. 23), decisão de 2º grau, por maioria, em 31 de agosto de 1983, pelo Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, em apreciação de recurso voluntário (fls. 47-52). Inconformada com a decisão do Tribunal, a requerente ingressou com pedido sucessivo de reconsideração ao TARF e de Recurso extraordinário ao Secretário da Fazenda (fls. 52-3).

Não conhecidos os recursos em decisão unânime do TARF, por não apresentarem os pressupostos legais de sua impetração (fls. 77-9), foi a interessada cientificada, em 24 de janeiro do fluente ano. Após essa decisão, ingressou com pedido ao Governador, ora sob análise.

É o relatório.

A petição submetida ao Senhor Governador do Estado visa a consubstanciar um recurso hierárquico impróprio, eis que extrapola o âmbito da Secretaria da Fazenda, órgão pelo qual tramitou o regular procedimento tributário administrativo.

Ora, o recurso hierárquico impróprio dado seu caráter excepcional como se sabe, e vale citar HELY MEIRELLES "só é admissível quando estabelecido por norma legal que indique as condições de sua utilização a autoridade ou órgão incumbido do julgamento e os casos em que tem cabimento" ("Administração Pública e seus Controles", in RDP Jan/mar 1973, p. 32/38).

Na espécie, é inencontrável na legislação estadual que regula o procedimento tributário administrativo, Lei nº 6.537, de 27 de fevereiro de 1973, a previsão em tela. Poder-se-ia objetar com argumento da revisibilidade dos atos administrativos, submetidas que são, em princípio, ao controle hierárquico as diferentes escalas de decisão dos órgãos e agentes que integram a Administração. Essa regra, todavia, encontra limites.

O processo tributário administrativo é regulado, exaustiva e completamente, pela já referida Lei nº 6.537/73, e antes, o era pela Lei nº 5.443, de 23 de janeiro de 1967.

De acordo com o artigo 65 daquele Estatuto

"São definitivas, na esfera administrativa, as decisões:

1 — de primeira instância, quando expirar o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto;

II — de segunda instância, de que não caiba recurso, com a intimação do sujeito passivo, ou, se cabível, quando se esgotar o prazo para o recurso próprio sem que este tenha sido interposto;

III — em recurso extraordinário, com a intimação do sujeito passivo."

Assim, e ainda de acordo com a Lei estadual sobre Procedimento Tributário Administrativo, a decisão proferida pelo Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, no recurso de reconsideração de vez que o fora por unanimidade, não ensejava apelo, pois conforme dispõem os arts. 60 e 63 da Lei n° 6.537/73, os dois recursos previstos contra as decisões do Tribunal e que são o pedido de reconsideração e o recurso extraordinário, somente se ensejam se o acórdão não tiver sido unânime.

Vedado novo recurso, e dispondo a lei ser definitiva na esfera administrativa a decisão, há óbice legal à renovação de instância, no âmbito da Administração, abrindo-se apenas oportunidade à revisão judicial, assegurada no artigo 153, § 4º, da Constituição. Nesse sentido, manifesta-se copiosa doutrina, que se ilustra pela seguinte passagem, da lavra do prof. RUBENS GOMES DE SOUZA:

"As decisões administrativas, quer singulares, quer emanadas de órgãos coletivos de julgamento, não fazem coisa julgada que possa ser oposta ao Poder Judiciário, em virtude de a competência constitucional deste excluir a definitividade das instâncias administrativas. Dentro do próprio âmbito da Administração, entretanto, tais decisões, embora não se possa falar a seu respeito em coisa julgada, possuem um característico de permanência que se coaduna com o princípio de os atos administrativos em matéria tributária serem atos de administração regrada e não discricionária." ("A Coisa Julgada no Direito Tributário", in Rev. Dir. Adm. n° 5, julho 76, p. 48-76 — grifos nossos).

Precisamente em razão do caráter vinculado e obrigatório do ato administrativo do lançamento, destacado no Código Tributário Nacional, (Lei 5.172/66, art. 142, p. único) determina-se a regulamentação formal do processo de verificação e apreciação de créditos tributários, com a imodificabilidade das decisões fora das hipóteses recursais previstas legalmente.

De conseqüência, a competência usual do Chefe do Poder Executivo de rever os atos administrativos, contida no "princípio da unidade administrativa" sofre contraste na matéria, pela previsão de processo típico e organicamente regulado em lei estadual que, nesse passo, observa sistemática semelhante à do Fisco Federal (Decreto n° 70.235, de 6 de março de 1972).

De todo o exposto, concludo em abono ao pronunciamento do Senhor Secretário de Estado da Fazenda (fls. 50) que, exauridos os recursos previstos na Lei n° 6.537, de 27 de fevereiro de 1973, descabe ao chefe do Poder Executivo a reapreciação da matéria, que poderá, todavia, ao ensejo de providência judicial, sofrer revisão, de conformidade com o art. 153, § 4º da Constituição.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 10 de julho de 1984.

Of. Gab. 767/84

Porto Alegre, 10 de julho de 1984.

SENHOR GOVERNADOR:

Examina-se neste expediente pedido de restituição do imposto, no caso o Imposto de Transmissão sobre Propriedade Imobiliária — ITBI, encaminhado pela Fundação Habitacional do Exército — FHE, com sede em Brasília — DF.

Antes do pedido dirigido ao Chefe do Poder Executivo, a requerente pleiteou, com o mesmo fito, ao Senhor Secretário da Fazenda, tendo havido decisão de 1º grau por Julgador da Coordenadoria-Geral de Arrecadação, e decisão do 2º grau por maioria, pelo Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, em apreciação de recurso voluntário.

Inconformada com a decisão do Tribunal, a requerente ingressou com pedido sucessivo de reconsideração ao Tribunal Administrativo de Recursos Humanos — TAREF e de recurso extraordinário ao Secretário da Fazenda.

Não conhecidos os recursos em decisão unânime do TAREF, por não apresentarem os pressupostos legais de sua impetração, a interessada ingressou com o pedido ora sob análise.

A petição dirigida ao Senhor Governador do Estado visa a consubstanciar um recurso hierárquico impróprio, eis que extrapola o âmbito da Secretaria da Fazenda, órgão pelo qual tramitou o regular procedimento tributário administrativo.

Na espécie, é inencontrável na legislação estadual que regula o procedimento tributário administrativo — Lei n° 6.537/73 — a previsão em tela.

Assim, e ainda de acordo com a Lei estadual sobre procedimento tributário administrativo, a decisão proferida pelo Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, no recurso de reconsideração, de vez que o fora por unanimidade, não ensejava apelo, pois conforme dispõem os artigos 60 e 63 da Lei n° 6.537/73, os dois recursos previstos contra as decisões do Tribunal, e que são o pedido de reconsideração e o recurso extraordinário, somente se ensejam se o acórdão não tiver sido unânime.

Em conseqüência, a competência usual do Chefe do Poder Executivo de rever os atos administrativos, contida no "princípio da unidade administrativa", sofre contraste na matéria, pela previsão de processo típico e organicamente regulado em lei estadual que, nesse passo, observa sistemática semelhante à do Fisco Federal — Decreto n° 70.235, de 6 de março de 1972.

Com essas considerações acolho as conclusões do Parecer n° 5.738 incluso, entendendo, em abono ao pronunciamento do Senhor Secretário de Estado da Fazenda, que, examinados os recursos previstos na Lei n° 6.537/73, descabe ao Chefe do Poder Executivo a reapreciação da matéria que poderá, todavia, ao ensejo de providência judicial, sofrer revisão, de conformidade com o artigo 153, § 4º, da Constituição Federal.

Ao submeter a matéria à consideração de Vossa Excelência, renovo-lhe meus protestos de elevada estima e consideração

NEY SÁ
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

A Sua Excelência o Senhor Doutor JAIR SOARES
DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul
PALÁCIO PIRATINI

FÉRIAS DE SERVIDOR REGIDO PELO DIREITO DO TRABALHO

ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.624

FÉRIAS de empregado trabalhista.
Época de gozo e faculdade de fixação pelo empregador (artigos 134/137 da CLT).

Através da Secretaria da Saúde e do Meio Ambiente, veio ter a este Órgão Consultivo expediente oriundo do HOSPITAL PSIQUIÁTRICO SÃO PEDRO, onde se indaga a respeito do procedimento a ser adotado na hipótese de empregado trabalhista negar-se a gozar suas férias dentro do período concessivo a que alude o artigo 134 da CLT.

Acontece que o servidor B. G., daquele estabelecimento hospitalar, em relação ao período aquisitivo de 17 de fevereiro de 1982 a 16 de fevereiro de 1983, pretendia gozar suas férias durante a integralidade do mês de fevereiro de 1984, ultrapassando, deste modo, o período concessivo antes aludido. Apesar de tomar conhecimento da decisão da Direção do Hospital no sentido do cumprimento cabal do artigo 134 da CLT, o servidor negou-se a apor seu "ciente" à ordem emanada e requereu reconsideração.

É o relatório.

2. Prefacialmente, cumpre referir que, em contato telefônico mantido com a Direção da entidade consulente, foi-nos informado que o servidor interessado havia entrado em gozo de suas férias conforme determinara a empregadora, ou seja, de molde a que iniciassem e findssem dentro do período legal.

Permanece, todavia, o interesse de saber que medidas devam ser adotadas, no futuro, para casos semelhantes.

3. Perante a legislação trabalhista, as férias anuais remuneradas dos empregados possuem dupla natureza jurídica.

De um lado, para o empregador, uma obrigação de fazer e outra de dar. Vale dizer, a de consentir no afastamento do empregado durante o período mínimo fixado na lei e a de pagar-lhe o salário equivalente aos dias de férias. Possui em contrapartida a empresa o direito de exigir que o empregado goze suas férias dentro do período fixado, obedecidos os limites legais, a fim de que, após o descanso, volte em renovadas condições para o trabalho.

Para o empregado, de outro lado, há o direito de exigir o cumprimento daquelas obrigações por parte do empregador e a obrigação de entrar em gozo de férias durante o período fixado pelo patrão, além de ter que abster-se de trabalhar durante as mesmas (cfe. ORLANDO GOMES e EDSON GOTTSSCHALK, in *Curso de Direito do Trabalho*, 6ª ed. atualizada, 1975, Forense, vol. I; CESARINO JUNIOR in *Direito Social Brasileiro*, 6ª ed., Saraiva, SP, 1970, vol. II, p. 317; WAGNER D. GIGLIO, in *Férias e Descansos Remunerados*, LTR, SP, 1978, p. 148).

4. Dentro do período denominado "concessivo" ou "de fruição", que corresponde aos doze meses subseqüentes à data em que o empregado houver adquirido o direito às férias (que, por sua vez, guarda relação com o período de doze meses de vigência do contrato de trabalho, artigo 130 da CLT), o empregador é livre para fixar a época de gozo. Não possuem os empregados, em consequência, qualquer direito de estabelecer a época de suas férias. Os interesses a serem auscultados serão os da empresa e não os dos empregados.

No entanto, para que o empregador use da sua prerrogativa legal, mister é aja temporaneamente (sob pena de perder o direito de fixação, artigo 137, § 1º, da CLT e, também, torne efetiva a medida (artigo 135 da CLT). Isto é:

1º — deve dar aviso de férias, por escrito, com antecedência de, no mínimo, 10 (dez) dias;

2º — exigir que o empregado dê recibo dessa comunicação. Se este se negar, deve o empregador fazer com que duas testemunhas presenciem o fato, que pode caracterizar, inclusive, falta grave, consoante tem decidido a Justiça Especializada, *verbis*:

"O empregado se recusou a assinar o aviso de férias e, após ter sido considerado em gozo das mesmas, teimou em permanecer em serviço, forçando inclusive, a intervenção policial. Praticou falta grave, pelo que impecede o pedido inicial." (Ac. TRT, 1ª Região, Proc. 3.053/67, proferido em 23 de janeiro de 1968, apud JOSÉ LUIZ FERREIRA PRUNES, *Férias*, Sugestões Literárias S/A, SP, 1ª Edição, 1978, p. 75).

"Trabalhador que se recusa a entrar em férias na data designada pelo empregador e declara que as gozará na época de sua preferência, comete falta grave." (Ac. 1ª Turma do TRT, Proc. 364/71, de 23 de junho de 1971, Relator Ministro LIMA TEIXEIRA, in *Leis do Trabalho e Jurisprudência*, vol. III, p. 292);

3º — exigir a entrega da Carteira do Trabalho e Previdência Social para o Registro da concessão das férias; e

4º — lançar no livro ou ficha de registro do empregado na empresa a respectiva anotação relativa a férias.

Encontrando resistência no empregado para efetivação dessas providências, deve o empregador tomar medidas mais drásticas, quais sejam a retirada do cartão-ponto, se houver, ou mesmo impedir que o inobediente ingresse do recinto de trabalho para exercício de suas atividades.

5. Tais medidas se fazem necessárias a fim de que a empresa não corra o risco de cair nas sanções aludidas no artigo 137 da CLT, ou sejam, pagamento em dobro do salário e multa para as férias concedidas após o período legalmente fixado como de fruição.

Apesar de haver um ou outro pronunciamento isentando o empregador do pagamento dobrado, se o repouso anual foi usufruído (conforme Acórdão da 1ª Turma do TST, nº 1.052/74, publicado no D.J.U. de 4 de setembro de 1974; Acórdão TRT, 4ª Região, 2ª Turma, Processo nº 812/72, Ementário de Jurisprudência do TRT, 4ª Região, nº 7/114), a jurisprudência majoritária firmou-se em sentido contrário, vale dizer, as férias devem ser gozadas, mesmo a destempe, sem prejuízo de sua remuneração em dobro (Acórdão TST Pleno, nº 1.094/74, publicado no D.J.U. de 22 de outubro de 1974, Relator Ministro ORLANDO COUTINHO; Acórdão 3ª Turma do TST 2.083/73, publicado no D.J.U. de 27 de fevereiro de 1974, Relator Ministro BARRA E SILVA; Acórdão 2ª Turma do TST nº 879/74, publicado no D.J.U. de 13 de agosto de 1974, Relator Ministro ORLANDO COUTINHO).

Mesmo que as férias iniciem dentro do prazo mas se estendam para além, a Justiça do Trabalho tem entendido que os dias excedentes devem ser remunerados de forma dobrada (TRT, 4ª Região, Processo 1.611/72, 2ª Turma, em 21 de setembro de 1972, apud JOSÉ LUIZ FERREIRA PRUNES, *Férias*, Sugestões Literárias S/A, SP, 1ª ed., 1978, p. 88/89).

As decisões trabalhistas, em sua maioria, vão mais adiante. Entendem que mesmo com a *concordância* do empregado, as férias gozadas fora do prazo justificam a remuneração dobrada, em caráter indenizatório (TRT, 4ª Região, Processo 4.198/75, 1ª Turma, em 20 de janeiro de 1976, apud JOSÉ LUIZ FERREIRA PRUNES, ob. cit., p. 93).

6. Dentro deste contexto é que o parecer, EM CONCLUSÃO, opina no sentido de que o HOSPITAL PSIQUIÁTRICO SÃO PEDRO, para os casos semelhantes ao referido neste expediente, adote as medidas efetivas antes alvitadas no sentido de fazer com que o empregado entre em gozo de suas férias dentro do período fixado no artigo 134 da CLT, ainda que este com o contrário expressamente concorde, sob pena de o empregador correr o risco de perder o direito à fixação das férias, pagar a remuneração em dobro e ter que satisfazer a multa pelo atraso na concessão do descanso anual.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 22 de março de 1984.

SENHOR GOVERNADOR:

O HOSPITAL PSIQUIÁTRICO SÃO PEDRO, através da Secretaria da Saúde e do Meio Ambiente, formula consulta a respeito do procedimento a ser adotado na hipótese de emprego do trabalhador negar-se a gozar suas férias dentro do período concessivo a que alude o artigo 134 da CLT.

Tendo em vista a legislação pertinente e, ainda, a jurisprudência trabalhista sobre a matéria, a orientação desta Procuradoria-Geral, consubstanciada no Parecer nº 5.624 da Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos de Pessoal é no sentido de que sejam adotadas as medidas efetivas e até drásticas, se necessário, no sentido de fazer com que o empregado entre em gozo de suas férias dentro do período fixado no artigo 134 da CLT, sob pena do empregador correr o risco de perder o direito à fixação das férias, pagar a remuneração em dobro e ter que satisfazer a multa pelo atraso na concessão do descanso anual.

A conclusão do parecer tem a minha aprovação e submeto-a à apreciação de Vossa Excelência, oportunidade em que lhe reitero protestos de elevada estima e consideração.

NEY SÁ
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

A Sua Excelência o Senhor Doutor Jair Soares
DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul
PALÁCIO PIRATINI

RECURSOS EM CONCURSOS PÚBLICOS

ELAINE DE ALBUQUERQUE PETRY
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5784

CONCURSOS PÚBLICOS (PROVAS DE HABILITAÇÃO).
RECURSO HIERÁRQUICO DIRIGIDO AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO: INADMISSIBILIDADE.

Regulamento dos Concursos Públicos e Provas de Habilitação.

A deliberação governamental somente é admitida no uso de faculdade própria, atinente à legitimidade dos atos e decisões das autoridades inferiores.

Retorna a esta Procuradoria-Geral do Estado a questão relativa à admissibilidade de recurso hierárquico dirigido ao titular do Poder Executivo manifestado por concorrentes a concursos públicos e provas de habilitação.

2. A indagação provém originalmente da regulamentação introduzida pelo Decreto nº 23.443, de 04 de novembro de 1974, que sofreu alterações inseridas pelos Decretos nºs 24.651, de 17 de junho de 1976, 25.885, de 19 de agosto de 1977 e 29.624, de 15 de maio de 1980.

Ocorre que a disciplina trazida pelo Decreto nº 23.443, de 04 de novembro de 1974, e seus diplomas complementares e modificativos, revogou toda anterior sistematização da matéria constante do Regulamento dos Concursos Públicos e Provas de Habilitação, baixado com o Decreto nº 16.411, de 8 de janeiro de 1964, especialmente a sua Seção IV — "Do Recurso Hierárquico", que previa:

"Art. 98 — Do despacho do Secretário da Administração, que não atender, total ou parcialmente, o pedido de reconsideração previsto na Seção anterior, caberá recurso hierárquico ao Governador do Estado."

"Art. 104 — Da decisão proferida, em grau de recurso hierárquico, não cabe pedido de reconsideração."

"Art. 105 — O despacho do Governador do Estado, no presente recurso, decidindo o mérito da postulação, deverá ser publicado, no Diário Oficial do Estado, tendo eficácia terminativa da instância administrativa a respeito do pedido."

Convém salientar, como aliás advém da leitura dos dispositivos que, na regulamentação baixada pelo Decreto nº 16.411, de 8 de janeiro de 1964, além da reclamação administrativa cabível, quando da verificação de irregularidades no processamento dos certames (artigo 106), do resultado final das provas ou parte referente a qualquer prova, inclusive títulos, cabiam os recursos de revisão de provas ou de títulos e de reconsideração, além, evidentemente, do hierárquico, cada qual na dependência da satisfação de pressupostos específicos.

Todas essas modalidades postulatórias de natureza hierárquica ascensional, até a Chefia do Poder Executivo, sempre tiveram por escopo o resguardo da livre acessibilidade aos cargos públicos, da igualdade de todos perante a lei e, fundamentalmente, o zelo pela moralidade administrativa.

Evidentemente, na prática, ademais do efeito procrastinatório da decisão final dos competidores públicos, a admissibilidade da gradação postulatória tumultuou o procedimento e passou a ser visto com extrema reserva.

3. A falta de correspondência entre a finalidade subjacente no Decreto nº 16.411, de 1964, e as situações provenientes de sua aplicabilidade, motivaram o administrador público a aprovar novo regulamento para os concursos públicos e provas de habilitação, que acompanhou o Decreto nº 23.443, de 1974.

Neste Diploma, bem como nos que o complementam ou alteram, o titular do Poder Executivo simplificou a instância administrativa para esta matéria peculiar — os concursos e provas — sob o título genérico — “RECURSOS”, regulando-a em nove artigos 27 a 35 :

Art. 28 — Após a divulgação, no Diário Oficial, das notas das provas e/ou dos títulos, e no prazo de, no mínimo três dias úteis, poderá o candidato requerer, ao Secretário de Estado da Administração, revisão das mesmas, no todo ou em parte, mas apenas quanto ao conteúdo das provas e/ou dos títulos (Decreto n.º 24.651/76).

Parágrafo único — Na fluência do prazo a que se refere o presente artigo é assegurada aos candidatos vista dos títulos e das provas, próprias e dos concorrentes, bem como das provas-padrões se houver, e dos critérios de avaliação (Decreto n.º 24.651).

Art. 31 — Do despacho do Secretário de Estado da Administração que não conceder, parcial ou totalmente, a alteração de nota, grau ou pontos pleiteados na revisão de provas ou títulos, caberá um único recurso de reconsideração.

Parágrafo único — O prazo para esse recurso, que será de, no mínimo, três dias úteis, será fixado no edital que contiver o despacho e contado a partir da data de sua publicação no Diário Oficial (Decreto n.º 24.651).

Art. 32 — A reconsideração será dirigida ao Secretário de Estado da Administração mediante a apresentação de petição, onde se contenham os pontos e fundamentos da impugnação ao despacho recorrido ou aos pareceres em que se baseou.

Art. 33 — O Secretário de Estado de Administração manterá ou reformará, total ou parcialmente, a decisão recorrida, motivando, em qualquer hipótese, sua decisão final, cuja conclusão será publicada no Diário Oficial do Estado (Decreto n.º 24.651).

Art. 35 — O examinador ou a Comissão Examinadora, depois de conhecer as razões apresentadas pelo recorrente, fará a revisão geral ou parcial da prova ou dos títulos e emitirá parecer fundamentado, só podendo propor a alteração da nota atribuída, anteriormente, se ficar evidenciado que houve erro de fato na correção ou na aplicação do critério de julgamento da prova ou títulos, ou falha concepção do próprio critério de julgamento.

§ 1.º — Se tiverem de ser anuladas questões ou provas, em face de pedido de revisão, recurso de reconsideração ou reclamação, o Secretário de Estado da Administração providenciará: (...) Decreto n.º 25.885, de 19 de agosto de 1977.

A inconformidade dos pretendentes a cargo público pode ser expressa, portanto, através: a) do recurso interposto do despacho que deixar de homologar inscrição de candidatos e cuja decisão é irrecorrível (artigo 27); b) da reclamação contra irregularidades verificadas no processamento do concurso (artigo 34); c) da revisão de provas encaminhada ao Secretário de Estado da Administração para deliberação das comissões examinadoras (artigos 28, 29, 30 e 35) e d) do recurso de reconsideração, único, dirigido ao Secretário de Estado da Administração, cuja decisão será final e publicada no Diário Oficial do Estado (artigos 31, 32 e 33).

A acima mencionada é a atual disciplina relativa à instância administrativa peculiar aos concursos públicos, e que, dependendo do caso, admite apreciação unipessoal, v.g. nas reclamações pertinentes a hipóteses de irregularidades, ou nos despachos indeferitórios de inscrição e concursos, ou apreciação sujeita a mais de um grau hierárquico de deliberação, como nas alternativas em que caiba a manifestação da Banca Examinadora, referendada ou não pelo Secretário de Estado da Administração, e caiba outra interpelação desta autoridade através do recurso de reconsideração.

A decisão, pois, prolatada pela autoridade competente para conhecer e decidir do recurso de reconsideração, dentro do sistema legal introduzido pelo Decreto n.º 23.443, de 4 de novembro de 1974, com suas alterações, é final, terminativa da instância administrativa, dela não cabendo, à falta de previsão legal, qualquer manifestação recursal, quer dirigida à mesma autoridade, quer dirigida a outra autoridade.

Este, pois é o atual fundamento positivo do direito de recurso no âmbito do tema proposto: os concursos públicos, em sentido amplo, abrangendo tanto os concursos na acepção própria, quanto às provas de habilitação e correspondentemente às provas de seleção competitivas para admissão a estágio de preparação e a curso de treinamento específico.

Outrossim, merece consideração o aspecto de que o regulamento, no caso, do direito de peticionar foi editado pelo Poder Executivo estadual dentro de seus poderes constitucionais próprios e exclusivos, integrantes da zona de “reserva da Administração: a direção da administração estadual”. Tais regulamentos “não dependem de lei alguma, já que encontram a sua origem positiva na própria Constituição, por referir-se a matérias atribuídas por esta ao órgão Executivo do Governo: trata-se dos regulamentos autônomos, independentes ou constitucionais” (MARIENHOFF, MIGUEL S. “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo-Perrot, 1965, Tomo I, p. 659).

A evidência, na hipótese proposta nos autos, o titular do Poder Executivo, muito embora detenha — em tese — a mais elevada titulação hierárquica da Administração estadual, despojou-se por ato próprio (decreto) da competência, antes co-natural ao cargo que exerce, de participar da instância hierárquica nos assuntos pertinentes a concursos públicos. Atribuiu-a, como visto, com caráter de exclusividade às comissões examinadoras e ao Secretário de Estado da Administração.

Outorgou, nos limites do Decreto n.º 23.443, a definitividade do julgamento ao seu inferior hierárquico, abrindo mão de uma reserva de competência que lhe poderia estar ainda afeta, tal fosse regulado na legislação pertinente.

Considerando, de uma parte, que a Administração Estadual regulou exaustivamente as modalidades de apelo no trato da matéria — concursos públicos, limitando a instância hierárquica ao segundo grau — o Secretário de Estado da Administração — e considerando, de outra parte, as noções de igualdade jurídica dos candidatos, o direito de peticionar (em tese) e as noções de hierarquia que presidem as relações entre os órgãos e autoridades públicas, é ainda viável a indagação quanto ao cabimento do recurso hierárquico sem previsão normativa expressa, ou seja, se está o Governador do Estado obrigado a receber os recursos de candidatos participantes de concursos públicos.

Pela afirmativa inclinou-se o Parecer n.º 4.788 desta Procuradoria-Geral do Estado, emitido pelo Procurador do Estado doutora ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS (Revista da PGE, 1982, v. 12, n.º 32, p. 117-20).

Primeiramente, vale mencionar que os “regulamentos que o Poder Executivo emite instituindo recursos administrativos, entre eles o hierárquico integram o bloco da legalidade, e obrigam não apenas os administrados, senão também a Administração, a cuja atividade jurídica servem de limite” (MARIENHOFF, MIGUEL S., op. cit., p. 660).

Considerando o Decreto n.º 23.443, de 1974, como um regulamento autônomo, de observância obrigatória, dir-se-á, de plano, que o recurso hierárquico ao titular do Poder Executivo revela-se desde logo inviável, à falta de previsão normativa e dentro da limitação da instância hierárquica estabelecida pela autoridade administrativa competente.

6. Existe, entretanto, corrente doutrinária manifestando que os recursos hierárquicos pela natureza mesmo da relação, podem ser interpostos sucessivamente, na escalada graduatória ascensional, até o titular da mais elevada hierarquia do Poder Público.

7. Existe também expressiva corrente doutrinária aduzindo que o recurso ao Chefe do Executivo participa da natureza dos “hierárquicos impróprios” a qual se filia HELY LOPES MEIRELLES respaldado em lição de GUIDO ZANOBINI:

“Recurso Hierárquico próprio é o que a parte dirige à autoridade ou instância superior do mesmo órgão administrativo, pleiteando revisão do ato recorrido. Este recurso é consectário da hierarquia e da graduação de jurisdição que se estabelece normalmente entre autoridades e entre uma instância administrativa e sua imediata, por isso mesmo, pode ser interposto ainda que nenhuma norma o institua expressamente, porque, como já se disse, o nosso ordenamento jurídico-constitucional não admite decisões únicas e irrecorríveis.

Recurso Hierárquico impróprio é o que a parte dirige a autoridade ou órgão estranho à repartição que expediu o ato recorrido, mas com competência julgadora expressa, como ocorre com os tribunais administrativos e com os Chefes do Executivo federal, estadual e municipal. Este recurso só é admissível quando estabelecido por norma legal que indique as condições de sua utilização, a autoridade ou órgão incumbido de julgamento e os casos em que tem cabimento. Isto porque, como salienta ZANOBINI: "il ricorso gerarchico improprio è di applicazione eccezionale e può farsi solo nei casi in cui una norma espressamente lo ammette". ("Direito Administrativo Brasileiro", 1983, Revista dos Tribunais, p. 565).

Tomando-se por base tal noção doutrinária quanto ao caso sob exame, reconhece-se que a instância recursal ordinária, isto é, aquela que respeita ao "recurso hierárquico próprio" exaure-se no julgamento final prolatado pelo Secretário de Estado da Administração, no pedido de reconsideração, recurso este que representa o segundo grau hierárquico, em relação ao pedido de revisão de provas, julgado pela Banca Examinadora, e que representa o primeiro grau.

Com efeito.

As bancas examinadoras — ensina D'ALESSIO — "são verdadeiros e próprios órgãos colegiados da administração ativa, às quais, pelo direito objetivo ou, livremente, pela própria Administração, é atribuída a competência de avaliar a capacidade relativa dos vários aspirantes a um determinado emprego público. Seus pronunciamentos não têm, por isso, o caráter de simples proposta ou parecer, mas a natureza e a eficácia de verdadeiros e próprios provimentos administrativos (JUSTINO VASCONCELOS, "Legislação Aplicável à Função Pública", 1952, Sulina, p. 105 — grifei).

São, pois, os membros de comissões examinadoras, nessa qualidade, prestadores de serviços públicos honorários, ou seja, prestadores de trabalho público, embora a ocasionalidade da prestação e a variabilidade da sua remuneração.

De qualquer sorte, os atos "da comissão examinadora, por si, não são impugnáveis, não pode a Administração julgar do mérito do juízo da avaliação por ela expresso; pode, no entanto, sindicá-lhe a legitimidade e decidir sobre as eventuais reclamações contra ela apresentadas", diz LENTINI (citação de JUSTINO VASCONCELOS, op. cit., p. 106).

É princípio igualmente fora de controvérsia — corrobora D'ALESSIO — o de que "os juízos das comissões chamadas a decidir os concursos são insindicações, quanto ao mérito, e o juiz da legitimidade pode apenas verificá-los, se adequadamente e não contraditoriamente, motivados" (op. cit., p. 106).

Outrossim, como pondera GUIDO ZANOBINI, "respeita ao Ministro aceitar e reconhecer a regularidade do procedimento do concurso e decidir sobre suas eventuais contestações no que diz respeito à formação da classificação. Esta última é aprovada por decreto ministerial e publicada no boletim oficial do Ministério, com anúncio no Diário Oficial. O juízo de tal autoridade é limitado apenas à legitimidade: seria contrário aos fins da objetividade, que são próprios aos procedimentos dos concursos, e ao caráter exclusivamente técnico das funções das comissões julgadoras, realizar um controle de mérito da administração sobre os trabalhos destas" ("Curso de Direito Administrativo", 1958, Dott. A. Giuffrè, v. III, p. 289 — traduzi).

Para que fosse admissível o "recurso hierárquico impróprio" — sempre no tocante a concursos —, ainda baseado na transcrita lição de HELY LOPES MEIRELLES, seria necessária a preexistência de norma legal específica determinando os seus pressupostos, ocorrente na anterior sistemática do Decreto nº 16.411, de 1964.

Como referi precedentemente, o ensinamento do Professor MEIRELLES repousa na doutrina de GUIDO ZANOBINI, quando ensina que ao lado do conceito de recurso hierárquico em sentido próprio, um outro se coloca, dito comumente "recurso hierárquico impróprio", relativo aos atos das autoridades não ordenadas hierarquicamente. Na prática, entre os dois recursos existe esta diferença: o recurso hierárquico próprio é de aplicação geral, pode sempre ser interposto, a não ser que seja excluído por disposição particular; o recurso hierárquico impróprio é de aplicação excepcional e pode ser interposto somente no caso em que uma norma expressamente o admita" ("Curso de Direito Administrativo", 1958, Dott. A. Giuffrè Editores, vol. II, p. 81 — traduzi).

Esta modalidade especial de recurso administrativo ao Governo, nas palavras do mestre da

Universidade de Roma, tem as mesmas características e os mesmos efeitos do recurso hierárquico, embora venha designado pela doutrina como recurso hierárquico impróprio". E sublinha: "tal recurso, de qualquer modo, é excepcional e não pode ser admitido senão nos casos expressamente determinados pela lei" (op. cit., p. 97 e 98).

Na espécie, exaurida a instância administrativa na decisão final prolatada pelo Secretário de Estado da Administração, nos recursos de reconsideração o cabimento de recurso hierárquico ao Governador do Estado, como instância recursal estabelecida fora da linha hierárquica — na matéria processamento dos concursos — somente seria cabível se a atual legislação pertinente, seja, o Decreto nº 23.443, com suas alterações e complementações, expressamente o ditasse — circunstância que, repita-se, não ocorre. Ao revés, o regramento dos concursos públicos e provas de habilitação confrontado com a anterior normação pertinente à matéria, excluíam a regulamentação do recurso hierárquico ao Chefe do Poder Executivo estadual. A luz dos ensinamentos doutrinários transcritos significa que tal modalidade de apelo excepcional não subsistiu na vigorante legislação, descabendo a sua interposição, destarte.

8. Dir-se-á que, quando se trata de certame cujo pressuposto é a detenção anterior da qualificação jurídica de funcionário público em sentido estrito, como v.g., nas provas de habilitação a que alude o parágrafo único do artigo 12 da Lei nº 7.357, de 8 de fevereiro de 1980, o direito a "requerer ou representar, pedir reconsideração e recorrer", enfim, a instância administrativa recursal se regeria pelos artigos 197 a 200 da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, que dão disciplina legal ao direito de petição do funcionário.

Primariamente, todavia, importa ponderar que, em se tratando de provas de habilitação, o Poder Público estadual editou regras próprias, esgotando a matéria no Decreto nº 23.443, de 1974, com suas alterações. Esta auto-regulação, promovida pela Administração, mesmo que mediante decreto, como, aliás, mediante decreto anteriormente se regulava, é excludente de toda outra que diversamente possa dispor. Seja, na questão de concursos públicos o direito de petição aos candidatos, pouco importando a sua qualidade de funcionários ou não, começa e termina nas determinantes do Decreto nº 23.443, de 1974, vigente com alterações e complementações.

Com tal interpretação, aliás, estará assegurada a igualdade jurídica de tratamento entre todos os pretendentes a cargos públicos, sejam funcionários ou pessoas estranhas ao serviço público, cabendo, em qualquer circunstância, nos concursos ou em provas internas, os mesmos recursos: revisão de provas à Comissão Examinadora e recurso de reconsideração ao Secretário de Estado da Administração.

Interessa manifestar, outrossim, que a orientação adotada pela legislação ora vigente, o Decreto nº 23.443, e suas alterações, em nada contradiz às disposições estatutárias regentes do direito de petição assegurado ao funcionário público (artigos 197 a 200 da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952).

Com efeito, o Estatuto meramente prevê que a instância administrativa obedece a uma escala hierárquica ascensional, admitindo recurso "dirigido à autoridade a que estiver subordinada aquela que tenha expedido o ato ou proferido a decisão e, sucessivamente, na escala ascendente, às demais autoridades" (artigo 197, item VII), coadunando-se perfeitamente com as prescrições do Decreto nº 23.443.

Mesmo, porém, para argumentar, que não houvesse tal consonância, tomar-se-ia em consideração "que os recursos no procedimento administrativo — *verbi gracia* o recurso hierárquico — não requerem o estabelecimento por lei formal. Mas ainda a esses efeitos a lei formal é impropriedade, porque impropriedade é nesta matéria a intervenção do Poder Legislativo. Tais recursos devem ser instituídos pelo Poder Executivo, o qual se vale do instrumento jurídico a seu alcance: o decreto ou regulamento. A lei formal careceria de eficácia constitucional" (MARIENHOFF, MIGUEL S., op. cit., p. 661).

De outra parte, em nenhuma circunstância alude o Estatuto ao instituto do recurso hierárquico dirigido ao Governador do Estado, assim como em nenhuma regra está previsto que a escalada hierárquica engloba o titular do Poder Executivo.

O funcionário público, pois, na prática, poderá recorrer de atos e decisões administrativas, uma vez que é detentor do direito de petição, mas a extensão ou graus da instância administrativa dependerá, caso a caso, de eventuais provimentos especiais.

Nos casos de concursos públicos, sempre em sentido amplo, o candidato funcionário ou pessoa estranha ao serviço somente poderá exercer o seu direito de recurso dentro da instância regulamentada pelo Decreto nº 23.443.

9. Tem-se mencionado e repetido desde o início deste trabalho que no trato da matéria — concursos públicos — a instância administrativa se esgota na decisão final prolatada, pelo Secretário de Estado da Administração, nos recursos de reconsideração, por determinação regulamentar específica, seja por adotar-se o entendimento de que o regulamento é autônomo e representa uma autolimitação do titular do Poder Executivo aos graus e autoridades de menor hierarquia, seja por acolher-se o entendimento de que o titular do Poder Executivo encontra-se colocado fora da escala hierárquica ascensional recursal à falta de regulação do denominado "recurso hierárquico impróprio".

É de se cogitar, pois, como se traduz, concretamente, o exercício das funções de "controle hierárquico", ou o "princípio da responsabilidade" dentro das linhas de pensamento até aqui expressadas.

Sabe-se que dentre os princípios fundamentais do funcionamento da organização hierárquica encontra-se: "ao superior hierárquico incumbe suspender ou revogar os atos administrativos, praticados pelo subalterno, quando contrários ao direito, inconvenientes ou inoportunos" (CIRNE LIMA, RUY, "Princípios de Direito Administrativo", 1964, Sulina, p. 157). Essa noção exterioriza-se da seguinte forma:

"A devolução ao superior hierárquico do conhecimento do ato administrativo, praticado pelo subalterno, opera-se por intermédio do recurso hierárquico, ou da avocação. Ao inverso do recurso hierárquico que é iniciativa da parte ou do funcionário subalterno, a avocação é iniciativa do superior. A noção do recurso hierárquico corresponde o princípio de responsabilidade do subalterno perante o superior hierárquico pelo ato praticado. A noção de avocação, ao revés, corresponde ao princípio de responsabilidade do superior hierárquico perante o Estado, pelos atos do subordinado" (op. cit., p. 158).

Dentro desta concepção, tanto através do recurso hierárquico, quanto através do acionamento da faculdade revocatória do superior hierárquico, em relação dos atos e decisões de seus inferiores, se renderia ensejo à devolução do conhecimento da matéria à autoridade de maior hierarquia. O caso concreto, todavia, admitiria apenas o exercício da faculdade avocatória.

É de se ponderar, também, o entendimento de que, no caso proposto, descabe recurso hierárquico, quer no sentido próprio, quer no sentido impróprio, ao titular do Poder Executivo dentro da concepção doutrinária de HELY LOPES MEIRELLES e ZANOBINI. Deve-se entender, pelas mesmas razões jurídicas, que a definitividade do pronunciamento do Secretário de Estado da Administração — competência exclusiva do inferior — deixaria o superior desprovido da faculdade de praticar atos do tipo do ato (revogando) emanado pelo inferior.

JOSÉ ROBIN DE ANDRADE entende que o problema só pode ser resolvido no sentido de se "reconhecer poder revocatório ao superior em relação aos atos definitivos do inferior" ("A Revogação dos Actos Administrativos", 1969, Atlântica Editora, Coimbra, p. 287), da seguinte maneira:

"O poder revogatório do superior em relação aos actos definitivos do inferior assenta, não no mero desenvolvimento de uma competência dispositiva do superior, ou de um poder de emanar semelhante ao do inferior autor do acto, visto que a competência do inferior é exclusiva, mas sim na responsabilidade que o superior tem pela totalidade da função. Esta responsabilidade do superior assegura-lhe não só a faculdade de inspecção sobre os serviços mas também o poder de revogar todos os actos que forem contrários, quer à lei, quer aos interesses a cargo do serviço. Note-se que a superintendência do superior não lhe confere uma nova competência dispositiva. O superior pode apenas fazer cessar os efeitos dos actos de seus inferiores mas não pode emanar actos novos ou fazer acompanhar a revogação por nova regulamentação material (que modifica o conteúdo do acto revogado) pois isso equivaleria a exercer uma competência que é exclusiva do inferior. A revogação, pelo superior, dos actos definitivos do inferior nunca representa o

exercício, pelo superior, de competência idêntica à do inferior, mas antes uma fiscalização do exercício da competência do inferior por parte do superior." (op. cit., p. 288 — grifei).

Refletindo-se sobre as duas colocações, concebe-se que o Governador do Estado pode, mediante o exercício da faculdade avocatória, como detentor da mais elevada titulação hierárquica da Administração Estadual, embora não participe da relação hierárquica relativa a concursos públicos, reexaminar a decisão da autoridade menor, havendo indicações de que a mesma esteja eivada de vícios quanto à sua legitimidade.

É de se conceber, também, vista a hipótese sob a ótica meramente doutrinária, que é admissível para o Governador do Estado apenas a utilização de sua "faculdade de superintendência": não detém tal autoridade, pois, nova competência dispositiva para emitir julgamento diverso ao das autoridades inferiores no trato dos concursos públicos, ressalvando-se-lhe somente o poder de fazer cessar os efeitos dos atos ilegais, já que a concepção de "interesse do serviço" é estranha ao assunto em tela.

A sua atuação restringe-se, no uso da "faculdade de superintendência", a fazer cessar os atos manifestamente ilegais das comissões examinadoras dos concursos ou do Secretário de Estado da Administração, eis que, fazendo coro à lição de ZANOBINI, dado o caráter técnico das comissões examinadoras, é inadmissível o controle de mérito nos procedimentos de concursos.

Quer, pois, se visualize a espécie — o reexame governamental da legitimidade das decisões e atos relativos aos concursos públicos — como manifestação da "faculdade avocatória", quer como manifestação da "faculdade de superintendência", inegável é que, como julgador, o Chefe do Poder Executivo deve se ater "a um controle da legalidade, sem poder apreciar os méritos dos candidatos", como ensina MARCEL WALINE ("Précis de Droit Administratif", 1970, Éditions Montchrestien, v. II, p. 36).

10. Mereceria lembrança, demais disso, a prescrição constante do artigo 153, § 30, da Constituição da República de 1967, na redação vigente, ao prever: "é assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direito ou contra abuso de autoridade".

Discorrendo sobre o preceito, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO assegura que "o direito de petição é aquele pelo qual qualquer um faz valer junto à autoridade competente a defesa de seus direitos ou do interesse coletivo. Historicamente, o direito de petição teve grande importância antes de ser reestruturada a representação popular. Depois disto, e por consequência, hoje tem uma importância pequena. Sua função é mais psicológica do que efetiva" ("Comentários à Constituição Brasileira", Saraiva, 1983, p. 627 — grifei).

Aliás, o vazio do preceito constitucional é tratado ironicamente por OTTO MAYER, criticando lição de VON ROENNE:

"Da natureza do 'Rechtsstaat' se infere necessariamente que cada cidadão pode pedir, sem impedimentos ou prejuízos pessoais, o cumprimento de certos atos, e dirigir-se, em consequência, mediante solicitações e petições às autoridades competentes. Que fácil de satisfazer à este 'Rechtsstaat'! Não obstante muitas de nossas cartas constitucionais, que consagram expressamente o direito de recurso contra 'uma atuação contrária à lei e à boa ordem' (Saxonia, artigo 36; Württemberg, artigo 36; Oldenburg, artigo 47; Coburg Cotha, artigo 46), parecem entendê-lo com o mesmo sentido." ("Derecho Administrativo Alemán", 1982, Depalma, v. I, p. 207, nota 10 — traduzi).

Ressalta evidente que não é através do direito de petição a que alude a Carta Constitucional que se há de buscar uma via de acesso ao Chefe do Poder Executivo estadual, para obter reformulação de um ato ou decisão administrativa editada pelas autoridades competentes nos assuntos atinentes a concursos públicos.

O direito de petição, nesta matéria peculiar, se exerce em segundo grau até a competência do Secretário de Estado da Administração, como regulado no Decreto nº 23.443.

Esta regulação específica da matéria, aliás, faria cessar o direito em tese de peticionar aos poderes públicos, não regulamentado. Como assegura MARIENHOFF, fazendo a distinção entre o recurso hierárquico regrado e o recurso de mera apelação hierárquica, embora a mesma sede constitucional, "uma vez instituído o recurso hierárquico, o de mera apelação hierárquica

deixa de ter aplicação no âmbito de vigência daquele". Seria inconcebível que um determinado recurso que antes não era regrado e que agora o é possa "seguir tramitando indistintamente, de forma regradada e não regradada, pois o fato de instituir o trâmite regrado implica em uma modificação ou uma derrogação do trâmite não regrado" (op. cit., p. 655).

11. A matéria — recursos em concursos públicos — encontra regulação específica e exaustiva no Regulamento dos Concursos Públicos e Provas de Habilitação vigente, de modo que somente haverá deliberação governamental, nesta questão, quando tal autoridade usar de sua "faculdade avocatória", segundo uma concepção, ou usar de sua "faculdade de superintendência", segundo outra concepção, mas apenas no atinente à legitimidade dos atos e decisões e não quanto ao seu mérito.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 15 de agosto de 1984.

Of. Gab. 926/84

Porto Alegre, 15 de agosto de 1984.

SENHOR GOVERNADOR:

Consulta-se neste expediente quanto à admissibilidade, ou não, de recurso hierárquico interposto por concorrentes a concursos públicos e provas de habilitação, face às disposições que se contêm no Decreto nº 23.443, de 4 de novembro de 1974, com as alterações posteriores (Decretos nºs 24.651/76, 25.885/77 e 29.624/80).

Importa considerar, preliminarmente, que a inconformidade dos candidatos a cargos públicos poderá se expressar, nos termos do Decreto supracitado, mediante recurso dirigido ao Secretário de Estado da Administração, em 1ª instância, qual seja o pedido de revisão de provas que será encaminhado à deliberação das bancas examinadoras (artigos 28, 29, 30 e 35) e, após, em 2º grau, através de recurso de reconsideração feito àquela autoridade administrativa cuja decisão será, então, final e conclusiva (artigos 31, 32 e 33).

Nesse sentido, sendo a decisão prolatada pela autoridade competente para conhecer e decidir do recurso de reconsideração, terminativa da instância administrativa, é forçoso reconhecer, dentro do sistema legal vigente, que ela esgota a possibilidade recursal, inadmissível qualquer outra manifestação da parte, quer à mesma autoridade, quer ao superior hierárquico, em não havendo previsão expressa que a autorizê.

Salienta, ademais, o parecer desta Casa que, não obstante reconhecida ao Chefe do Poder Executivo uma competência inerente e co-natural ao cargo que exerce, foi essa competência outorgada, por ele mesmo, com exclusividade e nos limites do Decreto 23.443/74, às comissões examinadoras e ao Secretário de Estado da Administração.

Há que considerar, pois, esse recurso, dirigido à autoridade hierarquicamente superior, como sendo "recurso hierárquico impróprio", na medida em que, como ensina Hely Lopes Meirelles, seguindo lição de Zanobini, "recurso hierárquico próprio" é aquele dirigido ao titular do Órgão de Pessoal do Estado, ou seja, o pedido de reconsideração que representa o 2º grau em relação ao pedido de revisão de provas (1º grau) que, nos termos do Decreto 23.443/74, esgota a instância recursal ordinária.

Em se tratando de concursos públicos ou provas de habilitação, portanto, há que se entender como excepcional o recurso hierárquico, estando sua admissibilidade condicionada à expressa previsão legal, na medida em que, ao editar regras próprias regulamentando a matéria, o Poder Público subordinou-a aos limites fixados pelo Decreto nº 23.443/74, assegurando, ademais, a igualdade das relações jurídicas entre todos os candidatos a cargos públicos, sejam funcionários ou pessoas estranhas ao serviço público, sem que, com essa regulamentação, deixasse de atender às disposições da Lei nº 1.751/52 no que concerne ao direito de petição (artigos 197 a 200), eis que nessa lei não há qualquer alusão a recurso hierárquico dirigido ao Governador.

Significa, pois, que ao funcionário público é assegurado o direito de petição, "mas a extensão ou grau de instância administrativa dependerá, caso a caso, de eventuais provimentos

especiais", e que, em se tratando de concurso público "lato sensu", somente são cabíveis aqueles recursos expressamente previstos na regulamentação específica (Decreto nº 23.443/74).

Tal posicionamento decorre de entendimento no sentido de considerar que, sendo o regulamento autônomo, representa uma autolimitação do titular do Poder Executivo, relativamente às autoridades de menor hierarquia, colocado que está fora da escala recursal ascendente, por falta de regulamentação do chamado recurso hierárquico.

É de observar, todavia, que ao superior hierárquico incumbe o dever de conhecer dos atos praticados pelo subalterno, quando infringentes à lei ou quando inoportunos ou inconvenientes. Ora, o conhecimento de tais atos opera-se por avocação ou mediante recurso hierárquico interposto pela parte, ensejando a devolução da matéria ao exame da autoridade hierarquicamente superior, o qual, responsável pela totalidade da função que exerce, utilizando-se de faculdade que lhe é imanente, fiscaliza e controla aqueles atos, praticados pelo subordinado na esfera de sua competência exclusiva, anulando-os ou revogando-os.

Assim, no caso concreto, a atuação do superior limita-se a fazer cessar os efeitos dos atos manifestamente ilegais das comissões examinadoras ou do Secretário de Estado da Administração, de vez que, dado o caráter técnico daquelas, "é inadmissível o controle de mérito nos procedimentos dos concursos".

Com efeito, se a anulação dos atos ilegais constitui-se em um poder-dever conferido à autoridade administrativa e a revogação, ao contrário, por envolver juízo de oportunidade e conveniência, constitui-se em faculdade discricionária, permitindo ao administrador a opção de sua utilização, ou não, na espécie "sub examine", deve o superior hierárquico, ao tomar conhecimento da matéria, ater-se ao controle da legitimidade dos procedimentos sem apreciar o mérito dos candidatos.

Assim sendo, no que concerne aos concursos públicos ou provas de habilitação, a autoridade de maior hierarquia poderá reexaminar as questões suscitadas pelos candidatos, seja através de recursos, seja por avocação, mas, tendo essa matéria regulamentação própria e exaustiva — Regulamento dos Concursos Públicos e Provas de Habilitação — deve o reexame restringir-se à legalidade dos atos e decisões das autoridades competentes, abstendo-se do exame quanto ao mérito.

Essa, Senhor Governador, a conclusão do bem fundamentado parecer que ora submeto à consideração de Vossa Excelência, ao tempo em que lhe manifesto protestos de estima e acatamento.

NEY SÁ
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

A Sua Excelência o Senhor Doutor JAIR SOARES
DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul
PALÁCIO PIRATINI

CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

EUNICE NEQUETE MACHADO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.811

CONVENÇÃO COLETIVA. REAJUSTE SEMESTRAL DOS SALÁRIOS. CONTRIBUIÇÃO PARA O SINDICATO.

A cláusula convencional que refere tão-somente que o Índice Nacional de Preços ao Consumidor é o critério para proceder ao reajuste automático dos salários não garante, contra a letra da lei, aplicação de fatores superiores sobre aquele aos vigentes ao tempo em que a correção deva ser procedida.

Não são devidas as contribuições estabelecidas em convenção coletiva em favor do Sindicato contra as quais se tenham oposto expressamente os trabalhadores, em relação aos oponentes.

O Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Gráficas de Porto Alegre, em petição dirigida ao Senhor Governador do Estado, declara sua desconformidade com os critérios adotados pela CORAG (Companhia Rio-grandense de Artes Gráficas) para o pagamento de salários de seus empregados, em obediência ao Decreto-lei nº 2.045, de 13 de julho de 1983, e, em desacordo com a convenção coletiva firmada entre este Sindicato e o patronal, que vigoraria até 31 de março de 1984, pela qual, segundo seu entendimento, os salários deveriam ser reajustados em índice equivalente a 100% do Índice Nacional de Preços ao Consumidor — INPC de outubro daquele ano, para quem percebesse até sete salários mínimos.

De outra parte, e, em outro documento, denuncia o mesmo órgão sindical que a Companhia não teria cumprido "em sua integralidade" (sic) as cláusulas 19ª e 20ª da convenção resultante do dissídio coletivo de 1982. Outrossim, pede que os recolhimentos das contribuições assistenciais de que tratam as referidas cláusulas não sejam descontados dos salários de seus funcionários, já que à empresa competiria tê-lo feito na época estipulada no acordo.

Encaminhado o expediente à Secretaria da Administração, foi o mesmo remetido à CORAG, cujo Departamento de Pessoal informou que a correção semestral realizada a 1º de outubro de 1983 seguiu os critérios do Decreto-lei nº 2.045/83, em coincidência com a própria orientação das circulares expedidas pelos Sindicatos participantes do dissídio, como se vê de fls. 13 e 15 do expediente, e, relativamente às contribuições assistenciais, juntou parecer da Assessoria Jurídica da Companhia em sentido contrário ao recolhimento das mesmas, conquanto expressamente desautorizadas.

Da Casa Civil, veio o expediente, para exame e parecer.

2. O dissídio coletivo entre o Sindicato dos Trabalhadores já referido, e o Sindicato das Indústrias Gráficas no Estado do Rio Grande do Sul, pelo qual restou homologada a convenção coletiva acordada entre as mesmas partes, em 6 de abril de 1983, dispunha:

"Cláusula Primeira — As empresas representadas pelo Sindicato das Indústrias Gráficas no Estado do Rio Grande do Sul concederão a seus empregados, desde que integrantes da categoria profissional representada pelos suscitantes, Federação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias Gráficas, Sindicatos dos Trabalhadores nas Indústrias Gráficas de São Leopoldo, Pelotas, Ijuí e Porto Alegre, e nas bases territoriais destes, um aumento salarial escalonado, em função de faixas, conforme demonstrativo abaixo:

ENQUADRAMENTO		INPC		Adicional		Produtividade	
Salário em 31/3/83		Abril					
Até 164.976,00		x	1,4260				
De 164.976,00	a 353.520,00	x	1,3408	+	14.055,95	x	1,05
De 353.520,00	a 471.360,00	x	1,2130	+	59.235,81	x	1,05
Acima de 471.360,00		x	—	+	159.635,49	+	31.549,77

Parágrafo primeiro — O aumento assim distribuído incidirá sobre os salários já reajustados de acordo com o INPC do mês de outubro de 1982, admitida a compensação dos aumentos espontâneos..."

"Cláusula segunda — O salário normativo da categoria profissional será de Cr\$ 40.800,00 (quarenta mil e oitocentos cruzeiros) mensais, não podendo as empresas manter ou contratar empregados com salário inferior. Esse salário normativo será reajustado a partir de 1º de outubro de 1983, de acordo com o INPC básico para aquele mês".

A cláusula primeira limitara-se a traduzir e a por em execução a correção salarial determinada pela Lei nº 6.708, de 30 de outubro de 1979, com a modificação que lhe determinou o Decreto-lei nº 2.024, de 25 de maio de 1983, pelo qual dita correção efetuar-se-ia, segundo a diversidade das faixas salariais e cumulativamente, de acordo com os seguintes critérios:

- até sete vezes o valor do maior salário mínimo, o salário ajustado seria multiplicado por um fator correspondente a 1,0 da variação semestral do INPC;
- com valor entre sete e quinze salários mínimos, o salário ajustado seria corrigido pela multiplicação do valor correspondente àquele primeiro limite pelo fator 1,0 e pela multiplicação do valor excedente pelo fator 0,8 do mesmo índice;
- aos salários equivalentes a mais de quinze e até vinte salários mínimos seriam observadas as mesmas regras anteriores e aplicado o fator 0,5 do quantum excedente daqueles limites, e, finalmente,
- aplicando-se os mesmos fatores sobre os mesmos limites e o fator zero sobre o que ultrapassasse o valor equivalente a vinte salários mínimos (cf. incisos I, II, III e IV do art. 2º da Lei nº 6.708/79, com a redação que lhe deu o art. 1º do Decreto-lei nº 2.024/83).

De sua vez, a cláusula segunda tratou de exercer a função própria da convenção coletiva, homologada em dissídio coletivo, de fixação do salário normativo, prevendo, ainda, a próxima correção semestral, de acordo com o critério estabelecido pela citada Lei nº 6.708 — o INPC.

Com efeito.

Através de seu artigo primeiro determinou a lei em tela que o valor monetário dos salários fosse corrigido semestralmente, de acordo com o Índice Nacional de Preços ao Consumidor, variando o fator de aplicação do mesmo na forma por ela estabelecida.

De outra parte, dispôs em seu art. 10:

"Ficam mantidas as datas-base das categorias profissionais para efeitos de negociações coletivas com finalidade de obtenção de aumentos de salários e do estabelecimento de cláusulas que regulem condições especiais de trabalho.

Parágrafo único — Os aumentos coletivos de salários serão ajustados por um ano, não podendo ocorrer revisão, a esse título, antes de vencido aquele prazo".

Diversos parecem ter sido os conceitos adotados pela lei as expressões "correção" e "aumento salarial", restando vedada, pois, igualmente em decorrência do disposto no art. 623 da CLT, a negociação coletiva em torno de correção salarial em moldes diversos dos determinados pela nova legislação.

Tanto assim que os empregados integrantes de categorias profissionais cujas datas-base ocorressem entre os meses de novembro de 1978 e abril de 1979, para os quais foi concedido reajustamento em 22% na data de início de vigência da Lei nº 6.708, a teor de seu art. 15, teriam deduzidos da correção os aumentos concedidos, na forma do art. 13 do mesmo diploma legal.

Originalmente regulamentada pelo Decreto nº 84.560, de 14 de março de 1980, sofreu a lei em pauta sucessivas alterações. A primeira delas, operada pela Lei nº 6.886, de 10 de dezembro

de 1980, e as seguintes, pelos Decretos-lei n.ºs 2.012, de 25 de janeiro de 1983, e os que o sucederam no decorrer do mesmo ano: 2.024, 2.045, 2.064 e 2.065.

Tais Decretos-lei foram expedidos pelo Presidente da República, no exercício do poder que lhe confere o art. 55, incisos I e II, da Constituição Federal, cuja tramitação vem descrita em seus parágrafos como seguem:

“§ 1º — Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Decreto-lei será submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias a contar de seu recebimento, não podendo emendá-lo, se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado” (redação determinada pela Emenda Constitucional n.º 11, de 13 de outubro de 1978).

§ 2º — A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência”.

O decreto-lei assim expedido está apto a produzir sua eficácia desde logo, muito embora sua vigência fique condicionada à aprovação pelo Congresso Nacional.

Aprovado, confirma-se o decreto que segue em vigor. Rejeitado, sua vigência se esvai, ressalvada, entretanto, sua existência e validade pelo período em que haja estado em vigor.

Ora, os reajustes semestrais de salário, obrigatoriamente realizados de acordo com as determinações da Lei n.º 6.708, de 30/10/79, igualmente se sujeitam às variações de critério impostas pelos Decretos-lei que a alteraram e que deveriam ser aplicados dentro do período decorrido entre sua publicação e sua rejeição.

In casu, a posterior rejeição do Decreto-lei n.º 2.045, de 13/07/83, não possibilitou, portanto, a revisão dos reajustes salariais que nele se fundaram.

Neste mesmo sentido, o Parecer PGE n.º 5.615.

Correta, portanto, a aplicação dos índices de que tratava o referido Decreto-lei n.º 2.045 até a data de 19 de outubro de 1983, na qual foi promulgado o de n.º 2.064.

Com efeito. Em princípio, a rejeição do Decreto-lei n.º 2.045, de 13 de julho de 1983, à data em que ocorreu, restauraria a vigência do de n.º 2.024, de 25/5/83. Entretanto, não tendo havido qualquer interregno entre aquela oportunidade e a promulgação do seguinte, o de n.º 2.064, os critérios deste último passaram de imediato a presidir as correções automáticas de salário que se deviam efetuar sob sua vigência.

Contudo, note-se que o reconhecimento da vigência temporária e sucessiva de distintos critérios de reajuste salarial não importa em admiti-los todos simultaneamente, e, proporcionalmente aos diversos períodos, incidentes ao final do semestre. O reajustamento há de ser procedido de acordo com os critérios estabelecidos pelo texto legal vigente ao tempo em que o mesmo se deva realizar.

Nem é demais ressaltar que a sentença normativa possui imperatividade semelhante à da lei, na medida em que suas disposições devam ser obedecidas nos contratos individuais de trabalho de todo empregado que integre a categoria profissional por ela abrangida, muito embora, como bem o acentuaram ORLANDO GOMES e ELSON GOTTSCHALK, sendo, pois, fonte de hierarquia superior ao contrato ou convenção coletiva, situe-se em plano inferior ao da lei (Curso de Direito do Trabalho. Forense, 5.ª edição, 1972, p. 605).

Destarte, o conteúdo normativo da sentença do dissídio coletivo estava adstrito aos termos da Lei n.º 6.708 citada e, portanto, cingido ao disposto em seu artigo 11 e seus parágrafos, no tocante à matéria por este disciplinada. Assim sendo, o aumento dos salários poderia ser estipulado por via de convenção, acordo coletivo ou sentença normativa, com fundamento no acréscimo verificado na produtividade da categoria profissional, podendo ser estabelecidos diferentes percentuais para os empregados, segundo seus diferentes níveis de remuneração, ou em atenção à diversidade de partes das empresas a que se destinasse, restando sempre vedado o repasse do custo decorrente de tal aumento de salários para os preços dos produtos ou serviços prestados pela empresa.

Contudo, a correção do valor monetário dos salários, independente de sua previsão em sentença normativa, há que se processar automaticamente, em decorrência do comando legal, e, nesta medida, de acordo com o Índice Nacional de Preços ao Consumidor, com a variação do fator ou fatores de aplicação nele previstas.

Tendo sido a aplicação de tais fatores disciplinada pelo artigo 2º da Lei n.º 6.788, a modificação deste dispositivo atinge imediatamente a correção a ser procedida no período de vigência do novo texto, salvo se o contrário ele mesmo viesse a determinar.

Entretanto, no caso em tela, tal questão já se encontra vencida, conforme se apurou junto à CORAG, eis que, após a homologação da convenção coletiva de 1984, o Sindicato dos Trabalhadores desistiu da reclamatória interposta para obter o reajuste salarial de outubro de 1983 segundo os critérios criados pelo Decreto-lei n.º 2.024/83.

3. Por seu turno, ficara estabelecido pela sentença proferida no dissídio coletivo de 1982 o valor das contribuições assistenciais do sindicato dos trabalhadores e a forma de proceder seu recolhimento, *in verbis*.

“Cláusula 19ª — Deverá ser descontado, para a manutenção de assistência social, de todos os integrantes da categoria profissional, a favor dos cofres do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Gráficas de Porto Alegre, em sua base territorial, DOIS dias de salário, sendo um do salário do mês de abril de 1982, já devidamente reajustado, com recolhimento até 31 de maio de 1982, e outro do mês de outubro de 1982, com recolhimento até 30 de novembro de 1982”.

A esta cláusula a empresa deixou de dar cumprimento relativamente aos empregados que, expressamente e, por escrito, desautorizaram-na, enquanto intermediadora da operação de recolhimento.

Aqui vale invocar a lição de MOZART VITOR RUSSOMANO, ao comentar o art. 513, alínea “e”, da Consolidação das Leis do Trabalho:

“A par da contribuição sindical (antigo imposto sindical), que tem caráter genérico e é obrigatório para a totalidade dos trabalhadores, e da mensalidade sindical, paga, apenas, pelos associados do sindicato — surgem essas contribuições sui generis e ocasionais, impostas, não pela lei, como no caso da contribuição sindical, mas pela vontade do Sindicato, com caráter geral, o que a distingue das mensalidades”. (Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, vol. II, José Kinfino, Rio, 8.ª edição, 1973, p. 855).

Seria, pois, forma de exercício da prerrogativa de o Sindicato, a teor do já mencionado art. 513, alínea “e”, impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas, que têm gerado grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial, tendo sido bastante corrente o entendimento restritivo de que só se poderia referir aos associados.

Todavia, o texto do dispositivo é gramatical e expressamente contrário a tal exegese, dele resultando mais fluentemente que a sobredita contribuição seja paga indistintamente por associados e não associados do sindicato.

No entanto, é aquele mesmo autor que noticia a orientação jurisprudencial que, então, afirmava “cada dia mais vitoriosa no Tribunal Superior do Trabalho — consistente em se admitir o desconto, desde que, expressa e previamente, seja autorizado pelos trabalhadores.” (Ob. cit., p. 856).

Ao que adjuntamos igualmente parecer razoável *ad argumentandum*, admitir-se a anuência tácita do trabalhador, dada a longa praxe no estabelecer tais contribuições em dissídios coletivos que já não o toma de surpresa nem relativamente ao *quantum*, nem relativamente ao tempo de seu desconto.

Entretanto, ressalta desde logo que a expressão que está a exigir mais acurada interpretação no texto legal em tela é a de “impor contribuições”, a qual não parece integrar-se de forma harmoniosa com nosso ordenamento jurídico, como um todo, e sequer com outros dispositivos da própria Consolidação que lhe são conflitantes.

Senão vejamos.

Gozasse efetivamente o Sindicato de tal prerrogativa e a exerceria diretamente, sem propô-la através de dissídio coletivo. De outra parte, admitindo-se irrestritamente tal prerrogativa, depararíamos com a possibilidade, altamente discutível, de possuir tal contribuição caráter de verdadeiro tributo, pelo que exerceria o Sindicato, por pretensa delegação de poder, a imposição de tal contribuição, incorrendo provavelmente no que também é absolutamente vedado — a bitributação.

A sua vez, é a própria Consolidação das Leis do Trabalho que dispõe:

"Art. 545 — Os empregadores ficam obrigados a descontar na folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados (grifei), as contribuições devidas ao Sindicato, quando por este notificados, salvo quanto à contribuição sindical, cujo desconto independe dessas formalidades". (com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-lei n.º 925, de 10/10/69).

Parece-nos que o argumento doutrinário que poderia dar esteio a que tais descontos fossem procedidos sem tal autorização seria fundado em outro texto legal: seja, a anterior redação deste dispositivo, na qual não havia exigência de autorização. Assim entendia o já citado MOZART VITOR RUSSOMANO que, tendo o sindicato representação exclusiva de uma categoria econômica ou profissional, "fazendo inclusive despesas para defender os interesses gerais e abstratos dessa categoria, nada mais plausível (...) do que a imposição de contribuições para cobertura de despesas com o ajuizamento de dissídios coletivos que beneficiarão a categoria toda e, não, somente, os trabalhadores ou empregados sindicalizados". (Ob. cit., p. 900 a qual, embora editada em 1973, e fazendo referência ao Decreto-lei n.º 925, não consignou a redação que por este foi dada ao mencionado art. 545).

Desconsiderada, pois, a posterior alteração do artigo consolidado que determinou fossem todos os descontos em favor do sindicato consentidos pelo trabalhador, salvo, evidentemente, o relativo à contribuição sindical que, enquanto tributo é compulsório e imposto por lei.

Assim, bem fundadas nos parecem as inúmeras decisões nas quais se estampa a exigência, ao menos, de não-oposição expressa por parte do assalariado ao desconto em favor da entidade sindical, como se vê, dentre em outras, da que resultou assim ementada:

"O desconto para a entidade sindical, destinado ao atendimento da assistência social, obrigatoriamente deverá estar condicionado a não-oposição do trabalhador, que poderá manifestá-la até 10 (dez) dias antes do 1.º pagamento reajustado". (Ac. TST, 3.ª Turma, Proc. RO DC 342/81, Rel. Min. BARATA SILVA, proferido em 21/10/81, in Dicionário de Decisões Trabalhistas, B. Colheiros Bomfim e Silvério dos Santos, Edições Trabalhistas S.A., 18.ª edição, 1982, p.p. 184 e 165).

De outra parte, dispõe o art. 462 consolidado:

"Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou convenção coletiva".

E, em que pese a menção a descontos resultantes de convenção coletiva, há que se ter em mente que matéria lhe serve de objeto. Isto é, há que se ter presente que constitui convenção coletiva de trabalho, a teor do art. 611 e de todo o Título VI da Consolidação "o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho", dentre as quais não se pode compreender a estipulação de descontos em favor do Sindicato, por não dizer respeito a qualquer condição de trabalho, nem integrar o conteúdo da relação individual de emprego e sim o de outra relação, havida entre o trabalhador e órgão sindical.

Tanto assim que, tendo o art. 625 da CLT determinado que os conflitos resultantes da aplicação de convenção ou de acordo, celebrado nos termos do Título VI, seriam dirimidos pela Justiça do Trabalho, deu margem à controvérsia jurisprudencial acerca da competência para dirimir os conflitos resultantes das cláusulas que fossem pertinentes às relações jurídicas estabelecidas entre trabalhadores e entidade sindical, tal como se vê, v.g., da decisão proferida no RE n.º 94593, pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, de que foi Relator o Ministro CUNHA PEIXOTO:

"Ação movida por sindicato de empregados contra empregador, objetivando a cobrança de percentagem fixada a seu favor em dissídio coletivo movido por seus associados. Tratando-se de lide estabelecida entre entidades de direito privado, objetivando direito próprio que somente indiretamente decorre de relações de trabalho, inexistindo qualquer vínculo empregatício entre demandante e demanda-

do, não é a Justiça do Trabalho competente para processar e julgar a ação, já que a sua competência é limitada pela Constituição Federal, não podendo ser prorrogada". (Idem, p. 184).

Enquanto, de outra parte, se encontram decisões, como a que foi proferida no RO 1905/80, relatado pelo Juiz JOSÉ GUEDES GONDIM FILHO, em 7/1/81, do TRT da 6.ª Região, em sentido exatamente inverso:

"Competente a Justiça do Trabalho para apreciar o direito dos descontos, em favor do sindicato, estabelecidos em dissídio coletivo. Ação de cumprimento de sentença normativa: indispensável em relação aos não-sindicalizados, a outorga de poderes ao sindicato e a individualização dos representados". (Idem, p. 185).

De por todo o exposto, opinamos pelo improvido das postulações apresentadas pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Gráficas de Porto Alegre, eis que a Companhia Rio-Grandense de Artes Gráficas aplicou corretamente os critérios de reajuste salarial do Decreto-lei n.º 2.045, de 13/10/83, vigente à época em que efetivamente devia proceder à correção automática dos salários; e, que, com relação às chamadas contribuições assistenciais que deixou de descontar dos salários de alguns dos empregados em favor do órgão sindical por ter sido por eles expressamente desautorizada a tanto, manifestamo-nos no sentido de que, em obediência ao disposto no art. 545, da CLT, tais declarações de vontade dos empregados sejam respeitadas, possibilitado o recolhimento respectivo se a tal for compelida por força de sentença judicial definitiva.

E o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 11 de setembro de 1984.

Acolho as conclusões do Parecer n.º 5.811, da lavra do Procurador do Estado Doutora EUNICE NEQUETE MACHADO.

Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário Extraordinário para Assuntos da Casa Civil, com vistas à Subchefia para Assuntos Jurídicos e Legislativos. Em 11.9.84.

NEY SÁ
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

FUNDO NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES

ELIANA DONATELLI DE MOURA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora na Fundação Rio-grandense
Universitária de Gastroenterologia
Professora de Direito Constitucional na UNISINOS

PARECER N.º 5.830

FNT — FUNDO NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES
Cobrança de sobretarifas sobre os serviços de telefonia e telecomunicações.

O SUBCHEFE DA CASA CIVIL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS E LEGISLATIVOS solicita exame e parecer desta Casa a respeito de correspondência remetida pelo Sindicato de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares de Juiz de Fora (MG), anexada por cópia ao expediente, na qual é solicitada ao Senhor Ministro das Comunicações a realização de estudos no sentido de viabilizar a extinção da "sobretarifa de até 30% sobre os serviços de telefonia e telecomunicações", prevista no artigo 51, letra a, da Lei federal n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações e criou o Fundo Nacional de Telecomunicações.

2. Consultada a respeito do assunto, a CRT — Companhia Rio-Grandense de Telecomunicações, através de seu Presidente, informa que "o que hoje se arrecada a título de "FNT" nada mais é do que um tributo, definido no artigo 1.º do Decreto-lei n.º 1.859, de 17 de fevereiro de 1981".

3. Integram, ainda, o expediente, cópias dos textos legais citados no corpo do processo e as Informações de fls. 07 e 14-15, respectivamente, do Presidente da CRT e da Assessoria Jurídica do órgão consultante, o qual entende tratar-se de matéria tão-só de inconveniência da cobrança da sobretarifa questionada e não de irregularidade, sugerindo a ouvida desta Procuradoria-Geral.

É o relatório.

4. A questão não é de simples desate, uma vez que diferentes normações se interpuseram, alterando substancialmente os objetivos anteriormente propostos pela Lei federal n.º 4.117/62, que previu a cobrança de sobretarifas.

Senão vejamos:

5. Criado sob a égide da Constituição de 1966, o FNT era composto dos recursos arrecadados pela cobrança de (a) *sobretarifas criadas pelo Conselho Nacional de Telecomunicações sobre qualquer serviço de telecomunicação prestado pelo Departamento dos Correios e Telégrafos, por empresas concessionárias ou permissionárias, inclusive tráfego mútuo, taxas terminais e taxas de radiodifusão e radioamadorismo, não podendo, porém, a sobretarifa ir além de 30% (trinta por cento) da tarifa*; de (b) *"juros dos depósitos bancários de recursos do próprio Fundo e produto de operações de crédito por ele garantidas"*; e, de (c) *"rendas eventuais, inclusive donativos"* (Cfe. artigo 51, letras a, b e d, da Lei federal n.º 4.117/62).

O mesmo Código também autorizou o Poder Executivo Federal a constituir uma empresa pública para explorar os serviços de telecomunicações, com recursos provenientes da arrecadação de tarifas; dos recursos do FNT; de dotações; de operações de crédito; de juros de depósitos bancários; de rendas; e, da venda de materiais inservíveis ou de bens patrimoniais (Cfe. artigo 42, § 5.º, letras a, b, c e d).

6. A denominada tarifa é a quantia em dinheiro paga obrigatoriamente pelo usuário de um serviço público, distribuído por empresa concessionária. A determinação desta quantia é feita pelo poder público (Cfe. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR *in* Enciclopédia Saraiva do Direito, V. 72, 1977, p. 69).

7. O artigo 43 do Código de Telecomunicações, ao tratar das tarifas, dispõe que as mesmas "serão fixadas pelo Conselho Nacional de Telecomunicações de forma a remunerar sempre os custos totais dos serviços, as amortizações do capital investido e a formação dos fundos necessários à conservação, reposição, modernização dos equipamentos e ampliações dos serviços".

8. Sem caráter remuneratório e com existência transitória as sobretarifas, diferentemente das tarifas, na forma estabelecida no artigo 51, alínea a, do mesmo Código, podem ser consideradas, segundo nosso entendimento, como contribuições parafiscais, de natureza tributária, as quais já constavam da legislação ordinária antes do advento da Constituição de 1967, com a redação introduzida pela Emenda n.º 1, de 1969, que no inciso I do § 2.º do artigo 21, autoriza a União a instituir contribuições, tendo em vista intervenção no domínio econômico e o interesse da previdência social ou de categorias profissionais.

Aliás, a natureza de tributo, com relação às sobretarifas, foi confirmada na Informação de fl. 07, do Presidente da CRT.

Na lição de FÁBIO FANUCCHI, a contribuição parafiscal é uma espécie do gênero tributo e não possui características de outros tributos (*in* Curso de Direito Tributário Brasileiro, V. 1, 3.ª ed., Resenha Tributária — MEC, 1975, p. 106).

9. Todavia, a partir da vigência da Constituição de 1967 e de seu artigo 65, atual artigo 62, com a redação dada pela Emenda n.º 1, de 1969, no § 2.º, com exceção dos impostos únicos e disposições da Constituição e de leis complementares emanadas do Congresso Nacional (ver a respeito o Parecer n.º 4323 *in* RPGE, P.A., 11 (29): 97-102, 1981), foi vedada a vinculação do produto da arrecadação de qualquer tributo a determinado órgão, fundo ou despesa, com a ressalva de que a lei poderá estabelecer que a arrecadação parcial ou total de certos tributos constitua receita do orçamento de capital, proibida sua aplicação no custeio de despesas correntes.

Inobstante esta vedação constitucional, a Lei federal n.º 5.792, de 11 de julho de 1972, que autorizou a constituição da empresa Telebrás — Telecomunicações Brasileiras S/A, no artigo 10, transferiu-lhe os recursos do FNT, a serem aplicados de acordo com o programa previamente aprovado pelo Ministério das Comunicações.

10. Com a criação do Fundo Nacional de Desenvolvimento (FND), através da Lei federal n.º 6.093, de 29 de agosto de 1974, as sobretarifas em questão passaram a integrá-lo em percentuais decrescentes, estabelecidos no artigo 3.º, a partir do exercício de 1975 até 1979, além de outros recursos.

11. Decorridos mais de 12 (doze) anos da criação do FNT, a Lei federal n.º 6.127, de 06 de novembro de 1974, prorrogou por tempo indeterminado o prazo de 10 (dez) anos, fixado no artigo 51 da Lei federal n.º 4.117/62, para a arrecadação dos recursos do FNT.

12. Posteriormente, o Decreto-lei n.º 1.754, de 31 de dezembro de 1979, alterou os percentuais do produto da arrecadação do FNT a serem transferidos à conta do FND, dispondo, ainda, sobre a sua extinção a partir do exercício de 1983, passando seus recursos a comporem as leis orçamentárias, como recursos ordinários do Tesouro Nacional, sem qualquer vinculação a órgão, fundo ou despesa (Cfe. artigos 2.º e 7.º). O FND, contudo, foi extinto no exercício financeiro de 1982, inclusive.

13. Do acima exposto, podemos concluir que a vinculação do produto da arrecadação das sobretarifas, de natureza tributária, previstas no artigo 51, letra a, do Código de Telecomunicações, tornou-se inconstitucional a partir de 1967, com a entrada em vigor da nova Constituição Federal, e que dita receita, para passar a compor o orçamento da União, dependeria de lei, no sentido formal e material, votada pelo Congresso Nacional com essa intenção, atendendo a sua cobrança ao princípio da anualidade, tudo de acordo com o § 2.º do artigo 62 da atual Carta, sendo, pelo mesmo motivo, inconstitucionais o artigo 10 da Lei federal n.º 5.792/72, que vinculou o produto do FNT à empresa Telebrás e o artigo 2.º, inciso III, da Lei federal n.º 6.093/74, que vinculou tal receita ao FND.

Ademais, afirmar que o Decreto-lei 1.859/81 substituiu o precitado artigo 51, letra *a*, do Código de Telecomunicações, como se depreende da Informação de fl. 07, parece-nos incorreto na medida em que o decreto-lei é instrumento inidôneo para criar tributo de qualquer natureza.

14. Entretanto, por tratar-se de matéria especializada, seria oportuno o reexame pela Unidade para Assuntos Fiscais.
15. Ressalte-se, por outro lado, que não cabe a esta Procuradoria-Geral o exame da conveniência administrativa, embora se possa constatar de imediato que a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo em pauta (i.e.: artigo 51, letra *a*, do Código de Telecomunicações) resultará no barateamento do serviço, em benefício dos usuários e, entendemos, dos próprios órgãos estaduais arrecadadores, como a CRT, que tornarão seus produtos mais atrativos, já que os recursos do FNT são canalizados para o Tesouro Nacional, não interessando diretamente ao Estado a sua arrecadação.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 24 de setembro de 1984.

Acolho as conclusões do Parecer nº 5830, da Unidade de Defesa do Domínio Público Estadual, subscrito pelo Procurador do Estado Doutora ELIANA DONATELLI DE MOURA.

Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário Extraordinário para Assuntos da Casa Civil, com vistas à Subchefia para Assuntos Jurídicos e Legislativos.

Em 24-9-84.

NEY SÁ
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

HERANÇA JACENTE

VERENA NYGAARD

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Especialista em Direito Administrativo

PARECER Nº 5.730

Herança jacente — Destinação dos bens vacantes — Competência do Estado — Inconstitucionalidade do artigo 3º do Decreto-lei 8.207/45.

A propósito de três expedientes apensados por determinação do Subchefe da Casa Civil para Assuntos Jurídicos e Legislativos, é suscitada questão relativa à destinação dos bens arrecadados pelo Estado em virtude da declaração de vacância de herança jacente.

Trata-se, especificamente, de saber se ainda vige o artigo 3º do Decreto-lei 8.207, de 22 de novembro de 1945, o qual dispõe:

"Art. 3º — Adquirido o domínio dos bens arrecadados, a União, o Estado ou o Distrito Federal ficam obrigados a aplicá-los em fundações destinadas ao desenvolvimento do ensino universitário e o Ministério Público respectivo velará por essa aplicação.

Parágrafo único — Observar-se-á o disposto no artigo 25 do Código Civil, quando os bens forem insuficientes para a criação de institutos universitários."

Em face deste preceito e tendo em vista pedidos formulados pela Prefeitura Municipal de Santa Bárbara do Sul, inicialmente, de doação — Proc. CC 13.741/79 — e, posteriormente, de cessão de uso — Proc. CC 01.84/81 — de imóvel adquirido pelo Estado por força da declaração de vacância, e, ainda, de ofício do Conselho de Reitores das Universidades Brasileiras propondo a constituição de grupo de trabalho com a finalidade de estabelecer a destinação dos bens vacantes — Proc. CC 2.477/83 — o Governador do Estado solicitou ao Ministro da Justiça fosse providenciada a alteração daquele preceito legal, por mostrar-se, na prática, inconveniente e inoportuno, contrário ao interesse público.

Argumenta o Chefe do Executivo:

"A utilização desses bens segundo a destinação pública específica a eles atribuída pela regra jurídica legal em causa mostra-se, em certos casos, inviável, como, por exemplo, quando é negada autorização para funcionamento de universidade por não satisfazer a sua criação os requisitos mínimos prefixados na legislação que regula a matéria.

Por outro lado, freqüentemente, embora não encontre obstáculo em lei, inconveniente ou inoportuna ela resulta, por não corresponder a criação de novos institutos universitários às exigências do mercado de trabalho em confronto com as necessidades do desenvolvimento nacional ou regional."

Em resposta, o Ministro da Justiça encaminha pronunciamento do Departamento de Assuntos Legislativos de seu Ministério, afirmando que o artigo 3º do Decreto-lei 8.207/45 foi derogado pela Constituição de 1946 ao consagrar o princípio da autonomia dos Estados-membros e concluindo nestes termos:

"Pelo exposto, vê-se que os problemas suscitados pelo Governador podem ser resolvidos na sua área, mediante lei local de sua iniciativa, disciplinando a destinação dos bens advindos de herança vacante de propriedade do Estado do Rio Grande do Sul, nos termos do art. 1.594 do Código Civil, não havendo necessidade de se modificar o Decreto-lei nº 8.207, de 22 de novembro de 1945."

Todavia, orientação diversa já foi adotada por esta Procuradoria-Geral no Parecer CGE nº 3.593, da lavra do ilustre Procurador Dr. Antônio Estêvão Allgayer, publicado na Revista da então Consultoria-Geral, nº 19, ano 1977, que, a seguir, será abordada.

Posta nesses termos a questão, é solicitado o nosso pronunciamento sobre a matéria. É o relatório.

1. Cumpre examinar, inicialmente, os argumentos expedidos no parecer antes mencionado, já que a tese nele esposada é a da vigência do preceito federal em questão.

Com efeito, a idéia de que o artigo 3º do Decreto-lei 8.207/45 se teria tornado incompatível com o princípio da autonomia dos Estados, decorrente do restabelecimento do sistema federativo a partir da Constituição de 1946, por invadir a competência estadual para legislar sobre matéria administrativa, é expressamente refutada. E a razão está em que o alcance da discutida regra desbordaria dos estritos limites do direito administrativo, por envolver matéria de direito civil, além de matéria de organização judiciária.

2. Vê-se, pois, que o deslinde da controvérsia sobre a vigência do preceito federal obrigando os Estados a aplicarem os bens arrecadados em fundações destinadas ao desenvolvimento universitário depende da concepção adotada acerca da natureza jurídica desta norma.

3. A nosso ver, em que pesem as abonadas opiniões referidas naquele parecer, não se trata de preceito de direito civil, mas de regra jurídica de direito administrativo.

Assim pensamos por nos parecer imprescindível distinguir, no instituto da herança jacente, com a declaração de vacância, efeitos que são de diversa natureza.

O instituto em si mesmo e seu principal efeito, que é gerar o domínio em favor de ente público, sem dúvida se afigura como sendo de direito sucessório e, pois, de direito civil. A declaração de vacância, decorridos cinco anos da abertura da sucessão, pode ser concebida como modo de aquisição de propriedade pública, regida pelo direito privado.

Não seria inadequado comparar-se esta situação como o que se passa na desapropriação que, inversamente, enquanto instituto de direito público, opera um de seus principais efeitos — a perda da propriedade — no campo do direito privado.

Da mesma forma, enquanto que o regime jurídico da desapropriação é de direito público, o de herança jacente, seus pressupostos, seu procedimento e seus efeitos, é de direito privado, traçado pelo direito das sucessões.

Todavia, uma vez consumado o domínio público da União, dos Estados ou do Distrito Federal, é evidente que o regime jurídico dos bens de herança vacante passa a ser idêntico àquele que rege os demais bens públicos.

Este é regime de direito público, conforme Cretella Júnior, referindo Buttgenbach, *in verbis*: "*Seria errôneo dizer que o regime jurídico dos bens da administração é o regime privado, visto que, na realidade, tem uma fisionomia própria e constitui um regime jurídico especial — o regime jurídico de direito público*" ("*Os Bens Públicos no Direito Brasileiro*", Ed. Saraiva, 1969, S. Paulo, p. 88).

4. Assim, entendendo-se que os bens oriundos de herança vacante passam a integrar a categoria dos bens dominicais, inserem-se, tal como os demais bens desta espécie, como objeto na relação de administração, relação esta que Rui Cirne Lima erige em cerne do direito administrativo em sua consagrada obra "*Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*".

Por não possuírem tais bens, a nosso ver, qualquer particularidade que justifique tratamento diferenciado no que tange a sua gestão pela pessoa jurídica pública a que pertencem, sua destinação se rege pelas mesmas regras e princípios de direito administrativo aplicáveis a todos os bens dominicais.

5. A afirmativa de que a gestão dos bens adquiridos pelo Estado por força da declaração de vacância é regida pelo direito administrativo implica reconhecer que à União falece competência para dispor acerca de sua destinação. Efetivamente, titular exclusivo do juízo relativo à conveniência e oportunidade do destino desses bens é o Estado em cujo patrimônio se integram.

6. Nessas condições, uma vez restabelecido o sistema federativo pela Constituição de 1946 e consagrado o princípio da auto-organização e auto-administração dos Estados-membros, hoje com assento no art. 13, "caput" e seu § 1º, da Constituição Federal, a regra do art. 3º do Decreto-lei 8.207/45 tornou-se insubsistente, por ser de direito administrativo e não de direito civil.

Integral aceitação merece, pois, a orientação recebida do Departamento de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, no sentido de o Estado elaborar lei disciplinando a destinação dos bens vacantes que adquiriu nos termos do art. 1.594 do Código Civil, para o que esta Procuradoria-Geral oferece sua colaboração no que necessário for.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 3 de julho de 1984.

Acolho as conclusões do Parecer nº 5.730, da lavra do Procurador do Estado Doutora VERENA NYGAARD.

Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário Extraordinário para Assuntos da Casa Civil, com vistas à Subchefia para Assuntos Jurídicos e Legislativos.
Em 3-7-84.

NEY SÁ
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

ACUMULAÇÃO INDEVIDA

JOSÉ QUADROS PIRES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 5.715

ACUMULAÇÃO. DEVOUÇÃO.

No Estado, verificando o acúmulo ilícito de cargos ou funções, a Administração, na ausência de legislação específica, tem notificado o servidor para optar pela posição mais favorável.

Constatada, no entanto, a lesão aos cofres públicos, haverá obrigatoriedade de devolução.

A recusa à opção ou à devolução caracterizará falta disciplinar motivadora de demissão.

A demissão será precedida de processo administrativo-disciplinar, se estatutário o servidor e de inquérito judicial, se celetista estável. Se instável, bastará simples sindicância sumária.

Por solicitação do Titular da SECRETARIA DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE, vem a esta Procuradoria-Geral do Estado processo contendo relação de servidores dessa Pasta, considerada, pela Secretaria da Fazenda, em situação de acúmulo vedado pela Constituição Federal.

Resume-se a questão em saber qual o procedimento a ser adotado nesses casos, se a instauração de processo administrativo-disciplinar ou a notificação para opção, bem como a necessidade ou não de devolução das quantias recebidas.

É o relatório.

2. Versa o expediente sobre diferentes situações de acúmulo, todas circunscritas ao âmbito estadual, envolvendo servidores subordinados ao regime estatutário e trabalhista.
3. A legislação local, diversamente da federal (Lei n.º 1.711/54, artigo 188 e seguintes, regulamentada pelo Decreto n.º 35.956/54), não prevê o procedimento a ser adotado pela Administração nesses casos, nem as consequências diretas daí decorrentes, limitando-se a declarar a proibição de acumular (Lei n.º 1.751/52, artigo 188).
4. Como não está atrelada àquela legislação, a Administração Estadual vem permitindo ao servidor em acúmulo optar pela posição mais conveniente e exigindo a devolução das quantias pagas exclusivamente nos casos de comprovada má-fé.
5. Portanto, aqui, da mesma forma que lá, verificado o acúmulo ilícito, cabe averiguar o elemento subjetivo do servidor; dado que emergirá ao natural, através de exame do próprio expediente que detectou a irregularidade. A partir daí, então, diverge o tratamento, conforme se trate de acumulação de boa ou má-fé.
6. Constatada a boa-fé, cumpre, pois, providenciar sua notificação para opção, pura e simplesmente, sem qualquer perquirição quanto à devolução. Apurada a má-fé, cabe, igualmente, a notificação para opção, a qual será acompanhada ou não da ordem de devolução das quantias percebidas por uma das posições. Inexistirá obrigatoriedade de devolução quando, inobstante provada a má-fé, o servidor, embora ocupasse posições inacumuláveis, efetuou a prestação do serviço em ambas, em virtude de apresentarem compatibilidade de horários. Neste caso, eventual exigência de devolução atentaria contra o princípio que veda à Administração locupletar-se com o trabalho alheio. Ao contrário, haverá obrigatoriedade de devolução, sempre que verificada a ocorrência de lesão aos cofres públicos.
7. Em todas as hipóteses, a recusa à opção, à devolução ou a ambas, conforme for o caso, caracterizará ato de insubordinação grave e ou de lesão aos cofres públicos, nos termos do artigo 218, IV e VI, da Lei n.º 1.751/52, se estatutário e artigos 482, "h", e 493 da CLT, se celetista.

8. Note-se que tais atos (e não o acúmulo em si) é que impulsionarão a Administração a providenciar a demissão dos servidores faltosos.

"A acumulação de cargos, ainda que vedada constitucionalmente, não constitui em si falta passível de ser sancionada com a pena de demissão, na ausência de previsão legal." (Parecer n.º 4879/82-PGE, Relator EULÁLIA MARIA DE CARVALHO GUIMARÃES).

9. Nessa tarefa, compete à Administração adotar procedimentos distintos conforme se trate de servidor estatutário ou celetista e, neste regime, se instável ou estável.
10. No caso de servidor subordinado ao regime estatutário, sempre haverá a necessidade de instauração do competente processo administrativo-disciplinar, nos termos do artigo 226 da Lei n.º 1.751/52. No caso de servidor celetista, se instável, bastará uma sindicância sumária (dentro de 30 dias, no máximo, sob pena de ocorrer perdão tácito). Se estável, terá de ser instaurado o competente inquérito judicial perante a Justiça do Trabalho, nos termos do artigo 493 da legislação consolidada (Cfe. dentre outros, Pareceres n.ºs 5.369/83 e 5.412/83-PGE, relatados, respectivamente, pelos Procuradores do Estado CYL PARANHOS DE LIMA e MAURÍCIO AZEVEDO MORAES).

11. No que toca à devolução das quantias pagas indevidamente, esta Procuradoria firmou orientação assim sintetizada na seguinte ementa:

"DEVOLUÇÃO de quantias pagas indevidamente: Funcionário estadual que, de boa-fé em contraprestação de serviço e com base em ato administrativo formalmente perfeito tenha recebido vantagem pecuniária, não é obrigado a devolvê-la se, após, o ato for considerado ilegal." (Parecer n.º 4.049/79-PGE, Relator Procurador do Estado ANTÔNIO ESTEVÃO ALLGAYER).

12. Todavia, conforme já adiantamos, entendemos, com base no princípio que proíbe a Administração locupletar-se com o trabalho alheio, no caso específico o acúmulo ilícito, que, mesmo em presença da má-fé, desapareceria a obrigatoriedade da devolução quando ficasse constatada, face à compatibilidade de horários, a efetiva prestação do serviço em ambos os cargos, hipótese na qual, à semelhança do comportamento usado em relação à figura do funcionário de fato, o servidor teria direito à remuneração *pro labore facto*, até porque não se admite gratuidade em matéria de prestação de trabalho.

ISTO POSTO, concluímos:

I — Verificado o acúmulo ilícito de cargos ou funções estaduais, cabe à Administração apurar o elemento subjetivo do servidor, se de boa ou má-fé.

II — Se de boa-fé, o servidor será notificado para optar por uma das posições, não cabendo falar em devolução.

III — Se de má-fé, mas tendo efetivamente prestado o serviço em ambas as posições, em razão de apresentarem horários compatíveis, o servidor será igualmente notificado para optar, ficando desobrigado da devolução.

IV — Se de má-fé e incompatíveis os horários de trabalho, o servidor, mesmo assim, será notificado para optar mas será compelido a devolver o que recebeu indevidamente.

V — Havendo recusa, tanto à opção como à devolução, em separado ou conjuntamente, a Administração providenciará na demissão do servidor faltoso.

VI — Se subordinado ao regime estatutário, haverá necessidade de instauração de processo administrativo-disciplinar, nos termos do artigo 226, com base no artigo 218, incisos IV e VI, separadamente ou em combinação, todos da Lei n.º 1.751/52, conforme ocorra só insubordinação grave, só lesão aos cofres públicos ou ambas as figuras.

VII — Se subordinado ao regime trabalhista, sendo instável, bastará simples investigação sumária para apurar a justa causa prevista no artigo 482, h, da CLT e aplicar a pena de demissão; sendo estável, será necessária a instauração do inquérito judicial, consoante determina o artigo 493 da legislação consolidada.

VIII — Quanto à obrigatoriedade de devolução das quantias recebidas, somente será exigida quando apurada a má-fé do servidor e a efetiva lesão aos cofres públicos, por não ter havido contraprestação do serviço, situação motivadora do pagamento indevido por parte do Tesouro do Estado.

É o parecer, S.M.J.
PORTO ALEGRE, 14 de junho de 1984.

Acolho as conclusões do Parecer nº 5.715, da lavra do Procurador do Estado Doutor JOSÉ QUADROS PIRES.
Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário da Saúde e do Meio Ambiente.
Em 14-6-84.

NEY SÁ
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

LEI SUELY

MARISA SOARES GRASSI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.695

LEI SUELY.

Concedido o favor às funcionárias que se aposentam aos 30 anos de serviço, por se tratar de inativação normal, comum, não especial, o mesmo há de suceder às empregadas, ex-autárquicas, da Companhia Estadual de Energia Elétrica — CEEE — que, por força do artigo 12, da Lei nº 4.136/61, têm assegurados os mesmos direitos pertinentes aos funcionários públicos, entre eles o previsto na Lei nº 4.585/63, para que acresçam ao seu tempo de serviço o tempo ficto, nos termos da Ordem de Serviço nº 15/82, do Chefe do Poder Executivo.

Em ofício dirigido ao Senhor Procurador-Geral do Estado, o Senhor Secretário de Energia, Minas e Comunicações consulta sobre a extensão, ou não, da Lei nº 4.585 (Lei Suely), às empregadas da Companhia Estadual de Energia Elétrica, tendo em vista o parecer aprovado pelo Conselho Superior deste Órgão Consultivo, que entendeu ser o benefício de tempo ficto aplicável às aposentadorias requeridas por funcionários do sexo feminino, após trinta anos de serviço.

Ajunta o ofício que, pela incidência do artigo 12 da Lei nº 4.136, de 13 de setembro de 1961, foram assegurados a considerável número de empregados os direitos pertinentes aos funcionários públicos, sendo-lhes aplicável, também, a Lei nº 4.585/63.

2. A matéria assume especial relevo eis que, com a constituição da Companhia Estadual de Energia Elétrica, autorizada pela Lei nº 4.136, de 13 de setembro de 1961, ficaram assegurados aos empregados, ex-servidores autárquicos, os direitos já adquiridos, bem com os em formação.

3. Com efeito, dispõe o artigo 12 do diploma legal mencionado:

"Art. 12 — Os atuais servidores autárquicos da Comissão Estadual de Energia Elétrica, compreendendo os do quadro e os contratados, inclusive os não-enquadrados, dos serviços encampados de Porto Alegre e de Canoas, passarão a ser empregados da Companhia, respeitados integralmente os seus direitos, vantagens e prerrogativas, já adquiridos ou em formação, previstos na legislação em vigor e nas resoluções do Conselho Estadual de Energia Elétrica, aprovadas pela autoridade superior."

4. Ora, em decorrência do dispositivo legal acima transcrito, o benefício previsto na Lei nº 4.585/63 foi estendido àqueles servidores, possibilitando o acréscimo de 1/6 a cada ano, para efeito de aposentadoria de tempo de serviço aos 35 anos prestados ao Estado e à sociedade de economia mista, desde que não contem nenhuma falta não justificada e não tenham sofrido pena disciplinar.

5. No caso específico de ex-autárquicos da CEEE, assegura-lhes o Estatuto do Funcionário Público do Estado e leis subseqüentes a complementação da diferença de proventos entre o valor do benefício da aposentadoria previdenciária e a remuneração outorgada ao cargo que exerceram quando no serviço ativo, ou, ainda, o pagamento integral dos proventos, se não alcançaram o tempo previsto para a aposentadoria pelo órgão previdenciário federal (artigo 177, VI, da Lei nº 1.751/52).

6. A propósito, o Tribunal Regional do Trabalho da 4.ª Região pronunciou-se em decisão assim ementada:

"Ao Estado cabe arcar com o ônus da aposentadoria assegurada pelo Estatuto que rege seus funcionários quando, vinculados à Instituição de Previdência Social, não tiverem feito jus a tal benefício perante a esta. A CEEE, por estar sub-

rogada no cumprimento dessa obrigação, o que restou incontestado, é parte legítima para ser acionada relativamente à contagem de tempo de serviço para a aquisição de direitos referentes à matéria.

A Lei estadual n.º 4.136, de 13 de setembro de 1961, que criou a CEEE, só produziu efeitos a partir do arquivamento, na Junta Comercial do Estado, dos atos constitutivos da nova empresa, o que só ocorreu em 10 de janeiro de 1964, circunstância que determinou a incidência das vantagens da Lei n.º 4.585, de 13 de outubro de 1963 (Lei Suely) aos seus servidores. A posterior revogação deste diploma legal, pela Lei n.º 5.846, de 31 de outubro de 1969, não trouxe consequências a estes, que já haviam integrado seus benefícios aos respectivos contratos de trabalho, constituindo-se em direito adquirido. (TRT-7588/82. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4.ª Região, n.º 16, 1983, p. 54).

7. Como a Constituição de 1967 fixou em 35 anos a aposentadoria para os funcionários do sexo masculino e em 30 anos para os do sexo feminino, a partir da Ordem de Serviço n.º 15/82, publicada no Diário Oficial de 18 de outubro de 1982, determinando a aplicação da Lei Suely a todos os servidores, indagou-se da extensão do benefício às mulheres. Nesse sentido, a Administração Pública Estadual firmou orientação pelo parecer aprovado pelo Conselho Superior da Procuradoria-Geral (Processo n.º 4340/82-SEC), acolhido em despacho do Senhor Governador do Estado, entendendo "ser o benefício do tempo ficto preconizado na Lei n.º 4.585/63 aplicável para as aposentadorias requeridas por funcionários do sexo feminino após trinta anos de serviço, ficando, nesse particular, alterada a Ordem de Serviço n.º 15/82".
8. No âmbito da previdência social federal, a empregada aposenta-se voluntariamente aos 30 anos de serviço, conforme prevê a Consolidação das Leis da Previdência Social, aprovada pelo Decreto n.º 89.312, de 23 de janeiro de 1984 (Diário Oficial de 24 de janeiro de 1984), que substituiu a antiga CLPS, de 1976:

"Art. 33 — A aposentadoria por tempo de serviço é devida, após 60 (sessenta) contribuições mensais, aos 30 (trinta) anos de serviço, observado o disposto no capítulo VII:

I — quando o salário-de-benefício é igual ou inferior ao menor valor-teto, em valor igual a:

- a) 80% (oitenta por cento) do salário-de-benefício, para o segurado;
b) 95% (noventa e cinco por cento) do salário-de-benefício, para a segurada;

II — quando o salário-de-benefício é superior ao menor valor-teto, é aplicado à parcela correspondente ao valor excedente o coeficiente da letra "b" do item II do artigo 23;

III — na hipótese do item II o valor da renda mensal do benefício é a soma das parcelas calculadas na forma dos itens I e II, não podendo ultrapassar 90% (noventa por cento) do maior valor-teto.

§ 1.º — A aposentadoria do segurado do sexo masculino que a requer com mais de 30 (trinta) anos de serviço tem o valor da letra "a" do item I acrescido de 3% (três por cento) do salário-de-benefício para cada novo ano completo de atividade abrangida pela previdência social urbana, até 95% (noventa e cinco por cento) desse salário aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço, observado o disposto no artigo 116."

9. Por outro lado, na vigência da Constituição de 1946, a Previdência Federal assegurava a aposentadoria com direito à integralidade do salário-de-benefício aos 35 anos de serviço, tanto para os segurados do sexo masculino, quanto para os do sexo feminino.
10. Oportuno lembrar que, em decisão recente, o Supremo Tribunal Federal, na Representação 1.166.6 (Diário da Justiça da União de 3 de fevereiro de 1984), declarou a inconstitucionalidade da Lei n.º 7.547, de 19 de outubro de 1981, que ripristinou os efeitos da Lei n.º 4.585, de 1973, Lei Suely. O relator, em seu voto, ressuscita antiga controvérsia não só no que se refere ao direito de crescer 1/6 do tempo de serviço, em relação aos que implementaram as condições necessárias à inativação após a edição da Lei n.º 5.846, de 31 de outubro de 1969, que revogou a Lei n.º 4.585/63, bem como sobre a constitucionalidade da Lei Suely, mesmo em face da Constituição de 1946.

11. Não obstante a argumentação referida (a nosso ver posta mais como um reforço à tese principal), entendemos que a decisão do Supremo reside tão-só na inconstitucionalidade da Lei n.º 7.547/81, não merecendo, a Lei Suely, apreciação formal de sua constitucionalidade, pela autoridade judicial competente para declará-la por via de ação direta, como se vê da conclusão do voto do Relator, "verbis":

"Ante o exposto e pelos fundamentos do parecer julgo procedente a representação para declarar a inconstitucionalidade da Lei 7.547, de 19 de outubro de 1981, do Estado do Rio Grande do Sul."

12. Reforça esse entendimento, a posição da Suprema Corte a propósito do cômputo do tempo de serviço assegurado, por leis posteriormente revogadas, àqueles servidores que venham a implementar os requisitos para requerer a aposentadoria voluntária, após a revogação dos diplomas legais, desde que tenham adquirido o direito à contagem do tempo na vigência de lei permissiva.
13. Em verdade, em inúmeros julgados, entre eles o Recurso Extraordinário n.º 86.330-SP, Relator o Ministro RODRIGUES ALCKMIN, pronunciou-se o Egrégio Tribunal:
"FUNCIONÁRIO PÚBLICO ESTADUAL. TEMPO DE SERVIÇO.
Prestação a estabelecimento particular de ensino. Cômputo. Se a legislação estadual admitia o cômputo do tempo de serviço prestado a estabelecimento particular de ensino, para efeito de aposentadoria e disponibilidade, a lei posterior que revoga essa contagem, não pode retroagir para suprimi-la em relação aos que adquiriram esse direito na vigência da legislação permissiva." (STF, Acórdão unânime da 1.ª Turma, Boletim ADCOAS n.º 53.380, 1977).
14. Segundo a orientação firmada na jurisprudência judicial e administrativa (Cf. Pareceres n.ºs 2923 e 3118-PGE), a Lei Complementar prevista no artigo 103 da Constituição Federal estabelecerá as exceções para o futuro não prejudicando os direitos consagrados em leis anteriores não incompatíveis com o texto constitucional. Anote-se, a propósito, que a exigência pertinente à natureza especial do serviço, justificadora da redução do tempo comum para a aposentadoria voluntária também estava presente na Constituição de 1946 a qual, por outro lado, permitia a possibilidade de alteração do quantum por via de lei ordinária.
15. Assim decidiu o Supremo Tribunal no Recurso Extraordinário n.º 78.984-RJ:

"Aposentadoria do professor aos 65 anos de idade, admitida pelo artigo 53 da Lei n.º 4.881-A, de 6 de dezembro de 1965, não se acha revogada pelo artigo 103 da Constituição Federal. A lei complementar, prevista no artigo 103 da Constituição Federal estabelecerá as exceções para o futuro, não prejudicando os direitos consagrados em leis anteriores não incompatíveis com o texto constitucional." (RTJ 71/289).

16. EM CONCLUSÃO, parece-nos, salvo melhor juízo, que, tendo a Administração Pública concedido o favor para as funcionárias que se aposentaram aos 30 anos de serviço, por se tratar de inativação normal, comum, não especial, o mesmo há de suceder às empregadas, ex-autárquicas, da Companhia Estadual de Energia Elétrica — CEEE —, as quais, por força do artigo 12 da Lei n.º 4.136/61, têm assegurados os mesmos direitos pertinentes aos funcionários públicos, entre eles o previsto na Lei Suely, para que acresçam ao seu tempo de serviço o tempo ficto, nos termos da Ordem de Serviço n.º 15/82, do Chefe do Poder Executivo.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 29 de maio de 1984.

Acolho as conclusões do Parecer n.º 5.695, da lavra do Procurador do Estado Doutora MARISA SOARES GRASSI.

Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Energia, Minas e Comunicações.
Em 29-05-84.

NEY SÁ
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

COMPLEMENTAÇÃO DE PROVENTOS

EUNICE ROTTA BERGESCH
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.677

COMPLEMENTAÇÃO DE PROVENTOS. SERVIDORES AUTÁRQUICOS.

A complementação de proventos é deferida obedecidas as mesmas condições impostas pela legislação estadual para concessão de aposentadoria.

Possibilidade de cômputo de tempo de serviço privado (Lei nº 7.057/76).

Em razão da negativa de registro pelo Tribunal de Contas do Estado do Ato de 2 de setembro de 1982, do Diretor-Geral do DEPARTAMENTO ESTADUAL DE PORTOS, RIOS E CANAIS (DEPRC), publicado no Diário Oficial do Estado, de 13 de abril de 1983, que concedeu diferença de proventos ao servidor A.X. da S., chega a esta Procuradoria-Geral o Processo nº 00046-18.00/84-ST, com o pedido de exame e parecer.

Consta do expediente que o servidor autárquico em questão goza de aposentadoria especial, desde 1º de outubro de 1972, às expensas do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), tendo sido desligado do DEPRC na mesma data (Portaria nº 0892, de 10 de outubro de 1972), quando contava com 26 anos, 6 meses e 22 dias de efetivo serviço público (fls. 48-TC).

A anexa Certidão nº 204/78 (fls. 50-TC) informa que, de 18 de fevereiro de 1946 a 30 de setembro de 1972, trabalhou em serviços que ensejaram o acréscimo de 1/6 ao tempo de efetivo serviço público, de conformidade com o artigo 1º, item II letra "e" da Lei nº 2.455/54.

Com base no Parecer nº 59/81 do Tribunal de Contas do Estado, foi efetuado o cálculo da diferença de proventos prevista no Decreto-lei nº 1.145, de 12 de agosto de 1946, e publicado o ato concedendo a vantagem, ato esse cujo registro foi posteriormente negado, nos termos do Parecer Coletivo nº 5/82 do mesmo Órgão Colegiado.

A controvérsia gira em torno de vantagem assegurada pelo Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado (Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, artigo 177, inciso VI) de complementação de proventos de funcionário público estadual, aposentado por instituição previdenciária, nos termos do Decreto-lei 1.145/46.

Antes da emissão do supramencionado Parecer Coletivo nº 5/82, o entendimento do Tribunal de Contas era no sentido de que, formalizada a aposentação do servidor pelo INPS, teria sido implementada a única condição imposta por lei para que se lhe deferisse a complementação de proventos, que não ficaria subordinada a quaisquer regras vigentes sobre cômputo de tempo de serviço para fins de inativação.

Vejamos, então, as normas legais pertinentes à matéria.

Na vigência do Decreto-lei nº 311, de 31 de dezembro de 1942, anterior Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, que assegurava proventos integrais aos funcionários que completassem trinta e cinco anos de serviço público, foi editado o Decreto-lei nº 1.145/46, que assegurou essa vantagem, nas mesmas condições, aos funcionários públicos civis do Estado associados de caixas de aposentadoria e pensões.

Posteriormente, os servidores autárquicos passaram a ser beneficiários da mesma vantagem, por força do disposto no artigo 1º da Lei nº 1.851, de 27 de setembro de 1952, que veio a ter sua redação alterada pela Lei nº 2.355 de 21 de junho de 1954, "verbis":

"Artigo 1º — São as autarquias autorizadas a estender a seus servidores inscritos em instituições federais de previdência social, as vantagens concedidas pelo Decreto-lei nº 1.145, de 12 de agosto de 1946."

O vigente Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, ao dispor sobre aposentadoria, garantiu, no artigo 177, VI ao servidor estadual aposentado por instituição previdenciária, o di-

reito à complementação de proventos, nas mesmas hipóteses previstas para os demais funcionários, "verbis":

"IV — quando o funcionário, vinculado à Instituição de Previdência Social, não tiver feito jus ao benefício, o Estado arcará com o ônus da aposentadoria, na forma garantida por este Estatuto, continuando o funcionário como segurado obrigatório da Instituição Previdenciária, até que por ela lhe seja assegurado o direito à inatividade remunerada, caso em que caberá ao Estado pagar somente a diferença, se houver, nos termos da lei vigente."

Resta indagar das condições impostas pela legislação estadual para a concessão da benesse.

A intenção do legislador não foi outra que a de garantir o mesmo tratamento conferido aos funcionários que viessem a se aposentar pelos cofres estaduais àqueles que, vinculados à Instituição de Previdência Social, viessem a, por ela, aposentar-se.

Se concedeu igual vantagem deixou-a adstrita ao implemento das mesmas condições, observada a proibição, decorrente de preceito constitucional, de servidor na inatividade ganhar mais que o ativo.

Assim, é de se concluir que a complementação de proventos por parte do Tesouro Estadual é devida ao inativo do Instituto Nacional de Previdência Social tão-só se este implementar também as condições impostas pela respectiva legislação estatutária para aposentação, ou seja, quando a aposentadoria previdenciária tiver o mesmo sustentáculo exigível para a aposentação pelo Estado.

Em resumo, as condições para que seja deferida a complementação de proventos são as mesmas da aposentadoria estadual.

Com isso fica assegurado que o servidor estadual com regime previdenciário próprio não perceberá menos do que lhe seria devido se a fonte pagadora de proventos fosse o Tesouro do Estado, também não poderá receber mais, porque adstrito à observância dos mesmos requisitos.

De tal modo que, embora satisfeitos os pressupostos para concessão da aposentadoria pelo Órgão Previdenciário, segundo as regras próprias desse sistema, pode ocorrer de o servidor não cumprir as exigências legais para concessão da aposentadoria estadual, quando então não se lhe deferirá, por consequência, a complementação de proventos.

Há que se distinguir, pois, de um lado as condições necessárias à obtenção da aposentadoria previdenciária e, de outro, os requisitos impostos na lei estadual para concessão de aposentadoria pelos cofres estaduais, requisitos esses a serem implementados para garantirem o direito à complementação de proventos.

Pelo que me parece de toda acertada a conclusão do Parecer Coletivo nº 5/82 do Tribunal de Contas do Estado de que "a aposentadoria do servidor estadual, decretada pelo regime previdenciário federal a que se filia, não constitui fato gerador de direito à complementação de proventos assegurada no Decreto-lei nº 1.145/46, se as circunstâncias em que se funda não encontram correspondência no ordenamento estatutário do Estado para a sua concessão" alterando manifestação anterior (Parecer nº 59/81).

Nesse passo, parece-me oportuno o exame da matéria à luz das disposições acerca do cômputo de tempo de atividade privada para fins de aposentadoria no serviço público.

Estabelece o artigo 1º da Lei nº 7.057, de 30 de dezembro de 1976, que o "tempo de serviço prestado em atividade vinculada ao regime da Lei federal nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, poderá ser computado, na forma prevista nesta lei, pelo funcionário para obtenção de aposentadoria voluntária, bem como para cálculo dos proventos de aposentadoria voluntária ou compulsória, e dos vencimentos de disponibilidade".

Esse tempo, computado segundo as regras federais, não poderá exceder ao tempo de efetivo serviço público, sendo vedada a contagem de tempo de serviço em dobro e o concomitante com o serviço público. Impedido, ainda, o cômputo de um mesmo tempo para idênticas vantagens nos dois sistemas (artigo 2º da Lei nº 7.057/76).

Desde que o tempo de serviço prestado em atividade vinculada ao regime da Lei federal nº 3.807/60 já não houvesse sido computado para a aposentadoria perante o INPS não estaria, nos, no caso de complementação de proventos, frente à contagem de um mesmo tempo para

idênticas vantagens, porque uma é a aposentadoria, outra é o simples acréscimo dela, de forma a igualá-la ao percebido pelo ativo na mesma função.

É de se perquirir, então, da possibilidade de adicionar-se tempo de serviço privado ao tempo de serviço público para preenchimento da condição temporal imposta na lei estadual para concessão de aposentadoria, e, por via de consequência, para a complementação de proventos.

Se, por disposição legal, deve ser valorado o tempo de serviço privado, nos limites impostos pela aludida Lei n.º 7.057/76, para concessão de aposentadoria à conta do Estado, e, ainda garantem, o Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado e a Lei n.º 1.145/46, que o servidor filiado à Previdência Social não vá receber menos do que lhe seria devido se a fonte pagadora fosse a estadual, não vejo como alijar a possibilidade de contagem desse tempo, para que somado ao tempo de serviço público estadual, viesse a satisfazer a condição temporal permissora do deferimento da pretensão de complementação de proventos.

Feitas essas colocações básicas, passemos à questão específica versada no expediente.

Trata-se de processo em que foi concedida, a 2 de setembro de 1982, complementação de proventos a servidor autárquico (DEPRC), inativado pelo INPS (aposentadoria especial), em 1972, quando contava com 26 anos, 6 meses e 22 dias de efetivo serviço público, já computado o acréscimo de 1/6, de conformidade com o artigo 1.º, item II, letra "e" da Lei n.º 2.455/54, qual seja, por "serviços industriais que exigem habitualmente o trabalho aos domingos e feriados e superior a 8 (oito) horas diárias (Certidão n.º 204/78, fls. 50-TC).

Já foi salientado que os benefícios do Decreto-lei n.º 1.145/46 foram estendidos aos servidores autárquicos pelas Leis n.º 1.851/52 e n.º 2.355/54, o mesmo ocorrendo com o pessoal do DEPRC optante pelo regime trabalhista, "procedente de interação funcional sujeita ao regime estatutário" aos quais foi garantida a vantagem por autorização da Lei n.º 2.038/53 (Ato n.º 206, de 23 de abril de 1976), veja-se sobre a matéria — Apelação Cível n.º 17.293 da 4.ª Câmara Cível e Agravo de Petição n.º 13.097 da 2.ª Câmara Cível, ambas do Tribunal de Justiça do Estado.

A aposentadoria do servidor em questão pelo Estado obedeceria às condições impostas no Estatuto geral do funcionalismo estadual, não fosse ele contribuinte obrigatório da Previdência Social. Possuía ele menos do que os trinta e cinco anos do serviço público que lhe garantiriam a aposentadoria por tempo de serviço (artigo 178 do Estatuto). Ocorre que lhe foi concedida aposentadoria especial. Não resta, contudo, esclarecido o embasamento da mesma, nem o tempo de serviço comprovado para tal fim, perante o INPS, e, que, pela modalidade de inativação, supõe-se inferior a trinta e cinco anos.

Se fosse o caso, caberia, ao inativo de que se trata, comprovar a natureza da aposentadoria previdenciária que lhe foi concedida, para que se examinasse da possibilidade de a legislação estadual conferir vantagem em igual situação. Seria o caso dos ex-combatentes, dos trabalhadores em serviços perigosos e insalubres, dentre outros, que recebem tratamento diferenciado dos demais trabalhadores tanto no Estado como na esfera previdenciária federal, quando se trata de aposentadoria, beneficiários que são de redução considerável no tempo de serviço exigido para a inativação.

Chegar-se-ia a outro desiderato se houvesse comprovação de condições passíveis de gerar tratamento especial, por parte do Estado, no tocante ao *quantum* de tempo de serviço prestado, necessário à obtenção da aposentadoria voluntária prevista no artigo 178 da Lei n.º 1.751/52, tendo em vista as hipóteses da Lei n.º 2.455/54.

Especificamente no caso em foco — aposentadoria em 1972 — coerentemente com a linha seguida até aqui, não haveria possibilidade de vir a somar-se o tempo de atividade privada, que acaso possuísse o interessado, com a finalidade de completar os trinta e cinco anos de serviço exigidos, porquanto a Lei n.º 7.057/76 limitou o alcance do benefício, dispondo que a contagem recíproca não atingiria "as aposentadorias e disponibilidades concedidas ou ocorridas antes do início de sua vigência".

Da maneira como está posta a questão, entretanto, é totalmente procedente a negativa de registro do ato que determina a complementação de proventos do Senhor A. X. da S. pelo Tribunal de Contas do Estado, seguindo entendimento já defendido pelo extinto Conselho do Serviço Público.

Isto posto, CONCLUI:

1.º — A complementação de proventos deve ser conferida com base idêntica e na forma e condições previstas na legislação estadual para aposentadoria;

2.º — A aposentação pela Previdência Social Federal não é condição bastante para o deferimento da pretensão à complementação de proventos, se não tiver ela como causas geradoras as mesmas previstas para a inatividade às expensas dos cofres estaduais;

3.º — A possibilidade de contagem de tempo privado para aposentadoria, previsto na Lei n.º 7.057/76, é extensiva para a hipótese de complementação de proventos, observados os requisitos desse diploma legal;

4.º — Correto o desligamento do servidor, quando da aposentadoria previdenciária, e irregular o ato que lhe conferiu diferença de proventos com base em entendimento, vigente à época, do Tribunal de Contas do Estado;

5.º — Não havendo qualquer indício de má-fé, descabe a devolução de quantias acaso percebidas a título de complementação de proventos.

Este o parecer.

Porto Alegre, 11 de maio de 1984.

Acolho as conclusões do Parecer n.º 5.677, subscrito pelo Procurador do Estado Doutora EUNICE ROTTA BERGESCH.

Encaminhe-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário dos Transportes.

Em 11.5.84.

NEY SÁ
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

USO DE BEM PÚBLICO

EULÁLIA MARIA DE CARVALHO GUIMARÃES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.690

Concessão, permissão e autorização de uso — institutos de Direito Administrativo hábeis a transmitir a particulares o uso de bem do domínio público.

O princípio orçamentário da unidade de caixa.

Fundo Penitenciário e remuneração devida pelo trabalho do apenado.

O SENHOR SECRETÁRIO DE ESTADO DA JUSTIÇA solicita pronunciamento desta Procuradoria a respeito de contrato de locação com particular, pelo qual atribuiu-se-lhe, em julho de 1981, o uso da marcenaria do Presídio Central de Porto Alegre e respectivas máquinas, para o exercício das atividades constantes no registro da firma locatária, com a finalidade maior de dar emprego a mão-de-obra dos detentos.

No contrato em causa estabeleceu-se, também, que a locatária recolheria mensalmente à Tesouraria do Estabelecimento Locador a importância de três salários mínimos regionais e, ainda, um salário mínimo por cada apenado registrado como empregado da empresa, firmando cada detento o recibo salarial respectivo.

Fixaram-se, ainda, cláusulas de responsabilidade da locatária pelo uso e conservação do patrimônio locado e condições de sua restituição ao final do contrato.

É o relatório.

O contrato enviado a exame enseja a análise de três questões distintas, a saber:

1. A possibilidade de cedência a particulares de bens públicos de uso especial, mediante contrato de locação.

2. A estipulação contratual, que determina o recolhimento da receita proveniente de uso de bem público à tesouraria especial do Presídio Central de Porto Alegre, frente às disposições do artigo 56 da Lei federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estabelece o princípio orçamentário da unidade de caixa, e da Lei estadual nº 5.741, de 24 de dezembro de 1968, que criou o Fundo Penitenciário Estadual.

3. A questão referente ao trabalho obrigatório a que estão sujeitos os apenados e a respectiva remuneração.

No tocante à primeira questão é sabido que os bens do domínio público classificam-se em bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais.

Os bens de uso especial, no ensinamento da doutrina majoritária, constituem-se dos edifícios, prédios e terrenos integrantes do patrimônio público, afetados ao uso de repartições e serviços públicos.

A marcenaria situada em dependências do Presídio Central de Porto Alegre, por certo, inclui-se entre os bens de domínio especial do Estado. Pretende o Poder Público ceder suas dependências a particular para que a explore, com a finalidade maior de proporcionar trabalho aos detentos.

Ora, ao dispor assim de bem do seu patrimônio para entregá-lo a terceiro, não se valerá o Estado de instituto de direito privado tal como a locação, hábil a regular e definir as relações dos particulares entre si.

Tem-se, aliás, batido a doutrina, no sentido de aclarar o equívoco em que têm incidido os administradores ao pretenderem atribuir bens públicos de uso especial a particulares, mediante contrato de locação.

A respeito, incisivamente, ensina HELY LOPES MEIRELLES:

"Erroneamente as Administrações têm feito concessões remuneradas de uso de seus bens sob a imprópria denominação de 'locação' pretendendo submetê-las ao

Código Civil e às leis do inquilinato e até mesmo à lei de locações para fins comerciais, o que é inadmissível em se tratando de uso especial de bem público." (Direito Administrativo Brasileiro, 9ª ed., pág. 426). E, em nota de rodapé, à pág. 427 da mesma obra, conclui: "Sustentar-se que o Poder Público realiza locação de seus bens aos particulares seria tão aberrante dos modernos princípios do Direito Administrativo, como afirmar-se que o funcionário público faz com a Administração um contrato de locação de serviços, quando hoje ninguém desconhece a natureza estatutária das relações que se estabelecem entre as entidades estatais e seus servidores."

No mesmo sentido a lição de CRETELLA JR.:

"Embora a concessão de uso de bem público apresente alguma semelhança com o instituto paralelo da locação civil, os institutos são bem diversos, porque este último é regido por princípios privatísticos e a concessão de uso por princípios de direito público." (Teoria e prática do Direito Administrativo — Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1979, pág. 86).

Ademais do contrato de concessão de uso tem a Administração a seu dispor dois outros institutos de Direito Administrativo, a saber: a autorização e a permissão de uso. Distingue os três institutos, uns dos outros, a maior ou menos intensa vinculação da Administração Pública ao interesse do particular e à disposição do bem.

Se a outorga do uso se faz a título precário, nenhum direito subjetivo fazendo nascer ao particular, que pode usar do bem sem contudo poder invocar qualquer privilégio contra a Administração, temos caracterizada a outorga de uso, de regra revogável a qualquer tempo, independentemente de indenização.

Em posição oposta, encontramos o contrato de concessão de uso pelo qual se atribui ao particular o uso exclusivo de determinado bem público, para que o use e explore segundo sua destinação específica.

Contrato administrativo que é, pode ser revogado a qualquer tempo se assim o interesse público, gerando, no entanto, em favor do particular, o direito à indenização, se do ato da Administração lhe advierem prejuízos. Indica a doutrina a necessidade de ser precedido de licitação como todo contrato administrativo e, ainda, de prévia autorização legislativa.

A meio caminho entre o formal contrato de concessão e a precária autorização, temos a permissão de uso. Ato unilateral de outorga do bem público a particulares, não fica sujeita à prévia licitação e sequer à autorização legislativa. Pode se dar a prazo certo ou indeterminado, a título oneroso ou gratuito, com exclusividade de uso ao permissionário ou não.

Ensina HELY LOPES MEIRELLES que *"se não houver interesse para a Administração mas tão-somente para o particular o uso especial não deve ser permitido nem concedido, mas simplesmente autorizado em caráter precaríssimo"*. (ob. cit. pág. 424).

Do até aqui examinado já se pode concluir que para a atribuição das dependências da marcenaria do Presídio Central a particular, pode o Estado se valer quer do contrato de concessão, quer do ato de permissão, sendo de excluir-se a possibilidade de ser o uso meramente autorizado, em face da precariedade que caracteriza este último instituto.

No caso específico, parece-nos mais aconselhável a utilização do instituto unilateral da permissão, não só pelo fato de ser na prática mais informal, mas, também, porque acarreta à Administração uma vinculação menos intensa aos interesses do particular. Embora não sujeita expressamente, vez que não se constitui em contrato administrativo, à realização de prévia licitação, nada impede que a Administração, no sentido de obter a colaboração mais vantajosa aos seus interesses, licite previamente a outorga do uso.

O segundo aspecto a ser analisado é a possibilidade de ser a contraprestação pelo uso remunerado recolhida pelo particular à tesouraria especial, situada no prédio do Presídio Central de Porto Alegre, conforme reza a cláusula 1ª do contrato.

A questão cinge-se, de fato, à legalidade ou não de instituição da referida tesouraria.

A Lei federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatuiu as normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, dispõe em seu artigo 56:

"Artigo 56 — O recolhimento de todas as receitas far-se-á em estrita observância ao princípio da unidade de tesouraria vedada qualquer fragmentação para criação de caixas especiais."

Isto significa que todas as receitas devem convergir para uma e única caixa, o que não implica que, fisicamente, não possa haver mais de um local a realizar a receita pública.

O sentido é o de unidade, ao menos sob o aspecto da contabilidade, quer o recolhimento da receita se faça em agências bancárias autorizadas, quer em tesourarias regularmente instituídas.

A propósito, impende referir que a organização administrativa estadual incluiu na área de competência da Secretaria da Fazenda a atividade de Administração Financeira (Decreto estadual nº 19.801, alterado pelo Decreto nº 31.120, de 15 de março de 1983).

Quanto à Secretaria da Justiça, reservou-lhe o Decreto estadual nº 31.120 referido, as seguintes áreas de atuação:

- a) administração penitenciária;
- b) arquivo público;
- c) registro do comércio.

Daí se extrai que, situando-se o Órgão central do sistema da Administração Financeira do Estado na Secretaria da Fazenda, somente esta última tem competência para instituir tesourarias ou pagadorias.

Por tudo isso afigura-se-nos ilegal a portaria que instituiu o regimento interno do Presídio Central de Porto Alegre, na parte em que cria, junto aos seus serviços administrativos, uma tesouraria.

Aliás, com referência à instalação e funcionamento de tesourarias especiais, não instituídas nem vinculadas ao órgão central do Sistema da Administração Financeira Estadual, já se manifestou esta Procuradoria através dos Pareceres nºs 2.146 e 5.540, o primeiro do Procurador MANOEL ANDRÉ DA ROCHA e o último do Procurador MAURÍCIO AZEVEDO MORAES, concluindo ambos pela impossibilidade de criação de tais caixas e tesourarias por ofensa ao princípio da unidade de caixa estabelecida no artigo 56 da Lei federal nº 4.320/64.

Mas não é tudo. A par disto e com fundamento no artigo 8º, letra "c" e parágrafo único da Constituição Federal, o Estado do Rio Grande do Sul, usando de sua competência supletiva para legislar sobre despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública e regime penitenciário editou a Lei nº 5.741, de 24 de dezembro de 1968, que criou o Fundo Penitenciário.

Percebendo a dificuldade e inconveniências que poderiam advir ao Sistema Penitenciário Estadual em permanecer adstrito às regras gerais que determinam deva o pagamento de toda e qualquer despesa pública fazer-se mediante prévio empenho, ressaltados os casos excepcionais e expressamente previstos em lei de adiantamento, criou o legislador estadual o Fundo Penitenciário e colocou-o sob a gestão do Superintendente da SUSEPE.

Por certo teve a lei em causa a finalidade de pôr fim ao sistema de tesourarias especiais, tal como está instalada no Presídio Central de Porto Alegre, por não admitidas pelos ordenamentos jurídicos nacional e regional.

Não tinha a lei referida, porém, somente este objetivo e o parágrafo único de seu artigo 1º elenca, entre outros, aqueles de intensificar a laborterapia nos estabelecimentos penais, promover o trabalho dos apenados, custear encargos e medidas de recuperação e assistência aos apenados, seus dependentes e os da vítima, fornecer meios para ampliação, manutenção, conserto e funcionamento de locais e equipamentos de estabelecimentos penais e facilitar o atendimento de outras necessidades correlatas.

O artigo 2º, da mesma lei, a sua vez, diz constituírem receitas do Fundo:

- I — As doações e contribuições de pessoas de direito público e privado;
- II — os juros de depósitos ou de operações de crédito do próprio Fundo;
- III — o produto das operações realizadas pelos estabelecimentos penais com a alienação dos excedentes de sua produção agrícola, pastoril ou industrial resultante do trabalho dos reeducandos, observadas as disposições legais pertinentes;
- IV — quaisquer outras rendas que possam ser atribuídas ao Fundo.

Ora, em face da disposição legal, parece-nos, no mínimo, razoável e coerente que a receita estadual, proveniente de uso por particulares de bens públicos, situados em dependências de

estabelecimentos penitenciários, com a finalidade específica de dar emprego a mão-de-obra dos detentos, deva ser recolhida à conta especial do Fundo Penitenciário, aberta no Banco do Estado do Rio Grande do Sul, Agência Central, conforme refere o § 1º, do artigo 3º, da lei em exame, incluindo-se a receita na categoria "Quaisquer outras rendas que possam ser atribuídas ao Fundo", prevista no item IV, do artigo 2º, da mesma lei.

Relativamente ao aspecto do trabalho obrigatório ao qual estão sujeitos os apenados e a forma de sua remuneração, cabe referir que não se pode admitir, pelos mesmos motivos supra-expendidos, o recolhimento do salário respectivo à tesouraria que funciona no Presídio Central. A estes somam-se ainda, as determinações contidas na Lei estadual nº 6.308, de 25 de novembro de 1971, e no Decreto nº 21.508, de 22 de dezembro de 1971, que traçaram regras a respeito do trabalho externo dos apenados, aplicável ao caso por analogia naquilo que diz com a administração do salário dos detentos.

Dispõe o Decreto referido, no artigo 5º, § 1º, que a remuneração auferida pelo sentenciado será recebida pela Direção do Estabelecimento Penitenciário, que lhe dará a seguinte destinação:

"a) 30% (trinta por cento) ao pagamento de eventual indenização em virtude de crime, à satisfação de despesas pessoais impreteríveis e ao respectivo alojamento, assim com as refeições que fizer no estabelecimento penitenciário mensal-mente.

b) 35% (trinta e cinco por cento) creditado ao sentenciado em conta-corrente em agências do Banco do Estado do Rio Grande do Sul ou da Caixa Econômica Federal.

c) os restantes 35% (trinta e cinco por cento) serão entregues aos dependentes do sentenciado, se houver."

Determina ainda o mesmo diploma legal que, na hipótese de inexistência de dependentes, a percentagem a que refere a letra "c" seja creditada em conta-corrente ao sentenciado.

Parece-nos que a forma de compatibilizar o disposto na letra "a" supratranscrita, naquilo que diz com a parcela destinada à satisfação de despesas referentes ao alojamento e refeições dos detentos, com as disposições da Lei estadual nº 5.745, de 28 de dezembro de 1968, que dispõe sobre o Fundo Penitenciário, será aquela de recolher a percentagem correspondente a tais despesas ao Fundo. E isto, porque ao Fundo compete, além de fornecer meios para ampliação, manutenção, conserto e funcionamento de locais e equipamentos dos estabelecimentos penais e demais órgãos do sistema penitenciário, facilitar o pronto atendimento a quaisquer outras necessidades correlatas.

Nesta linha de raciocínio e consideradas as finalidades visadas pelo Fundo, nada mais justo que fazer para o mesmo convergir a parcela correspondente à satisfação do apenado às despesas de alojamento e refeições.

Quanto aos demais percentuais que, por força do mandamento regulamentar, deverão ser creditados diretamente ao sentenciado e entregues aos seus familiares, fica à Direção do Presídio o dever de tomar as medidas pertinentes, no sentido de ser obedecida a norma ordenatória.

Finalmente, importa referir que, não sendo o Presídio Central de Porto Alegre pessoa jurídica, não pode, como tal, firmar contratos. Competente para comparecer ao ato é o Estado do Rio Grande do Sul, representado pelo Secretário da Justiça, vez que sequer ao Superintendente da SUSEPE o Decreto nº 20.768, de 7 de dezembro de 1970, que dispôs sobre a Superintendência dos Serviços Penitenciários, facultou a assinatura de contratos. É o que se depreende da disposição contida no seu artigo 5º, IX, "verbis";

"Artigo 5º — Ao Superintendente incumbe:

IX — propor convênios e acordos de serviços, bem como locações, aquisições e alienações de imóveis".

Ora, se o Decreto expressamente concedeu ao Superintendente competência para propor tais convênios e contratos, resta evidente que, implicitamente, e a "contrário sensu" subtraiu-a

para firmá-los, remanescendo a mesma, à falta de delegação nos termos da lei, com o Senhor Secretário da Justiça.

Isto posto, concluímos:

1. O contrato de concessão de uso e os atos unilaterais de permissão e autorização de uso são institutos do Direito Administrativo hábeis a transferir a particulares o uso de bem do domínio público.

2. O princípio orçamentário da unidade de caixa, previsto no artigo 56 da Lei federal n.º 4.320/64, veda a instituição de tesourarias especiais não vinculadas ao órgão central de Administração Financeira do Estado.

3. A receita proveniente de contraprestação pelo uso de bem do domínio público estadual, situado no prédio do Presídio Central de Porto Alegre, não pode ser recolhida à tesouraria instituída com infração ao artigo 56 da Lei federal n.º 4.320/64 e em desacordo com as normas que estabelecem a organização administrativa estadual, devendo ser recolhida ao Fundo Penitenciário instituído pela Lei estadual n.º 5.741/68.

4. Compete à Administração do Estabelecimento Penitenciário receber a remuneração, paga por terceiro empregador, pelo trabalho do sentenciado, dando-lhe a destinação prevista na legislação estadual. Compete-lhe, outrossim, no desempenho do dever legal, recolher ao Fundo a parcela destinada ao custeio das despesas do detento com alojamento e alimentação, porque ao Fundo atribuiu a lei o encargo de fornecer meios para o pronto atendimento de necessidades correlatas ao funcionamento de locais e equipamentos situados em estabelecimentos penais.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 25 de junho de 1984.

Acolho as conclusões do Parecer n.º 5.690, da lavra do Procurador do Estado Doutora EULÁLIA MARIA DE CARVALHO GUIMARÃES.

Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário da Justiça.

Em 25-06-84.

NEY SÁ
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE

FLORIANO MILLER NETO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 5.783

AUTARQUIA. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE.
Pertence ao Estado o produto da arrecadação do imposto de renda incidente sobre os rendimentos do trabalho dos servidores de suas autarquias, quando obrigatória a retenção do tributo pela fonte pagadora.

O Senhor Presidente do INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO solicita o pronunciamento desta Procuradoria-Geral do Estado sobre o procedimento a adotar quanto ao recolhimento do imposto de renda, retido na fonte, incidente sobre os rendimentos do trabalho dos servidores daquela autarquia. Em sua consulta, ressalta o conflito entre o § 1.º do art. 23 da Constituição Federal, e o disposto na Circular n.º 42, de 6 de fevereiro de 1981, do Sr. Ministro da Fazenda. Aquele destinando o recolhimento aos cofres do Estado; esta, aos cofres da União.

Estatui a Constituição Federal:

"Art. 23
§ 1.º Pertence aos Estados e ao Distrito Federal o produto da arrecadação do imposto a que se refere o item IV do artigo 21 (renda e proventos de qualquer natureza), incidente sobre rendimentos do trabalho e de títulos da dívida pública por eles pagos, quando forem obrigados a reter o tributo."

Dispõe a Portaria n.º 42/81, do Sr. Ministro da Fazenda:

"O Ministro de Estado da Fazenda, interino, no uso de suas atribuições, e tendo em vista o artigo 18 do Decreto-lei n.º 1.089, de 2 de março de 1970, resolve:

I — O produto da arrecadação do imposto sobre a renda que os Estados, Distrito Federal e Municípios forem obrigados a reter na fonte, relativamente aos rendimentos pagos aos seus servidores, incorpora-se às suas respectivas receitas.

II — O produto da arrecadação do imposto sobre a Renda que as autarquias e outros órgãos da Administração Indireta Estaduais, Municipais ou do Distrito Federal, forem obrigados a reter na fonte, relativamente aos rendimentos pagos aos seus servidores, será recolhido aos cofres da União, na forma e nos prazos estabelecidos pela legislação tributária aplicável."

Constata-se, pois, que o Ministério da Fazenda estabelece nítida distinção entre Estado e autarquia, para efeito de apropriação do imposto de renda retido de seus servidores. Daí a dúvida suscitada; e para seu deslinde cumpre examinar as transformações havidas na norma constitucional.

Anteriormente, na redação original da Constituição de 1967, nenhuma referência havia quanto à necessidade de lei ordinária disciplinando a destinação futura do imposto de renda retido. A disposição era auto-aplicável. Verbis:

"Art. 24
§ 1.º — Pertence aos Estados e ao Distrito Federal (e também aos Municípios, pelo § 1.º, b, do art. 25) o produto da arrecadação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza que, de acordo com a lei federal, são obrigados a reter como fontes pagadoras de rendimentos do trabalho e dos títulos da sua dívida pública."

Entretanto, com o advento da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, a redação passou a ser a seguinte:

"Art. 23
§ 1.º — O produto da arrecadação do imposto a que se refere o item IV do art. 21, incidente sobre rendimentos do trabalho e de títulos da dívida pública pagos pelos Estados e pelo Distrito Federal (e também pelos Municípios, cf. art. 24, II, §

2º), será distribuído a estes, na forma que a lei estabelecer, quando forem obrigados a reter o tributo."

Este disciplinamento, então previsto, se fez pelo Decreto-lei n.º 1.089, de 2 de março de 1970, em seu artigo 18 e parágrafos:

"Art. 18. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios manterão em seu poder, para posterior incorporação à sua receita, o produto da retenção na fonte do imposto de renda incidente sobre o rendimento do trabalho de seus servidores e sobre os juros e prêmios das obrigações de sua dívida pública.

§ 1º — O disposto neste artigo aplica-se, apenas, às pessoas jurídicas de direito público acima mencionadas e, nos casos de rendimentos do trabalho, exclusivamente aos percebidos pelos servidores da Administração Direta dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e sujeitos à tabela progressiva de incidência na fonte sobre os rendimentos do trabalho assalariado.

§ 2º — A incorporação definitiva à receita da retenção realizada na forma deste artigo, somente poderá se dar após comunicação, à repartição competente da Secretaria da Receita Federal, do total dos rendimentos brutos pagos no mês anterior e o montante do imposto retido. Esta comunicação será feita pela entidade retentora até o último dia útil de cada mês.

§ 3º.

Esta a origem da discriminação fazendária.

Mas na verdade, em nenhuma das versões da Constituição se vislumbra a intenção de excluir do montante repassado aos Estados quaisquer parcelas retidas por seus órgãos. A Emenda n.º 1/69 pretendeu isto sim, foi disciplinar a incorporação definitiva desses recursos à receita dos Estados; porém a providência mostrou-se prejudicial aos beneficiários, pelos entraves burocráticos que criou, por isto a alteração pela Emenda Constitucional n.º 17, de 2 de dezembro de 1980, cuja justificativa no substitutivo apresentado pela Comissão Mista do Congresso Nacional assim explicitava:

"A redação proposta para o § 1º do art. 23 e § 2º do art. 24 visa a evitar o retardamento na obtenção de recursos por parte dos Estados e Municípios.

Atualmente, a receita proveniente do imposto sobre a renda descontado na fonte, por Estados e Municípios, no pagamento a servidores e a beneficiários de rendimentos de seus títulos da dívida pública, é a eles distribuída como forma de adiantamento da parcela que lhes corresponde nos fundos de participação. Acontece, todavia, que esses ingressos vêm sendo retardados, pois que Estados e Municípios são obrigados a repassar tais recursos à União, que oportunamente os fará retornar.

O que se procura sanar na proposta são esses trâmites burocráticos que prejudicam os Estados e Municípios, que merecem dispor de suas receitas com mais presteza, e que não apresentam características de relevância para o erário federal."

Com a promulgação dessa Emenda n.º 17/80, houve um retorno à redação original da Constituição de 1967, eliminando-se a previsão de lei ordinária regulamentadora da distribuição do produto arrecadado. Com isto, ficou derogado o artigo 18 e parágrafos do Decreto-lei n.º 1.089/70, e sem fundamentação legal a Portaria n.º 42, do Sr. Ministro da Fazenda, eis que já não mais se faz necessária qualquer regulamentação. O dispositivo constitucional voltou a ser auto-aplicável.

E de outro ângulo, já antes, o Decreto-lei n.º 1.089/70 extravasara flagrantemente de seu plano de competência, pois ao invés de simplesmente estabelecer a forma como seria distribuído o imposto retido pelos Estados, pretendeu regular também o que seria distribuído, por isto impropriamente excluiu o produto da retenção pelas autarquias. Ora, "a lei federal nem pode dispensar a retenção, nem retirar dos Estados-membros, ou do Distrito Federal, ou do Município, o direito a considerar como seu (e automaticamente o é) o que a União discriminou como pagável em retenção", como conclui PONTES DE MIRANDA (Comentários à Constituição de 1967. RT Editora. São Paulo, 1973, tomo II, pág. 508). E a exclusão de parte de arrecadado inegavelmente caracteriza a hipótese vedada à lei ordinária.

Argumentação contrária certamente se funda na idéia de que as autarquias não integram o Estado, não se confundem com a pessoa jurídica de direito público assinalada no § 1º, do art. 23 da Constituição, e portanto estão impedidas de reter em definitivo o imposto de renda descontado de seus servidores. Esse entendimento repousa no enunciado de autarquia, que dá o art. 5º do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967:

"Autarquia — O serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receitas próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada."

A esse argumento, contrapõe-se o fato de que "O Decreto-lei n.º 200/67 não é propriamente uma lei orgânica, pois não estabelece a estrutura da Administração. O seu objetivo principal e imediato é a fixação de diretrizes e princípios que proporcionem funcionalidade e dinamicidade à Administração Federal", como esclarece HELY LOPES MEIRELLES, na sua excelente obra Direito Administrativo Brasileiro, 3ª ed. RT, pág. 668. Sendo norma programática, como é, muitas vezes conceitua com imprecisão e flagrantes impropriedades jurídicas.

Ademais, aos Estados é assegurada autonomia para organizar seus serviços e atividades pelas Constituições e leis que adotarem, respeitados os princípios estabelecidos pela Constituição Federal, entre os quais não se incluem aqueles fixados pelo Decreto-lei n.º 200/67, destinados especificamente à Administração Federal. Assim, sem qualquer restrição legal, poderiam executar diretamente as atividades típicas cometidas de ordinário às autarquias. Neste caso, dúvida não há de lhes pertencer o imposto de renda retido do rendimento de seus servidores. E por que haveria, então, se simplesmente descentralizarem essas atividades?

As autarquias são serviços personalizados, descentralizados da Administração, incumbidas de realizar atividades que são próprias da Administração central. "A autarquia está no Estado"; "a autarquia integra o organismo estatal", no dizer de HELY LOPES MEIRELLES, que arremata: "Isto explica porque os privilégios administrativos (não os políticos) do Estado se transmitem natural e institucionalmente às autarquias." (ob. cit. pág. 305)

A propósito, com a costumeira precisão, CAIO TÁCITO se expressa:

"A todas as regalias apontadas, que têm por objeto a flexibilidade administrativa adaptada aos seus fins especiais, contrapõe-se, contudo, a concepção básica de que as autarquias, não obstante autônomas, não são independentes da administração do Estado, em seu sentido global.

As autarquias são entidades satélites, que devem ficar na órbita dos interesses fundamentais do Estado.

São instrumentos da política administrativa geral, em cujo planejamento se inserem e a cujas diretrizes se subordinam.

Nasce dessa circunstância a característica que marca a natureza jurídica das autarquias, ou seja, a sua subordinação ao controle ou tutela administrativa do Estado, por intermédio da administração direta, ou do supremo comando administrativo." (Direito Administrativo. Ed. Saraiva, 1975, pág. 158).

Desse encadeamento conclui-se que a Constituição Federal assegura aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o direito de incorporar às suas receitas, de imediato e sem condicionamento, o produto da arrecadação do imposto de renda retido sobre o rendimento do trabalho e de títulos da dívida pública, pagos por eles ou por suas autarquias.

Em resposta à consulta, devem as autarquias estaduais continuar a recolher aos cofres do Estado o imposto retido na fonte, como fora determinado pela Ordem de Serviço n.º 01/81, do Exmo. Sr. Governador do Estado (DOE de 15.1.1981).

PORTO ALEGRE, 15 de agosto de 1984.

Acolho o Parecer n.º 5.783 da lavra do Procurador do Estado Doutor FLORIANO MILLER NETO.

Restitua-se o expediente ao Instituto de Previdência do Estado.

Em 15.8.84.

NEY SÁ
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

ASSUNTOS MUNICIPAIS

DESAPROPRIAÇÃO PARA MANUTENÇÃO DE POSSEIROS EM TERRENOS URBANOS

SÍLVIA LA PORTA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Constitucional na UNISI-
NOS

PARECER N.º 5.795

Desapropriação por interesse social pelo Município, para manutenção de posseiros em terrenos urbanos.
Inaplicabilidade, pelo menos na totalidade do caso, da hipótese legal do artigo 2.º, inciso IV, da Lei n.º 4.132 de 1962.
Desapropriação para efetivar plano de urbanização: vinculada a implementação dos pressupostos legais do artigo 5.º, alínea i, do Decreto-lei n.º 3.365 de 1941.

A revenda dos bens desapropriados.

Outra solução jurídica viável: desapropriação de diferente área para assentamento das famílias de posseiros.

MUNICÍPIO DE TORRES, por seu Prefeito e Presidente da Câmara de Vereadores, dirige-se a esta Procuradoria-Geral para colocar a seguinte questão de ordem jurídica: empresa urbanizadora adquiriu área de terra no perímetro urbano para fins de loteamento, sendo que dita gleba já na ocasião vinha sendo ocupada por possuidores constituídos por dezenas de famílias.

Esta área encontra-se presentemente dividida em lotes, estando o loteamento já inscrito regularmente no ofício imobiliário, importando em mais de duzentos (200) lotes.

Informa o expediente que *"por força de medidas judiciais a empresa proprietária já efetuou algumas remoções, estando agora com mandados de reintegração — já expedidos — contra algumas dezenas de famílias"*.

Alerta o consulente que esta difícil situação vem causando *"até mesmo convulsão social"* pois se efetivadas as medidas de reintegração de posse resultará em grave problema sócio-econômico envolvendo as famílias dos posseiros.

A Prefeitura consulente, no intuito de resolver o problema, cogitou da aquisição de uma outra área de terra para ali assentar os desalojados, solução esta que não foi levada a termo, dada *"uma certa relutância de parte dos posseiros em transferirem-se do local"*.

Tendo em vista estes fatos, perguntam:

a) existe possibilidade de desapropriação por interesse social em se tratando de área urbana ou só a União pode desapropriar com este fundamento?

b) Poderia a área ser desapropriada com fundamento no artigo 5.º letra i, do Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, considerando que no caso *"já existe loteamento registrado, não se tratando, pois, de área para ser loteada"*?

c) Sendo juridicamente possível a desapropriação, poderia o Município transacionar os lotes com os ocupantes dos mesmos (posseiros), assegurando-lhes a permanência do local, mediante contrato de compra e venda?

É o relatório.

2. Esta Procuradoria-Geral examinou em inúmeros pareceres matéria que tangencia a ora analisada, mas onde o foco era precipuamente a desapropriação com fins à implantação de distrito industrial, com posterior revenda dos lotes a particulares e a desapropriação para construção de casas populares.

A hipótese presentemente em exame busca saber da possibilidade jurídica, dentro do delineamento do direito positivo, da desapropriação para manutenção de posseiros, recaindo sobre área urbana onde há loteamento já aprovado pela Prefeitura e já regularmente inscrito no Registro de Imóveis.

3. O consulente encaminha sua primeira indagação referindo-se à *desapropriação por interesse social*, definida e regulada na Lei n.º 4.132, de 10 de setembro de 1962. No artigo 2.º, inciso IV, tem-se hipótese legal que pareceu à Prefeitura consulente como adequada ao problema exposto, qual seja:

"Art. 2.º — Considera-se de interesse social:

IV — a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias."

O artigo 1.º ocupa-se em definir a desapropriação por interesse social como a que

"Será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social, na forma do artigo 147 da Constituição Federal" (Carta de 1946).

A referência inicial à Lei n.º 4.132, de 1962, justifica-se pela menção que a ela faz o consulente, cabendo a respeito esclarecer objetivamente que:

a) orientação mais recente da doutrina e da jurisprudência tem admitido que Estado e Município desapropriem por interesse social, ressalvada sempre a hipótese constitucionalmente prevista de competência exclusiva da União de desapropriar propriedade territorial rural, limitada "às áreas incluídas nas zonas prioritárias fixadas em decreto do Poder Executivo", só recaindo sobre propriedades improdutivas assim definidas em lei, cfe. artigo 161, § 2.º, da Lei Maior. Efetivamente, decidiu o Supremo Tribunal Federal, no RE n.º 74.635-SP, que:

"Desapropriação por interesse social. Legitimidade de sua decretação por Estado ou Município, desde que atendida a lei federal pertinente, não tenha por objeto propriedade rural, nem vise a fins de reforma agrária."

Em tese, inexistente óbice constitucional ou legal a que o Município desapropriar por interesse social, afora a circunstância específica do artigo 161 da Constituição — desapropriação para fins de reforma agrária — e desde que a situação fática permita a incidência dos tipos legais da Lei n.º 4.132, de 1962.

b) A situação descrita no expediente refoge, pelo menos quanto à totalidade da área, à hipótese legal de desapropriação por interesse social, pois que no caso, embora objetive a manutenção dos posseiros em gleba urbana, inexistente a outra condição legal inafastável, qual seja, a "tolerância expressa ou tácita do proprietário" (inciso IV do artigo 2.º): não se pode ignorar a evidência das medidas judiciais interpostas contra algumas famílias de posseiros.

Em relação às glebas onde não houve interposição de ação judicial, seria possível a desapropriação pelo fundamento ora examinado, desde que inequívoca a tolerância do(s) proprietário(s).

4. O cuidado no sentido da precisa inclusão nos tipos elencados nos diplomas que regulam as desapropriações assenta na lição da doutrina administrativa e na relevante posição jurisprudencial que decidiu ser *nulo* qualquer ato desapropriatório que não se insira nos casos expressamente consignados em lei (em Ag. I. n.º 42.240, em 16-05-1968, RTJ 46/550 e seguintes).

Dedicando-se justamente ao exame da extensão do controle jurisdicional na ação de desapropriação, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (em Elementos de Direito Administrativo, Ed. Rev. dos Trib., SP, 1980, p. 206 e seguintes) destaca a possibilidade de verificar se o expropriante fundou a ação expropriatória numa das hipóteses legais dela permissiva. E assegura:

"Com efeito, há que entender que as palavras da lei — e no caso, as hipóteses legais previstas como autorizadas da desapropriação — têm um sentido próprio, um conteúdo, à vista de uma finalidade, que é, afinal, a garantia do sistema normativo. Caso contrário, as expressões legais, por não significarem nada, não precisariam existir: a lei seria um documento sem utilidade alguma, completamente despiciendo. Por isso, cumpre que a declaração de utilidade pública seja efetivamente predisposta à realização de uma das finalidades que ensejam o exercício do poder expropriatório. Segue do exposto que se o proprietário puder, objetivamente e indisputavelmente, demonstrar que a declaração de utilidade pública não é um instrumento para a realização dos fins a que se preordena, mas um recurso ardiloso para atingir outro resultado, o juiz deverá reconhecer-lhe o vício e, pois, sua invalidade."

Assim, tendo referido a modalidade de desapropriação por interesse social e afastada pelo menos em parte sua aplicabilidade à presente situação, passamos a examinar outra hipótese de desapropriação, por outro fundamento legal, qual seja por *utilidade pública*, contemplada no Decreto-lei n.º 3.365 de 1941.

5. Este diploma legal prevê em seu artigo 5.º, letra i, cuja redação foi alterada por força da lei n.º 6.602, de 07 de dezembro de 1978, textualmente:

"Art. 5.º — Consideram-se casos de utilidade pública:

i) — a abertura, conservação e melhoramentos de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o loteamento de terrenos edificadas ou não para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética."

A distinção entre modalidades de desapropriação por interesse social e por necessidade ou utilidade pública, enquanto tal, foi recentemente tida senão por superada, ao menos por secundária, em decisão do Supremo Tribunal Federal (na Ap. C. em RE 31.190, RJ DJU de 16-12-83, p. 20160, onde ficou registrado que:

"... embora os casos em que tem cabimento a desapropriação sejam tecnicamente diferenciados, o fato é que todos eles estão incluídos no conceito de utilidade pública. É o que assinala aquele eminente autor (HELY LOPES MEIRELLES) com apoio em SEABRA FAGUNDES."

Este esclarecimento acima pretende destacar um conceito nodal à qualquer modalidade de desapropriação ou a qualquer fundamento do ato expropriatório: é imperioso que a desapropriação seja motivada e que atinja uma finalidade de *interesse público*, quer dizer, que seja medida administrativa com este precípuo e exclusivo fim, sem albergar objetivos privatísticos. E é justamente a ocorrência do mau exercício do poder expropriatório que se identifica com a figura do *desvio de poder* virtualmente implícito ou explícito às desapropriações.

Esta ordem de idéias levou CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (op. cit., p. 207) a assim se pronunciar:

"A discricionariedade, dentro das hipóteses legais de desapropriação, não é, evidentemente, possibilidade aberta ao Poder Público de servir-se formalmente das expressões legais para atribuir-lhe a força de instrumento de satisfação de propósitos alheios aos que a lei protege, deseja e expressa. Ato de tal natureza configura desvio de poder e deve ser coartado pelo Judiciário através de meio eficaz, isto é, na própria ação de desapropriação, sob pena de não resultar na proteção pleiteada ao valor jurídico resguardável."

6. No que concerne especificamente ao exame da hipótese legal da alínea i do artigo 5.º do Decreto-lei n.º 3.365, antes transcrito, importa sobremodo, para os presentes fins, que se esclareça a categoria jurídica da *desapropriação para planos de urbanização* e as circunstâncias que justificam sua ocorrência.

Em artigo publicado na Revista de Estudos e Pareceres de Direito Público, vol. II, Ed. Rev. dos TT., SP, 1977, p. 426 e seguintes, HELY LOPES MEIRELLES ocupou-se da matéria registrando:

"Desapropriação para urbanização é toda aquela que se decreta por necessidade ou utilidade pública, mas visando à formação de um novo núcleo urbano ou a reurbanização de uma cidade ou de um bairro envelhecido ou inadequado para sua nova destinação (...)"

Esta operação normalmente exige desapropriação de terrenos e construções particulares para que o Poder Público possa realizar os melhoramentos urbanísticos planejados, devolvendo, após, ao uso comum do povo, as áreas de domínio público, permanecendo com a Administração, os estabelecimentos de uso especial e vendendo-se aos particulares os terrenos e construções excedentes e sem destinação pública."

O conceito ou a compreensão do tipo expropriatório para *fins urbanísticos* ganhou grande amplitude dada a abrangência do conceito de *urbanismo*.

Como o disse ADILSON ABREU DALLARI em *Desapropriação para Fins Urbanísticos* (Forense, RJ, 1981, p.53)

"Esta questão foi objeto de análise por parte de Martins Gamero, para quem dificilmente se encontrará uma desapropriação que não tenha entranhada uma finalidade urbanística, pois todas visam à melhoria das condições de vida comunitária."

Neste sentido, o dispositivo em apêço (artigo 5º, alínea i do Decreto-lei nº 3.365, de 1941) tem grande extensão no que concerne à execução de planos de urbanização, englobando "demolição, reconstrução, mas também o zoneamento, a remodelação dos serviços públicos e até mesmo os mecanismos administrativos e financeiros inerentes a esse processo" (DALLARI, op. cit., p. 59).

Pode-se concluir que planos de urbanização são os projetos da Administração Pública que visem à ordenação do solo para fins urbanos, desde que elaborados e aprovados pelas autoridades competentes.

Estas, pois, as condições, a nosso ver, que devem ser implementadas pelo Município para desapropriar, validamente, pelo referido fundamento legal.

7. Poder-se-ia ainda cogitar de outra hipótese legal, qual seja a contemplada no texto da lei nacional do parcelamento do solo urbano, Lei nº 6.766, de 1979, que prevê:

"Artigo 44 — o Município, o Distrito Federal e o Estado poderão expropriar áreas urbanas ou de expansão urbana para loteamento, demolição, reconstrução, e incorporação, ressalvada a preferência dos expropriados para a aquisição de novas unidades."

Mas também aqui as situações legalmente descritas parecem não coincidir com o suporte fático da circunstância ora examinada. Com os dados constantes do expediente se é levado a concluir que não se trata de remodelar, modernizar ou refazer o perfil urbano de uma área ou zona da cidade, daí a inaplicabilidade, *in casu*, deste tipo legal.

8. Registre-se, a este passo, que foi juntada posteriormente ao expediente cópia de Decreto expropriatório nº 32/78, datado de 19 de setembro de 1978, incidente sobre a área ora cogitada, tendo seu fundamento incidido no artigo 5º, letra i, do Decreto-lei nº 3.365, de 1941. Tal desapropriação não se efetivou, tendo caducado o decreto respectivo cinco anos após sua publicação. E o artigo 10 daquele diploma legal é bem explícito em exigir o prazo de um ano depois da caducidade, para o mesmo bem ser objeto de nova declaração. Assim, em setembro de 1983, deu-se a caducidade da medida desapropriatória e, se fosse juridicamente sustentável a nova expropriação, o Poder Público municipal deveria obrigatoriamente aguardar até depois de setembro do ano corrente para expedir outro ato no mesmo sentido.

9. Constatada, pelas razões acima expendidas, a dificuldade de desapropriação da indigitada área, sugerimos como solução para o grave impasse criado à municipalidade, que desapropriar *outra* gleba e ali assente os posseiros desalojados. O fundamento legal para tal medida administrativa está no Decreto-lei nº 3.365, artigo 5º, alínea e:

"a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência."

Caberia ainda a expedição de decreto expropriatório, sobre *outra* gleba, com assento na Lei nº 4.132, de 1962, artigo 2º, inciso V, a saber:

"a construção de casas populares."

É evidente que tal fundamento só poderá ser erigido se efetivamente o Poder Público vier a proceder as medidas habitacionais, sob pena, como se viu acima, de desvio de finalidade.

Considerando que neste caso de desapropriação para fins de urbanização ou para construção de casas populares fica compreendida a faculdade, senão mesmo a necessidade de venda dos lotes a particulares, tem-se hoje assente na doutrina e na jurisprudência e validade destes negócios jurídicos.

Em artigo intitulado Revenda de Bens Expropriados com Fins Urbanísticos, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO asseverou:

"A revenda dos bens loteados (...) e sua incorporação no patrimônio dos adquirentes não é comportamento indevido, nem configura desvio de poder. É simplesmente exercício de um poder. O mau uso dele, o valer-se desta capa para buscar outros fins, alheios à criação da utilidade pública, é que pode configurar desvio de poder."

Esta venda a particulares não implica enriquecimento ilícito por parte da Administração pública, como poderia talvez ser suscitado: o enriquecimento ilícito é aquele que não encontra causa juridicamente tutelada. E no caso destas desapropriações, a realização da obra pública, com implantação dos equipamentos urbanos muito provavelmente acarreta a valorização dos imóveis.

Por outro lado, considerando que os posseiros desalojados sejam pessoas de baixa renda, incapazes de suportar a aquisição de imóvel com seus modestos orçamentos, pode a Prefeitura valer-se da cessão de uso ou concessão real de uso, remunerada ou gratuita, até, com as diferentes caracterizações pertinentes a cada regime público, para viabilizar o assentamento destas pessoas. O tema refoge aos limites do que foi indagado, ficando em aberto a possibilidade de ulteriores esclarecimentos a este respeito, dentro do juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público.

11. Dentro do exame da *legalidade*, temos a responder às questões propostas:

1) A situação descrita no expediente não configura, pelo menos quanto à totalidade da área, tipo legal de desapropriação por interesse social disciplinado pela Lei nº 4.132, de 1962, porque em seu artigo 2º, inciso IV, supõe "a tolerância expressa ou tácita do proprietário" com os posseiros de terrenos urbanos. Quando se configura o fato tal qual contemplado na descrição legal, nada impede que o Município proceda a desapropriação por este fundamento, em relação às áreas onde houve e há tolerância do(s) proprietário(s).

2) Para a área em questão ser desapropriada com base na alínea i, do artigo 5º do Decreto-lei nº 3.365, é preciso que a Prefeitura efetive um plano de urbanização, tal qual previsto no suporte legal do ato expropriatório a ser editado, sob pena de desvio de finalidade.

3) Em qualquer caso, deve o Poder Público aguardar o decurso de prazo que se esgota em setembro do corrente ano, para editar novo decreto expropriatório.

4) Sugere-se, outrossim, a desapropriação ou aquisição, mediante licitação, de outra área para promover o assentamento dos posseiros desalojados, justificando-se então, a revenda ou a utilização de instrumento de direito administrativo que permita a concessão de uso dos lotes aos particulares.

Sendo área integrada ao patrimônio público municipal, sua alienação, cessão de uso, concessão de uso ou concessão real de uso depende de prévia autorização legislativa.

É o nosso parecer.

PORTO ALEGRE, 23 de agosto de 1984.

Of. Gab 991/84

Porto Alegre, 29 de agosto de 1984.

SENHOR PREFEITO:

Em atenção ao seu Of. nº 71/84, datado de 14 de junho do corrente ano, no qual Vossa Excelência solicita pronunciamento desta Casa sobre desapropriação de uma área de terras nesse Município, aprez-me encaminhar-lhe "o Parecer nº 5.795", que espero possa elucidar a questão proposta.

Serve-me, também, a oportunidade, para comunicar-lhe que esta Procuradoria-Geral do Estado, através da Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Municipais, estará sempre à disposição de Vossa Excelência quanto a posteriores consultas.

Valho-me do ensejo para apresentar protestos de apreço e consideração.

NEY SÁ

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

A Sua Excelência o Senhor Doutor CLÓVIS WEBBER RODRIGUES
DD. Prefeito Municipal de
TORRES-RS

ELEIÇÃO DA MESA DA CÂMARA DE VEREADORES

MARIA IZABEL DE ARAÚJO RIBEIRO FONYAT
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Civil na UNISINOS

PARECER Nº 5.621

Município. Câmara de Vereadores. Eleição da Mesa.

A Mesa da Câmara de Vereadores do Município de Horizontina pode ser eleita com a presença da maioria absoluta dos integrantes da Câmara, com fundamento na Lei Orgânica do Município, a qual, por sua vez, guarda simetria com a Constituição Federal.

O Presidente da Câmara Municipal de Horizontina solicita desta Procuradoria-Geral do Estado, seja encaminhado a esta Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Municipais, pronunciamento a respeito de normas inseridas na Lei Orgânica Municipal (artigos 6º, 5º, 4º, e artigo 8º), bem como no Regimento Interno da Câmara (artigos 81 e 24).

Entende a autoridade consultante que existe colidência entre os mencionados diplomas legislativos, razão pela qual deseja saber se a Mesa pode ser eleita com a presença da maioria absoluta dos integrantes da Câmara e não como exige o Regimento Interno desta última, ou seja, 2/3 (dois terços) dos seus membros.

É a consulta.

Especificamente, o assunto em tela diz respeito ao quorum a ser adotado, para fins de eleição da Mesa da Câmara Municipal, "ato político-administrativo", na expressão de HELY LOPES MEIRELLES. (Direito Municipal Brasileiro, 4ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, p. 562).

Na verdade, sobre essa matéria, não existe simetria entre o disposto na Lei Orgânica Municipal e o Regimento Interno da Câmara.

Dispõe a lei fundamental do Município:

"Art. 6º —

§ 4º — Durante a sessão legislativa ordinária anual a Câmara funcionará ordinariamente nos dias que o Regimento Interno estabelecer, com a presença, no mínimo, da maioria absoluta de seus membros."

"Art. 8º — Ressalvados os casos expressos nesta Lei Orgânica, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria dos Vereadores."

E os artigos 81 e 24 do Regimento Interno da Câmara prescrevem:

"Art. 81 — Verificada a presença de 2/3 (dois terços) dos membros da Câmara o Presidente abrirá a sessão, caso contrário aguardará durante 30 minutos. Persistindo a falta de quorum a sessão não será aberta, que será constado na Ata."

"Art. 24 — A eleição da Mesa será feita por maioria simples, presentes 2/3 (dois terços) dos membros da Câmara."

Depreende-se, pois, da leitura dos dispositivos supratranscritos, que houve por parte do legislador municipal uma disparidade de tratamento na fixação do quorum para funcionar a sessão da Câmara, em especial, para fins de eleição da Mesa.

Desta forma, enquanto a Lei Orgânica Municipal, conforme dispõe o artigo 6º, § 4º e o artigo 8º, estabelece o quorum da maioria absoluta dos membros da Câmara, os artigos 81 e 24 do Regimento Interno, e expressamente, este último, que trata da eleição da Mesa, prevêm o de 2/3 (dois terços) dos membros da Câmara.

O referido artigo 8º da Lei Orgânica repete, a nível municipal, o artigo 31 da Constituição Federal, que dispõe:

"Art. 31 — Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Câmara serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria de seus membros."

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, comentando esse preceito constitucional escreve:

"Este artigo enuncia importante disposição. Fixa o 'quorum' para deliberação. Ou seja, estabelece qual o mínimo de parlamentares que deverá estar presente numa deliberação, para que esta seja válida. Tal 'quorum' é a maioria dos membros da Câmara. Assim, se não estiver presente a maioria dos membros da Casa do Congresso, portanto, a sua maioria absoluta, não poderá haver deliberação válida. Faltarão 'quorum'."

Todavia, presente a maioria (absoluta) dos membros da Casa do Congresso, a deliberação será tomada por maioria simples, salvo os casos expressos na Constituição, casos esses em que a maioria qualificada é reclamada (p. ex., artigo 59, § 3º)." ("Comentários à Constituição Brasileira: Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. São Paulo. Saraiva. 1972, vol. I.213).

Assim, a Lei Orgânica do Município não poderia dispor diferentemente a respeito do referido 'quorum', em detrimento do disposto no já transcrito preceito constitucional, o qual, porque diz respeito ao processo legislativo, se erige em princípio obrigatório para os Estados e Municípios, a teor do artigo 13, item III da Constituição Federal, que diz:

"Art. 13 — Os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes:

III — o processo legislativo."

E o artigo 143 da Constituição Estadual prescreve:

"Art. 143 — Os Municípios do Rio Grande do Sul regem-se pelas Leis Orgânicas e demais leis que adotarem, respeitados os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição."

São, pois, inconstitucionais, os artigos 81 e 24 do Regimento Interno da Câmara, antes reproduzidos, prevalecendo, porque guardam simetria com a Constituição Federal, os preceitos retrotranscritos, contidos na Lei Orgânica Municipal.

Ainda, sempre que cotejados do ponto de vista hierárquico, a Lei Orgânica Municipal e o Regimento Interno da Câmara, prevalecem as normas contidas naquela, já que este último é aprovado por Resolução da Câmara Municipal.

Por derradeiro, respondendo ao questionado pela autoridade consultante, se há de entender que a Mesa da Câmara de Vereadores do Município de Horizontina, pode ser eleita com a presença da maioria absoluta dos integrantes da Câmara, com fundamento na Lei Orgânica do Município, a qual, por sua vez, guarda simetria com a Constituição Federal.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 15 de março de 1984.

Acoiho a conclusão do Parecer nº 5.621, de lavra do Procurador do Estado MARIA IZABEL DE ARAÚJO RIBEIRO FONYAT.

Restitua-se o expediente à Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Municipais, com vistas a sua remessa à autoridade consultante.

Em 15-3-84.

NEY SÁ
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

RETENÇÃO DO VALOR DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA

BARTOLOMÉ BORBA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N° 5.839

ISS — Retenção do valor do imposto.
Obrigatoriedade do recolhimento pelo responsável, desde que dita obrigatoriedade seja especificada na legislação local.

A PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO GABRIEL, através da Chefia de Cadastro e Tributação, solicita desta Procuradoria-Geral do Estado parecer sobre a maneira como poderia obrigar os clubes, associações, etc., que contratam serviços discriminados no item 28 da lista de serviços do Decreto-lei n° 406, de 31 de dezembro de 1968, a reter o valor da alíquota sobre este serviço (Diversões Públicas), devido a grande parte destes tratarem-se de serviços eventuais e com contribuintes itinerantes o que torna difícil a cobrança do referido imposto.

É o relatório.

O referido Decreto-lei, em seu artigo 8°, diz:

"O imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa.

§ 1° — Os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

§ 2° — Os serviços não especificados na lista e cuja prestação envolva o fornecimento de mercadorias ficam sujeitos ao imposto de circulação de mercadorias."

É a legislação municipal que tem competência para dispor sobre o ISS, regulando sua incidência, alíquota, contribuinte, obrigações acessórias, infrações, penalidades, etc.

O Código Tributário Nacional, ao tratar da responsabilidade tributária, diz, em seu artigo 128:

"Sem prejuízo do disposto neste Capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação."

Pela redação do artigo supra, temos que um terceiro, que não se acha ligado diretamente ao fato gerador do tributo (no caso da presente consulta, os clubes, associações, etc., em relação aos prestadores dos serviços constantes da lista mencionada), torna-se responsável pelo cumprimento da obrigação tributária. Por isso, o Poder Público considera com a obrigação de recolher o imposto, pessoa diversa do verdadeiro contribuinte.

Considerando especificamente o ISS, e, como já fundamentado no artigo 128 do CTN, vemos que pode haver a pessoa do responsável, que é o sujeito passivo tributário.

Com relação ao responsável do ISS, diz BERNARDO RIBEIRO DE MORAES:

"No ISS existe também a figura do responsável substituto, prevista em lei ordinária. Embora não estejam relacionadas direta e pessoalmente com o fato gerador do tributo municipal, certas pessoas ficam obrigadas ao pagamento do ISS por disposição expressa da lei, v.g., quando deixam de exigir do prestador do serviço a respectiva nota fiscal. Na hipótese do tomador do serviço pagar ao prestador sem nada lhe exigir (nem mesmo o número de inscrição como contribuinte do ISS), deixará o Poder Público sem condições de localizar o verdadeiro contribuinte, quando necessário. Daí a lei ordinária do ISS fazer exigências ao tomador do

serviço para que exija do prestador nota fiscal, e, caso não a tenha, desconte o ISS como fonte sob pena de tornar-se responsável (substituto) pelo imposto. A esfera subjetiva dos obrigados é assim ampliada, a fim de que o Poder Público possa garantir melhor a sua arrecadação tributária."

E, mais adiante, diz ainda o referido autor:

"O Poder Público, para maior garantia de sua receita tributária, por disposição expressa em lei ordinária, considera com a obrigação de recolher o imposto, pessoa diversa do verdadeiro contribuinte."

Desta forma, vê-se que é possível obrigar os clubes, associações, etc., neste caso os responsáveis, ao recolhimento do imposto sobre os serviços relacionados no item 28 da lista referida, desde que o Município o estabeleça em sua legislação tributária.

A título de exemplo, passamos a transcrever parte da Lei Complementar n° 27, de 10 de dezembro de 1976, da Prefeitura Municipal de Porto Alegre, que, sobre o assunto em pauta, diz:

"VI — O Artigo 1° passa a ter a seguinte redação:

Art. 18 — O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza de que trata a Lei Complementar n° 7, de 7 de dezembro de 1973, incide sobre a pessoa física ou jurídica que, com ou sem estabelecimento fixo, preste serviços enunciados na "Lista" editada pelo Decreto-lei n° 834, de 8 de setembro de 1969, não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados.

§ 3° — As pessoas físicas ou jurídicas prestadoras de serviços que se utilizarem de serviços prestados por empresas ou profissionais autônomos sujeitos à incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza ficam solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto relativo aos serviços a eles prestados, se não exigirem dos mesmos a comprovação da respectiva inscrição no cadastro fiscal."

Respondendo, então, especificamente ao solicitado pelo consultante:

— É possível ser criada a figura do responsável para recolhimento do ISS, desde que seja formalizada por lei, que, por sua natureza, deverá ser de iniciativa do Poder Executivo.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 25 de setembro de 1984.

Of. Gab. 1124/84

Porto Alegre, 25 de setembro de 1984.

SENHOR PREFEITO

Tenho o prazer de dirigir-me a Vossa Excelência para encaminhar-lhe o Parecer n° 5.839, que atende consulta formulada pelo Senhor Vítor J. D. Righi, Chefe de Cadastro e Tributação dessa municipalidade, sobre a forma de elaborar um regulamento que obrigue os clubes, associações, etc., que contratam serviços discriminados no item 28 da lista de serviços do Decreto-lei n° 406, de 31 de dezembro de 1968, a reter o valor da alíquota sobre este serviço.

Serve-me, também, a oportunidade, para comunicar-lhe que esta Procuradoria-Geral do Estado, através da Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Municipais, estará sempre à disposição de Vossa Excelência quanto a posteriores solicitações.

Valho-me do ensejo para apresentar protestos de apreço e consideração.

NEY SA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

A Sua Excelência o Senhor Doutor BALTAZAR BALBO TEIXEIRA
DD. Prefeito Municipal de
SÃO GABRIEL — RS

MAGISTÉRIO PÚBLICO MUNICIPAL

RENITA MARIA HÜLLEN
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N° 5.817

MAGISTÉRIO PÚBLICO MUNICIPAL.
REGIME JURÍDICO.

Professores efetivos e professores admitidos em caráter suplementar e a título precário.

Submete o PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PARAIÁ a esta Procuradoria-Geral do Estado as seguintes questões:

1) Se há obrigatoriedade de o Município promover concurso público para professores municipais.

2) Qual o grau de escolaridade mínima para habilitação a tal concurso?

É esclarecido na consulta que há no Município aproximadamente 30 professores; que muitos deles contam atualmente 15 anos e, alguns, 20 anos de magistério municipal; que dentre os professores, alguns não possuem qualquer titulação, mas que os mesmos são imprescindíveis, porque atuam em lugares de difícil acesso, não servidos por transporte coletivo, onde pessoas mais qualificadas não se propõem a trabalhar.

É o relatório.

2. Passamos a responder.

O princípio da acessibilidade dos cargos públicos a todos os brasileiros, que satisfaçam os requisitos estabelecidos em lei, viabiliza-se através da forma de concurso público, de provas ou de provas a títulos (Constituição Federal, artigo 97, e § 1°).

A regra geral a presidir o ingresso no serviço público é o concurso público, o qual deve preceder a nomeação para cargo de provimento efetivo.

A pessoa investida em cargo público denomina-se funcionário público, com significado de servidor submetido ao regime jurídico institucional, também dito regime estatutário, compreendendo a disciplina da relação jurídica que liga o servidor à Administração Pública, abrangendo a investidura em cargos de provimento efetivo e de provimento em comissão (Constituição, artigo 97 e §§ 1° e 2°).

O serviço de ensino mantido pelo Poder Público é uma atividade de caráter permanente. Por isso, deve ser exercida por profissionais investidos em cargo público de provimento efetivo.

Estatui a Constituição da República que a educação é direito de todos e dever do Estado, que o ensino será ministrado nos diferentes graus pelos Poderes Públicos (artigo 176, e § 1°) e que a legislação do ensino adotará, entre outros princípios e normas, o de que o provimento dos cargos iniciais e finais das carreiras do magistério de grau médio e superior dependerá, sempre, de prova de habilitação, que consistirá em concurso público de provas e títulos, quando se tratar de ensino oficial (artigo 176, § 3°, inciso VI).

A Lei federal n° 5.692, de 11 de agosto de 1971, que traça diretrizes e bases para o ensino de 1° e 2° graus, enuncia que o ensino primário corresponde ao 1° grau (1° a 8° séries) e o ensino médio ao 2° grau (artigo 1°, § 1°).

Institui esse diploma os requisitos mínimos quanto à formação profissional para o exercício do magistério de 1° e 2° graus (artigo 30), prevê o ingresso dos professores no ensino oficial através de concurso público de provas e títulos (artigo 34) e recomenda a estruturação dos cargos do magistério em carreira (artigo 36).

Na Lei federal n° 4.024, de 20 de dezembro de 1961, fala-se em garantia de remuneração condigna aos professores, entre outras condições, para o reconhecimento oficial de estabelecimentos de ensino pelos Estados (artigo 16, § 1°, letra d).

É discutível a legitimidade do conteúdo do artigo 34 da Lei 5.692, de 11 de agosto de 1971. A nosso ver, é uma interferência ilegítima nos Estados e Municípios a exigência de prova de

títulos, além da de conhecimentos, para os concursos de professores do ensino do 1° grau. A Carta Federal tornou obrigatória a prova de títulos apenas para o ensino médio e superior. Pensamos que a lei federal exorbita neste ponto, invadindo a competência dos Estados e Municípios, aos quais compete organizar seus serviços com autonomia, em seu respectivo âmbito administrativo, só sendo admissíveis, nesse terreno, limitações à lei local decorrentes diretamente das normas constitucionais.

Sem embargo, conclui-se que o concurso público, seja ele apenas de prova de conhecimentos, ou também de prova de títulos, é obrigatório para o ingresso no magistério público municipal, em princípio, admitindo-se as exceções que serão examinadas a seguir. É pressuposto necessário ao concurso a habilitação profissional prevista em lei federal.

3. Chegamos assim, à segunda questão proposta:

Qual o grau de escolaridade mínima para habilitação ao concurso público para o magistério municipal (no caso, de 1° grau)?

Conforme a Lei federal n° 5.692, de 11 de agosto de 1971, a escolaridade mínima exigida é o curso de magistério correspondente à habilitação específica do 2° grau, que permite ministrar o ensino de 1° grau, da 1ª até a 4ª série (artigo 30, letra a). Os que tenham esse tipo de habilitação, poderão lecionar também na 5ª e 6ª série do 1° grau, mediante estudos adicionais cujos mínimos de conteúdo e duração serão fixados pelos competentes Conselhos de Educação (§ 1°, do artigo 30 da Lei 5.692/71, com a redação pela Lei 7.044, de 18 de outubro de 1982).

Para o ensino de 1° grau, da 1ª a 8ª séries, há necessidade de curso superior (licenciatura de 1° grau — artigo 30, letra b).

Os professores portadores de curso superior ao nível de licenciatura plena podem exercer o magistério em todas as séries do 1° e do 2° grau (artigo 30, letra c).

Acerca da ponderação inserida na consulta sobre professores com longos anos de serviço prestado ao Município, sem habilitação específica ou sem formação adequada, cabe ter presente que a legislação federal não ignora a insuficiência de oferta de docentes. De consequente, prevê a Lei 5.692/71 que, quando a oferta de professores legalmente habilitados não bastar para atender as necessidades do ensino, poderão lecionar, em caráter suplementar e a título precário, pessoas com habilitação ou sem habilitação específica, conforme os casos arrolados em seu artigo 77, alíneas a, b e c, e seu parágrafo único e respectivas alíneas.

4. Lê-se, outrossim, na referida lei que os sistemas de ensino deverão desenvolver programas especiais de recuperação para os professores sem a formação prescrita em seu artigo 29, a fim de que possam atingir gradualmente a qualificação exigida (artigo 80).

A esse propósito pronunciou-se o Conselho Estadual de Educação do Rio Grande do Sul, em seu Parecer n° 673, de 8 de maio de 1981, aprovado pelo Plenário em 17 de julho de 1981, analisando nossa realidade e experiência de ensino, baseando-se em dados estatísticos abrangendo os anos de 1978, 1979 e 1980. A fim de indicar meios ou formas de suprir as reais necessidades do ensino, especialmente no meio rural, apontou suas deficiências mais acentuadas, havendo ressaltado que:

— o percentual de professores em exercício no ensino de 1° grau sem a formação mínima prevista no artigo 30 da Lei n° 5.692, de 11 de agosto de 1971, aproxima-se de 26% em 1978, 25% em 1979 e 24% em 1980;

— neste contingente de docentes não habilitados sobressai a situação daqueles cujo nível de formação corresponde ao ensino de 1° grau completo ou até incompleto — antigo curso primário;

— a grande concentração dessas duas categorias de docentes leigos ocorre nas escolas municipais (93% e 95%, respectivamente em 1980) e na zona rural (88% e 94% também respectivamente, em 1980).

Revelou-se também "a existência de um número bastante significativo de crianças de escolas municipais do meio rural cuja educação fica sob a responsabilidade de docentes leigos, os quais, embora realizem um trabalho de grande mérito, necessitam de condições mais adequadas à melhoria da qualidade de seu desempenho" (conforme parecer do Conselho Estadual de Educação).

Em razão dessa realidade, estabeleceu o Conselho Estadual de Educação, na Resolução n° 159, de 17 de julho de 1981, a possibilidade de serem realizados, durante cinco (5) anos, a partir

da publicação dessa Resolução, *exames de capacitação* abertos a docentes leigos com formação correspondente ao 1º grau incompleto, a fim de permitir-lhes que continuem no exercício do magistério, em caráter suplementar e a título precário, até a 4ª ou 5ª série do ensino de 1º grau (artigo 1º da Resolução 159).

Só poderão candidatar-se a esses exames de capacitação docentes leigos que já se encontravam em exercício do magistério nas primeiras séries do ensino de 1º grau na data da publicação da citada Resolução 159 e que revelarem nível de conhecimentos gerais correspondentes, no mínimo, à 4ª série do ensino de 1º grau (§ 1º do artigo 1º da Resolução nº 159/81).

Consta mais nesse provimento normativo, entre outros dispositivos:

Artigo 7º — Os municípios participarão, de modo especial, no diagnóstico da situação dos leigos em exercício e na previsão de ações administrativas que visem a garantir-lhes real possibilidade de realizar os exames de capacitação e valorizar o esforço para melhorar seu desempenho no magistério.

Artigo 8º — Medidas correlatas deverão ser tomadas no sentido de oferecer à docência no meio rural condições suficientes para estimular a permanência de professores habilitados nas redes municipais de ensino e promover o aperfeiçoamento progressivo dos leigos em exercício.

Sublinha-se que sem um efetivo impulsionamento e participação dos Municípios, permanecerá letra morta essas normas estaduais.

Existem também noimas estaduais visando à instituição de *cursos supletivos de ensino de 2º grau, para habilitação de magistério*, destinados a oportunizar a formação mínima, prevista no artigo 30, letra a, da Lei federal nº 5.692/71, a docentes leigos portadores de certificados de conclusão de 1º ou 2º grau (Resolução nº 163, de 9 de junho de 1982, artigo 1º).

Esses cursos supletivos dependem de planejamento participativo entre a Secretaria da Educação e órgãos e conselhos municipais de educação e estabelecimentos de ensino (Resolução 163/82, artigo 3º).

Devem os Municípios, em cujo sistema de ensino se encontrem em atividade professores sem titulação, promover as medidas que lhes competem, segundo essas normas do Conselho Estadual de Educação, as quais visam a atender ao previsto na Lei federal nº 5.692, de 11 de agosto de 1971 (artigo 72, artigo 77, parágrafo único, letra b, e artigo 80).

5. Essas medidas vêm ao encontro do princípio da obrigatoriedade do serviço público de ensino, posto a nível constitucional, sendo corolário desse princípio o da continuidade do mesmo serviço público.

Estando em jogo vários princípios constitucionais, deve-se compatibilizá-los. Certamente o atendimento de serviço público essencial se sobrepõe a uma rígida estruturação de cargos públicos ou uma inflexível sistematização jurídica no que diz com o pessoal do serviço público municipal.

A ênfase dada pela Carta Magna à obrigatoriedade do ensino primário (artigo 176, § 1º e § 3º, inciso II, e artigo 15, § 3º, letra f), reafirmada pelas normas gerais atinentes ao ensino a nível de lei federal, caracteriza-o como serviço público essencial.

Assim sendo, mais do que qualquer outro serviço público municipal, é ele obrigatório.

Nessas circunstâncias, se de um lado o ingresso no serviço público de caráter permanente deve obedecer à disciplina constitucional traçada, que obriga à realização de concurso público, de outro lado há de se considerar que não pode haver prejuízo ao funcionamento ou à continuidade de serviço público essencial como é o ensino a cargo dos Municípios.

Deve-se então admitir soluções especiais, quer para situações transitórias, quer para suprir carências cuja satisfação seja imprevisível a curto prazo.

A ausência de formação profissional específica é incompatível com o exercício do magistério em caráter efetivo. Não permite a investidura em cargo público, a qual requer concurso público, para atendimento ao princípio da acessibilidade dos cargos.

A realização de princípio constitucional mais relevante, impõe-se o exercício do magistério em caráter suplementar e a título precário.

6. Neste ponto, resta saber qual o regime jurídico aplicável a essa hipótese.

A Carta Constitucional de 1967, abolindo as figuras do funcionário interino e do servidor extranumerário, impôs, para situações transitórias ou especiais que viessem a se constituir, a aplicação da legislação trabalhista (artigo 104).

A Emenda Constitucional nº 1/65 retrocedeu neste ponto, não mais obrigando à adoção do regime trabalhista para aquelas situações, vindo a possibilitar a instituição de regime peculiar para os servidores admitidos em serviço de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada (artigo 106).

Segundo os intérpretes mais eminentes, cogita o dispositivo de técnicos especializados de alta qualificação ou de rara especialidade.

Comentando o dispositivo em foco, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO opina no sentido de que o texto do artigo 106 visa tão-só a afastar a possibilidade de admissões temporárias ou para funções de natureza especializada, subordinadas a regime idêntico ao do funcionalismo. Que a lei competente para a disciplina de tais servidores será estadual, municipal ou federal, conforme a pessoa jurídica reclame os mencionados serviços. Salienta que a única limitação é a impossibilidade de estender aos admitidos para tais atividades a mesma legislação aplicável aos seus funcionários. Frisa que o visado pela Lei Magna é, de um lado, afastar a aplicação obrigatória das normas trabalhistas e, de outro, impedir o nivelamento entre funcionários e os servidores admitidos para os serviços referidos (Apostamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos, Ed. Revista dos Tribunais, 1972, pág. 57).

No mesmo diapasão expressa-se HELY LOPES MEIRELLES, acentuando não contar o artigo 106 uma imposição, mas sim uma faculdade concedida à União, aos Estados e aos Municípios, advertindo que se as entidades estatais não regularem a matéria mediante lei própria, somente poderão admitir servidores na forma do estatuto dos funcionários, isto é, mediante concurso público e observância das demais normas constitucionais, legais e regulamentares pertinentes, ou contratá-los segundo o preceituado na legislação trabalhista (Direito Administrativo Brasileiro, Editora Revista dos Tribunais, 1977, pág. 377).

A maioria dos autores que analisaram o dispositivo pensam caber à lei federal, estadual ou municipal, em seu respectivo âmbito, instituir o regime especial admitido, ressalvando, no entanto, que só a lei federal poderá dispor sobre aquisição de estabilidade, a teor do artigo 109 do texto constitucional.

No Parecer nº 3.190, emitido pelo então titular desta Casa, JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER, consta, verbis:

"No plano do Direito Administrativo não se costuma distinguir transitoriedade do serviço e transitoriedade do exercício, por isso mesmo, o regime jurídico do pessoal admitido para a execução transitória de serviços permanentes é (salvo disposição em contrário) o mesmo do pessoal admitido para a execução de serviços transitórios ou eventuais."

Após, conclui o parecer no sentido de que, enquanto não editada a lei especial com fundamento no artigo 106 da Emenda Constitucional nº 1/69, os servidores admitidos para a execução de serviços transitórios ou eventuais, bem como para a execução transitória de serviços permanentes, ficarão submetidos ao regime trabalhista.

A mesma orientação transparece no comentário de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, invocado, entre outros no referido parecer, ao mencionar que enquanto se aguarda a realização de concurso para o preenchimento de cargo vago, se a Administração necessitar indeclinavelmente de elemento humano para o exercício das funções correspondentes a ele, deverá admiti-lo precariamente, sob regime jurídico trabalhista ou sob normas especiais, sem equipará-lo ao funcionário, não passando ele a ocupar o cargo vago, o qual só poderá ser preenchido por concurso (obra citada, pág. 31).

Alguns doutrinadores não admitem que no dispositivo do artigo 106 da Emenda Constitucional nº 1/69 se contenha a possibilidade de estender o regime especial ali cogitado às hipóteses de exercício em caráter temporário de funções de natureza permanente, a não ser que se trate de funções técnicas especializadas.

Assim se posiciona, entre outros, HELY LOPES MEIRELLES, para quem, nesse caso, é aplicável unicamente o regime trabalhista, aduzindo ainda ser esse regime o menos indicado para o recrutamento de pessoal administrativo, e que, por isso, deve ser adotado com parcimônia e apenas em situações especialíssimas (obra citada, pág. 378).

Diante do exposto, parece indubitosa a possibilidade de opção do legislador ordinário, segundo a conveniência dos serviços sobre os quais lhe compete prover, no tangente ao regime previsto no artigo 106 da Carta Federal, podendo preferir ou não a aplicação do regime trabalhista, nas hipóteses descritas no dispositivo. Sem embargo, outras situações não enquadráveis no artigo 106, desde que não comportem investidura em cargo público, podem recair sob o regime trabalhista, o qual não en-

contra impedimento na Constituição, mas só pode ser utilizado em situações especiais que o justifiquem, isto é, na impossibilidade de provimento efetivo, assim como ocorre com as hipóteses do artigo 106 em foco.

O exercício de magistério em caráter suplementar e a título precário, por pessoas que não satisfaçam o requisito de formação profissional, na hipótese de insuficiência ou falta de oferta de professores legalmente habilitados, constitui uma situação especial, que não é subsumível ao conteúdo do artigo 106 da nossa Lei Maior.

Assim sendo, o único regime aplicável a esse exercício é o direito do trabalho, salvo situações remanescentes, constituídas antes da vigência da Constituição de 1967, relativamente às quais não tenha sido propiciada pelo Município a opção do servidor pelo regime trabalhista.

Concluimos assim nossa apreciação das questões propostas, julgando atendida a consulta.

PORTO ALEGRE, 11 de setembro de 1984.

Of. Gab. 1047/84

SENHOR PREFEITO:

Em atenção a sua correspondência, na qual Vossa Excelência solicita pronunciamento desta Casa sobre questões relativas ao ingresso de professores no serviço público municipal, aprez-me encaminhar-lhe o Parecer n.º 5.817, que espero possa elucidar a questão proposta.

De outra parte, comunico-lhe que este Órgão, através da Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Municipais, estará sempre à disposição de Vossa Excelência quanto a posteriores consultas.

Colho o ensejo para apresentar protestos de apreço e consideração.

NEY SÁ
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

A Sua Excelência o Senhor Prefeito Municipal de
PARAÍ — RS

REMUNERAÇÃO DE VEREADORES

NILO VARGAS
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 5.703

REMUNERAÇÃO DE VEREADORES.
DIÁRIAS e RESSARCIMENTO DE DESPESAS.

É legal a fixação de limites para despesas com o uso de telefone e correspondência postal.

O ressarcimento de despesas com transporte, estada e alimentação em viagem a serviço do Legislativo Municipal pode ser feito através da fixação de diárias ou de comprovação dos gastos respectivos.

Afronta os critérios e limites para a fixação da remuneração dos Vereadores a norma local que manda pagar a todos os Vereadores, mensalmente, valor fixo tendente a ressarcir despesas com transporte e moradia.

O Deputado FRANCISCO LISBOA NÁPOLI, por solicitação de integrante da CÂMARA MUNICIPAL DE ALEGRETÉ, submete à exame da Procuradoria-Geral o teor de duas Resoluções da Mesa Diretora da Câmara Municipal de São Gabriel, que dispõem sobre o uso de telefone, expedição de correspondência postal, despesas de viagem, de transporte e de moradia dos Vereadores.

Segundo a correspondência endereçada ao Deputado LISBOA NÁPOLI, e que motivou a presente consulta, pretendem alguns Vereadores da Câmara Municipal de Alegrete patrocinar a adoção de idêntica Resolução, de modo a poderem usufruir das mesmas vantagens tituladas aos Vereadores do município de São Gabriel. A consulta coloca em relevo a necessidade de ficar esclarecida a constitucionalidade das disposições contidas nos referidos textos legais.

É o relatório.

A primeira Resolução, de n.º 462/84, estabelece limites para gastos com telefone (artigo 1.º) e correspondência postal (artigo 2.º) e trata do ressarcimento das despesas que os Vereadores tiverem com transporte, alimentação e hospedagem, sempre que viajarem a *serviço de seu mandato* (artigo 3.º). Esse ressarcimento far-se-á pela modalidade de pagamento de diárias a serem fixadas no início de cada período legislativo.

A Resolução n.º 463/84, por sua vez, dispõe sobre "despesas de transporte e moradia dos Senhores Vereadores". O seu texto é o seguinte:

"Art. 1.º — A despesa mensal do Vereador a serviço de seu mandato, com transportes, não poderá ultrapassar o valor mensal de Cr\$ 95.000,00 (noventa e cinco mil cruzeiros).

Art. 2.º — A despesa mensal do Vereador a serviço de seu mandato, com moradia, não poderá ultrapassar o valor de Cr\$ 55.000,00 (cinquenta e cinco mil cruzeiros).

Art. 3.º — Serão colocados à disposição dos senhores Vereadores, mensalmente, os quantitativos acima referidos, para o ressarcimento das despesas previstas nesta Resolução." (os grifos são nossos).

O texto de ambas as Resoluções envolve matéria cujo tratamento exige a observância de preceitos fixados na Constituição e em lei complementar (§ 2.º do artigo 15 da Constituição Federal).

Convém assinalar que a questão referente à remuneração dos vereadores foi tratada de maneira incoerente e desastrada, do ponto de vista da ciência política, durante um longo período de tempo. É que os estrategistas políticos e os legisladores que referendavam um determina-

do tipo de visão da organização política, administrativa, econômica e social do Estado vislumbravam no município pouco mais do que uma simples divisão territorial e administrativa dos Estados-membros da União.

A consequência dessa visão foi o centralismo e o esvaziamento das competências atribuídas aos municípios. O exercício da vereança, assim passou a ser entendido como um *munus* público e, portanto, não remunerado, salvo as exceções referentes aos municípios com grande população (superior a 200 mil habitantes, na última alteração de nível constitucional).

A realidade, de um lado, e a complexidade das tarefas de responsabilidade dos Vereadores, de outro, impuseram a necessidade de universalizar a remuneração dos legisladores municipais, decisão concretizada através da Emenda Constitucional nº 4, de 23 de abril de 1975.

Por exigência constitucional, sobreveio a Lei Complementar nº 25, de 2 de julho de 1975, que estabeleceu "critério e limites para a fixação da remuneração dos Vereadores".

As regras fundamentais fixadas pela Lei Complementar nº 25 são as contidas nos artigos 2º, 3º e 7º, assim redigidos:

"Art. 2º — A remuneração dividir-se-á em parte fixa e parte variável.

§ 1º — A parte variável da remuneração não será inferior à fixa e corresponderá ao comparecimento efetivo do Vereador e à participação nas votações.

§ 2º — Somente poderão ser remuneradas uma sessão por dia e, no máximo, quatro sessões extraordinárias por mês.

Art. 3º — É vedado o pagamento ao Vereador de qualquer vantagem pecuniária, como ajuda de custo, representação ou gratificação, não autorizada expressamente por esta Lei.

Art. 7º — A despesa com a remuneração dos Vereadores não poderá, em cada município, ultrapassar, anualmente, 3% (três por cento) da receita efetivamente realizada no exercício imediatamente anterior."

Posteriormente, a Lei Complementar nº 38, de 13 de novembro de 1979, e a Lei Complementar nº 45, de 14 de dezembro de 1983, trouxeram modificações à Lei Complementar nº 25. Na parte que interessa à consulta, as modificações foram as seguintes: a) A Lei Complementar nº 38 substituiu, nos artigos 1º, 2º e 5º a palavra remuneração por subsídio e revogou o artigo 3º da Lei Complementar nº 25; b) A Lei Complementar nº 45 aumentou para 4% (quatro por cento) o limite da despesa com a remuneração dos Vereadores.

Esta é a moldura legal, o disciplinamento da forma de remunerar o Vereador. As regras em questão foram inspiradas pela necessidade de evitar abusos e excessos nocivos à moralidade dos costumes políticos e de resguardar as finanças dos municípios, normalmente mal aquinhoados na divisão constitucional das rendas.

Em virtude do regramento posto em nível constitucional, além de uma rigorosa disciplina quanto aos limites e à forma de remunerar o Vereador, ficou estabelecido que *nenhuma vantagem pecuniária* poderia lhe ser paga a não ser as *expressamente* autorizadas (artigo 3º da Lei Complementar nº 25).

Quando ainda em vigor a disposição do artigo 3º da Lei Complementar nº 25, de 2 de julho de 1975, a Procuradoria-Geral do Estado pronunciou-se sobre a pertinência ou não de uma Resolução expedida pela Câmara de Vereadores de Bento Gonçalves, que autorizava o pagamento de ajuda de custo e diárias a membros da Mesa e Vereadores. O Parecer nº 3.871, assinado pelo Procurador JORGE ARTHUR MORSCH e aprovado pelo Conselho Superior da Casa, concluiu pela condenação da referida Resolução, entendendo-a violadora das disposições contidas na Lei Complementar nº 25.

Através do Parecer nº 4.227, de 26 de novembro de 1979, aprovado pelo Procurador-Geral do Estado, o Procurador do Estado RENITA MARIA HÜLLEN examinou matéria de mesma natureza, só que restrita ao problema da percepção de diárias, por parte de Vereadores que se afastassem do município, em viagem a serviço do Poder Legislativo municipal. A conclusão final desse trabalho, com a qual concordo inteiramente, declarava ser possível instituir diária para ressarcimento de despesas feitas a serviço do Legislativo, uma vez que se tratava de mera indenização e não de vantagem pecuniária vedada pela lei.

Ambos os pareceres constituem excedentes trabalhos jurídicos, muito embora a divergência quanto à exegese da Lei Complementar nº 25. Ao passo que o Parecer 3.871 interpreta de forma rígida os limites traçados pela Lei Complementar, o Parecer nº 4.227 trabalha com uma questão de conteúdo, desprezando o *nomen juris* da figura da diária, atendo-se à sua natureza jurídica.

Como quer que seja, o espírito da lei busca o controle dos gastos públicos e eliminação de práticas tendentes a lesar o Erário. Em razão disso, a indenização por gastos com transporte, alimentação e pousada poderá ser feita tanto através da fixação de diárias estabelecidas "no início de cada período legislativo", como consta na Resolução nº 462/84, da Câmara Municipal de São Gabriel, como por simples ressarcimento dessas mesmas despesas à vista dos respectivos comprovantes.

Essa indenização dos gastos efetuados pelos Vereadores, como é visível, não caracteriza a percepção de vantagem pecuniária. Ademais, a vedação posta no artigo 3º da Lei Complementar nº 25 não mais vigora. Leve-se em conta, finalmente, que a disposição legal em exame não visa a fraudar as regras sobre o limite da remuneração dos Vereadores, contidas nos artigos 2º e 4º da Lei Complementar nº 25, não atingidas pela Lei Complementar nº 38.

Quanto às normas relativas a limites de despesa mensal com o uso de telefone e correspondência postal por parte de integrantes da Mesa da Câmara, lideranças dos partidos e vereadores, sou de parecer que não afrontam as disposições legais que regulam a matéria, eis que não desbordam da moldura e do enquadramento das leis complementares à Constituição. Tais despesas decorrem do exercício do mandato e, a toda evidência, seria descabido onerar o Vereador com o seu reembolso.

Anoto, entretanto, para melhor compreensão e observância dos preceitos legais, que a expressão "a serviço de seu mandato", inserida no artigo 3º da Resolução nº 462/84, há de ser entendida como a serviço do Poder Legislativo, razão porque as diárias devem ser pagas apenas quando as despesas em referência se relacionarem com o comparecimento às reuniões da Câmara, viagens ou deslocamentos em representação do Poder Legislativo e outras da mesma natureza.

As mesmas razões que nos levam a concluir pela legalidade da Resolução nº 462/84 impõem a mais severa condenação aos termos da Resolução nº 463/84 da Câmara Municipal de São Gabriel. As disposições de seus artigos 1º, 2º e 3º constituem, na verdade, uma mal disfarçada forma de burla às regras traçadas pelos artigos 2º, 4º e 7º da Lei Complementar nº 25, este último modificado pela Lei Complementar nº 45, de 14 de dezembro de 1983.

Embora revogado o artigo 3º da Lei Complementar nº 25, que vedava "o pagamento ao Vereador de qualquer vantagem pecuniária, como ajuda de custo, representação ou gratificação não autorizada expressamente...", subsistem não só as regras relativas aos limites da remuneração (subsídio) como são aplicáveis os princípios segundo os quais essas mesmas regras não podem ser elididas por disposições que fraudem ou permitam fraudar a essência da legislação de nível constitucional.

Como já foi dito e ressaltado, as leis complementares fixaram regras de conteúdo ético e moral que visavam a evitar o comprometimento das finanças municipais. Em razão disso, mesmo após a revogação do dispositivo contido no artigo 3º da Lei Complementar nº 25, não estava autorizado o legislador municipal a inserir na lei local uma regra contrária ao espírito da norma complementar à Constituição.

Se não houvesse a intenção de limitar, melhor dito, de conter em limites precisos e intransponíveis, os níveis de remuneração dos Vereadores, toda a legislação complementar à Constituição teria sido derogada, reconhecendo-se ao município uma autonomia absoluta em relação à fixação da remuneração e vantagens a serem atribuídas aos mesmos. Como isto não ocorreu, a única conclusão possível é que devem ser observadas as restrições existentes em normas hierarquicamente superiores.

Chama a atenção, além de tudo isso, na Resolução nº 463/84, a *universalização* das vantagens pecuniárias de que tratam os seus artigos 1º e 2º. Pelo disposto no artigo 3º, "serão colocados à disposição dos Senhores Vereadores, mensalmente, os quantitativos acima referidos, para o *ressarcimento* das despesas previstas nesta Resolução." (Os grifos são nossos).

Se a disposição legal em exame dá caráter indenizatório ou de ressarcimento às vantagens pecuniárias de que trata, elas não poderiam estender-se a todos os Vereadores — em especial

aos que residem na sede do município — e nem constituiriam verba a ser posta mensalmente à disposição de todos eles.

Nada impede, legalmente, que os Vereadores que tenham despesas com transporte e hospedagem quando se deslocam do interior para a sede do município, a fim de participar de reuniões ordinárias ou extraordinárias da Câmara, sejam indenizados desses gastos. O que não se aceita como legal e moral é atribuir uma verba paga mensalmente a todos os Vereadores em virtude de despesas que eles não realizaram. A regra é de natureza constitucional (artigo 154 da Constituição do Estado).

Concluindo, somos de parecer que a Resolução n.º 462/84, da Câmara de Vereadores do município de São Gabriel, trata de matéria e fixa regras de sua competência e de acordo com a legislação complementar à Constituição Federal, razão porque a legalidade de suas disposições é indiscutível. A Resolução n.º 463/84, ao contrário, é visivelmente ilegal, contrariando os princípios informadores e as disposições expressas das Leis Complementares n.º 25 e 38 que estabelecem critério e limites para a fixação da remuneração dos Vereadores.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 6 de junho de 1984.

Of. Gab. 604/84

Porto Alegre, 6 de junho de 1984.

SENHOR DEPUTADO:

Em atenção ao seu Of. CG. 105/84, datado de 28 de março do corrente ano, no qual Vossa Excelência, atendendo pedido de integrante da Câmara Municipal de Alegrete, solicita pronunciamento desta Casa sobre duas Resoluções da Mesa Diretora da Câmara Municipal de São Gabriel, aprez-me encaminhar-lhe o Parecer n.º 5.703, que espero possa elucidar a questão proposta.

De outra parte, comunico-lhe que este Órgão, através da Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Municipais, estará sempre à disposição de Vossa Excelência quanto a posteriores consultas.

Colho o ensejo para apresentar protestos de apreço e consideração.

NEY SA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

A Sua Excelência o Senhor Doutor FRANCISCO LISBOA NÁPOLI
DD. Deputado Estadual
Assembléia Legislativa
N/Capital

TRABALHOS FORENSES

PARCELA AUTÔNOMA

APELAÇÃO

SÍLVIA OPITZ

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA SEGUNDA VARA DA FAZENDA ESTADUAL

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por sua procuradora infra-assinada, nos autos da ação ordinária que lhe move A. F. S., inconformado com a sentença que julgou procedente a ação, vem da mesma apelar para o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, com fundamento nos artigos 513 e seguintes do Código de Processo Civil, pelas razões anexas.

PORTO ALEGRE, 11 de junho de 1982.

SÍLVIA OPITZ
PROCURADOR DO ESTADO

EGRÉGIÀ CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO

RAZÕES DO APELANTE

A sentença apelada deve ser reformada na parte em que condenou o Estado a alterar o ato de reforma do Autor de acordo com a Lei nº 7.138/78, incluir o 3º QM a partir de 03 de maio de 1977 e a parcela autônoma de 90%, bem como ao pagamento das diferenças atrasadas.

O Autor, ora apelado, moveu ação contra o Estado para haver a alteração de seu ato de reforma, datado de dezembro de 1978, e, com base na Lei nº 7.138/78, pleitear: a) soldos integrais de 3º sargento PM, incluída a parcela autônoma, que fora reduzida, quando deveria ser integral; b) o 3º QM; c) diferença de proventos a contar de janeiro de 1978 até a efetiva execução de sentença.

Contestada a ação, o Estado provou que o Autor já havia recebido o 3º quinquênio desde maio de 1977, que a reforma se dera com fundamento na Lei nº 6.195/71, visto ter o Autor reunido os requisitos quando do Parecer da JPMS que o julgou incapaz, em data de 25 de abril de 1977, não fazendo jus ao soldo da graduação de 3º Sargento PM, que a parcela autônoma fora extinta pelo artigo 18 da Lei nº 7.477/81, alegando, finalmente que o Autor não comprovava não só a falta de pagamento do 3º QM, como a aludida "redução" da parcela autônoma nos seus proventos (fls. 21 a 24).

Na réplica, o Autor ignorou as matérias de prova, cujo ônus lhe cabia, fixando-se no ponto referente à graduação de 3º Sargento, pedindo, a final, fosse o feito julgado antecipadamente, conforme artigo 330 do Código de Processo Civil (fls. 34/36), não dando oportunidade para o Estado apresentar a retificação do ato, concedendo o 3º QM, datado de 24-03-81 (antes, portanto da distribuição do feito), que aguardava publicação no DO, o que se deu em 08-04-81, DOE nº 185, fls. 11, cuja juntada ora se faz (docs. 1 e 2).

Ao não determinar que o Autor provasse que tivera a parcela autônoma "reduzida", quando teria de ser esta "integral", conforme alegado na inicial, o MM. Julgador ignorou expressa disposição de lei, contida no artigo 333 do Código de Processo Civil. O Autor alegou subtrações nos seus proventos. Ao Autor cabia prová-las.

Concedendo a reforma com base no atual Estatuto da Brigada Militar — Lei nº 7.133/78 — incorreu em equívoco o MM. Julgador. A incapacidade do Autor foi constatada na vigência da Lei 6.195/71; sua reforma, portanto, teria que dar-se de acordo com esse dispositivo legal.

"O direito à aposentadoria, consoante vem decidindo reiteradamente o Supremo Tribunal Federal adquire-se com o preenchimento dos requisitos exigidos

pela lei da época, de modo que se o funcionário não a requerer na vigência desta, a sua situação não se alterará pela edição de lei modificadora (STERTJ 64/408; 65/435 e 65/830; RDA 55/190, 98/155, 114/188, 115/184 e 115/171." (HELY LOPES MEIRELLES, "Direito Administrativo Brasileiro", ff. 414, 6ª ed.).

A inteligência do Supremo Tribunal Federal fixou-se, a propósito, na Súmula nº 359, de acordo com a qual:

"Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente do tempo em que o militar, ou o servidor civil reuniu os requisitos necessários."

A Lei nº 6.195, lei reguladora da reforma do Autor, estatui nos artigos 122 e 123:

"Art. 122 — O policial será reformado "ex-officio", na forma da lei e por:

a)

b) invalidez ou incapacidade definitiva, declarada em inspeção de saúde.

Art. 123 — O Policial Militar terá vencimentos integrais, independentemente do tempo de serviço, quando for reformado por invalidez proveniente de tuberculose, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia, mal de Addison, lesões cardíacas irrecuperáveis e alienação mental."

Não há previsão de inativação com remuneração calculada no soldo correspondente ao grau hierárquico imediatamente superior ao que possua na ativa.

Quanto à parcela autônoma, sua extinção pela Lei nº 7.477/81 não implicou sua subtração. Foi ela incorporada aos vencimentos básicos. Não houve, portanto, qualquer prejuízo, tanto para o Autor, como para qualquer policial militar da ativa, como se demonstrará.

A lei que extinguiu a parcela autônoma foi a mesma lei que dispôs sobre os vencimentos do pessoal do Estado. O soldo básico previsto para o pessoal da Brigada Militar está contido no Anexo II, conforme disposto no artigo 5º da Lei nº 7.477/81.

Demonstrar-se-á, agora, que não ocorreu a pretendida redução alegada na inicial. Para tanto, remontar-se-á aos vencimentos de 1979, 1980, 1981 até 1982, tomando-se, como exemplo, o soldo de 3º Sargento PM, que é o que o Autor está pleiteando, no mês de abril de cada um desses anos.

Lei nº 7.254, de 27 de março de 1979.

3º Sargento PM

Abril de 1979: Cr\$ 3.220,00

Lei nº 7.358, de 07 de março de 1980.

3º Sargento PM

Abril de 1980: Cr\$ 5.040,00

PERCENTUAL DE AUMENTO: 56,52%

Lei nº 7.477, de 05 de março de 1981.

3º Sargento PM

Abril de 1981: Cr\$ 18.734,00

PERCENTUAL DE AUMENTO: 271,70%!!!

Lei nº 7.618, de 15 de março de 1982.

3º Sargento PM

Abril de 1982: Cr\$ 30.199,00

PERCENTUAL DE AUMENTO: 61,20%

No exemplo dado, foram ignorados os aumentos concedidos durante o ano de 1981, para se tomar o valor apenas no mês de abril.

Verifica-se que, do ano de 1980 para o ano de 1981, a percentagem de aumento foi de duzentos e setenta e um vírgula setenta por cento (271,70%), para um máximo de 61,20% com relação aos demais anos. Ora, é notório que os aumentos do funcionalismo estadual não alcançam os 100%. Comparando-se os aumentos anuais acima, observa-se que, entre abril de 1980 e

abril de 1981, houve um aumento que se afigura desproporcional, inédito e, principalmente, adstrito ao pessoal da Brigada Militar! Isso ocorreu, porque, no valor básico do soldo de 1981, está incorporada a parcela autônoma que, em 1980, passara a ser de 130%.

Isso fica mais uma vez evidenciado, ao confrontar-se, por exemplo, o aumento entre março de 1980 e março de 1981 dos vencimentos do Padrão 1 do Quadro Geral dos Funcionários Públicos do Estado:

Em 1980 — Cr\$ 3.600,00

Em 1981 — Cr\$ 6.930,00

O aumento verificado entre 1º de março de 1980 e 1º de março de 1981, para o resto do funcionalismo, foi de 92,5%!!!

Determinando que a parcela autônoma seja mantida, mesmo no percentual concedido (90%), nos proventos do Autor, a r. sentença violou expressa disposição legal, contida no artigo 24 do Decreto-lei federal nº 667/69, que proíbe que o pessoal da polícia militar dos Estados perceba mais direitos, vencimentos, vantagens e regalias que os atribuídos ao pessoal das Forças Armadas. Por isso, ao conceder proventos da graduação de 3º Sargento, acrescidos de 90% de parcela autônoma, a sentença está atribuindo condições superiores ao de um 3º Sargento do Exército, como se demonstrará.

3º Sargento PM — abril de 1982:

Cr\$ 30.199,00

Acréscimo ref. 90% parcela autônoma:

+ Cr\$ 27.180,00

Total soldo 3º Sargento, abril/82:

Cr\$ 57.379,00

3º Sargento do Exército (Cf. Tabela I, DOU nº 43,

05 de março de 1982, págs. 3890 e 3891)

Cr\$ 50.781,00

Verifica-se uma diferença a maior, para o 3º Sargento PM. Ilegal, portanto.

Mesmo que se considere o soldo mais 10% de 3º Sargento do Exército, conforme a Tabela II (loc. cit.), que acusa um total de Cr\$ 55.859,00, o valor do soldo de 3º Sargento PM, com a parcela autônoma, continua superior.

Por outro lado, um 3º Sargento PM da ativa está percebendo o soldo básico de Cr\$ 30.199,00, conforme Lei 7.618, de 15 de janeiro de 1982. O Autor, acolhido seu pedido, receberá Cr\$ 57.379,00 como soldo básico, na mesma época, o que contraria expressa disposição constitucional contida no § 2º do artigo 102 da Constituição Federal, Emenda de 1969, que proíbe a percepção, na inatividade, de proventos superiores ao da atividade.

A esse respeito, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, em caso semelhante ao 'sub jure', no RE nº 85.330-8-BA, relator Ministro MOREIRA ALVES, Recte. Estado da Bahia, 2ª Turma, j. em 12 de dezembro de 1979, DJ de 15 de fevereiro de 1980, pág. 705, cuja ementa diz:

"Funcionário público. Direito adquirido. O funcionário público, no aposentar-se, tem direito adquirido a ver calculado o valor de seus proventos com base em todas as vantagens a que fazia jus quando adquiriu o direito a aposentar-se. A isso, porém, se restringe esse direito, quando não pode ser invocado, no futuro, se lhe for estendido aumento dado ao funcionalismo em proporção alta, para permitir, sem prejuízo, a absorção de uma daquelas vantagens. A extensão desse aumento, se acumulada com a manutenção da vantagem anterior, implica ofensa ao disposto no § 2º do artigo 102 da Emenda Constitucional nº 1/69 (correspondente ao § 3º do artigo 101 da Constituição Federal de 1967)."

"Recurso extraordinário conhecido e provido."

Reporta-se o apelante à contestação de fis. 21 a 24, como parte integrante destas razões.

PELO EXPOSTO e invocando os doutos suplementos jurídicos e justos dos membros da Egrégia Câmara, o apelante espera seja provido o presente recurso de apelação, por ser de direito e JUSTIÇA.

PORTO ALEGRE, 11 de junho de 1982.

Policia! Militar — reforma por incapacidade — quinqüênio — parcela autônoma.
Policia! Militar, incapacitado para o serviço castrense por tuberculose, faz jus à reforma com remuneração calculada com base no soldo do posto imediatamente superior. Aplica-se a lei em vigor no momento em que se opera a transferência para a inatividade, no caso a Lei estadual n.º 7.138 de 30.01.78.
Se na relação de alterações do militar consta concessão de quinqüênio, não pode a vantagem ser omitida no ato de reforma pois configura direito expressamente reconhecido no plano administrativo. A extinção da parcela autônoma pela Lei n.º 7.477/81 não implicou subtração por ter sido incorporada aos vencimentos básicos.
Correção monetária deferida a partir de 8.4.81.
Provimento parcial a ambas as apelações.
Reformada parcialmente a sentença em reexame necessário.

2.ª CÂMARA CÍVEL
PORTO ALEGRE

Apresentante;
1.º Apelante;
2.º Apelante;
Apelados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.
Acordam, em Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade, dar provimento, em parte, a ambas as apelações, reformar parcialmente a sentença em reexame necessário, conforme relatório e votos inclusos.

Custas, na forma da lei.
Participou do julgamento, além dos signatários, o Exmo. Sr. Des. WERTER R. FARIA.

PORTO ALEGRE, 9 de dezembro de 1982.

DES. JOSÉ BARISON

Presidente

DES. SILVINO J. LOPES NETO

Relator.

RELATOR: DES. SILVINO J. LOPES NETO
(Leu o relatório de fls.)

VOTO

O DES. SILVINO J. LOPES NETO (RELATOR) — Ao operar-se a reforma, não foram con-

RPGE, Porto Alegre, 15(41):121-125, 1985

cedidos ao 1.º Apelante os proventos calculados com base no soldo do posto imediatamente superior ao que detinha o soldado PM A. F. S.

O ato de desligamento, ocorrido em razão de tuberculose pulmonar, foi concretizado com amparo na Lei n.º 6.195/71, que vigorava à época do diagnóstico da moléstia.

Mas, no momento de sua transferência para a inatividade, que se deu em 18.12.78, já estava vigente a Lei n.º 7.138, de 30.01.78, Estatuto dos Policiais Militares do R. S.

Este último diploma legal, nos seus art. 114, § 1.º, § 2.º, inc. III, determina que o policia! militar, incapacitado para o serviço por tuberculose, faz jus à reforma com remuneração calculada com base do soldo do posto imediatamente superior.

Dessa forma revogou o art. 172 da Lei n.º 6.195/71, pela qual se reformara o 1.º Apelante.

Assim, quer-me parecer que, neste aspecto, deva ser mantida a decisão hostilizada que mereceu o endosso do M. P. em ambos os graus de jurisdição.

A fls. 32, na relação de alteração do praça A. F. S., consta a concessão do terceiro quinqüênio (3.º QM), a contar de 03.05.77. Entretanto esta vantagem não aparece no ato de reforma. Inadmissível, como se vê, a omissão, pois o direito já tinha sido expressamente reconhecido no plano administrativo.

Neste ponto, também endosso a decisão de 1.ª instância.

Já quanto à parcela autônoma, tenho por boa a fundamentação do 2.º Apelante. O Estado entende que a extinção dessa parcela pela Lei n.º 7.477/81 "não implicou sua subtração" por ter sido incorporada aos vencimentos básicos.

Remontando aos vencimentos de 79, 80, 81 e 82, o 2.º Apelante apresenta um quadro com dados chamativos — ver p. 59.

A sentença, contudo, acolheu a postulação do PM inativado, por parecer-lhe "irrelevante que, em 1981, pela Lei n.º 7.477 — 05.01 — haja sido revogada" a Lei n.º 7.137/78, que instituiu a parcela autônoma, em seus artigos 2.º e 3.º.

Para o julgador, essa parcela já se havia incorporado à inatividade do 1.º Apelante, configurando-se, no caso, direito adquirido.

Inclino-me, no particular, pela tese do Estado, em razão da logicidade de sua linha de raciocínio. Nego, portanto, com os fundamentos da 2.ª Apelação, essa parte do pedido.

No tocante à correção monetária, entendo que é de deferir-se, consoante as reiteradas decisões desta Colenda Câmara, na conformidade, aliás, com a orientação majoritária deste Egrégio Tribunal, com o que também neste aspecto reformo a sentença apelada.

Nestas condições, dou provimento parcial à 1.ª Apelação, para fazer incidir a correção monetária sobre os atrasados, a partir da data da Lei n.º 6.899/8.4.81.

Dou provimento parcial à 2.ª Apelação para negar o pedido relativo ao pagamento da parcela autônoma, extinta que foi pela Lei n.º 7.477/81, com a incorporação da vantagem no básico.

Confirmo a sentença, no tocante ao pagamento dos proventos com base no soldo de 3.º Sargento, e na inclusão do 3.º QM.

Quanto aos honorários, considerando a sucumbência recíproca, embora com flagrante vantagem para o 1.º Apelante, fixo os honorários em 13.º a favor do patrono do 1.º Apelante.

É o voto.

O SR. PRESIDENTE (DES. JOSÉ BARISON) — Acompanho o eminente Relator, acolhendo os fundamentos por S. Exa.

O DES. WERTER R. FARIA — De acordo.

O SR. PRESIDENTE (DES. JOSÉ BARISON) — Apelação Cível n.º 42.392, de Porto Alegre — À unanimidade, deram provimento em parte a ambas as apelações, reformada parcialmente a sentença em reexame necessário.

APELAÇÃO CÍVEL

N.º 42.392

DR. JUIZ DE DIREITO DA 2.ª VARA DOS
FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA,
A. F. S.,
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,
OS APELANTES.

REVISÃO DE PROVENTOS NA LEI 7.357/80 REGIMES DE 33 E 44 HORAS

CAIO MARTINS LEAL
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO RIO GRANDE DO SUL

OBJETO: AÇÃO RESCISÓRIA (CPC, art. 485, V)

Dispositivos violados: CF, arts. 102, I, § 2º, 98, parágrafo único, 6º, "caput", 153, § 2º, e Lei nº 7.357/80, art. 64, II.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL vem perante Vossa Excelência, muito respeitosamente, por seu representante judicial firmatário, propor ação rescisória contra D.K.H., casada, residente na Rua República, nº 325, apto. 601, nesta capital, D.S.F., casada, residente na Rua Demétrio Ribeiro, nº 961, apto. 52, nesta capital, A.S.S.B., viúva, residente na Rua Marcílio Dias, nº 890 apto. 3, nesta capital, A.D.R. casada, residente na Av. Borges de Medeiros, nº 1.141, apto. 92, nesta capital, H.G., solteira, residente na Av. Independência, nº 720, apto. 92, nesta capital, E.M.A., casada, residente na Rua Cel. Genuíno, nº 433, apto. 204, nesta capital, E.A.M., casada, residente na Rua Visconde do Herval, nº 437, apto. 310, nesta capital, A.C.M., solteira, residente na Rua Jerônimo Coelho, nº 59, apto. 505, nesta capital, C.R.T. casada, residente na Av. França, nº 541, apto. 11, nesta capital, I.C.T., casada, residente na Rua Rua Felicíssimo de Azevedo, nº 430, apto. 602, nesta capital, I.C.T., casada, residente na Rua Carlos Von Koseritz, nº 1.540, apto. 201, nesta capital, P.J.B., casada, residente na Rua Ramiro Barcelos, nº 2.111 apto. 11, nesta capital, E.S.C., casada, residente na Rua Pinheiro Machado, nº 282, apto. 21 nesta capital, S.G.A., solteira, residente na Av. Getúlio Vargas, nº 1.499, apto. 12, nesta capital, H.S., casada, residente na Rua Cel. Fernando Machado, nº 813, apto. 905, nesta capital, H.F.B.F., casada, residente na Av. Borges de Medeiros, nº 1.141, apto. 86, nesta capital, M.R.B.G., viúva, residente na Rua Cel. Fernando Machado, nº 420, apto. 1.002, nesta capital, C.A.C., solteira residente na Av. Ipiranga, nº 1.201, apto. 305, nesta capital, L.A.C., solteira, residente na Av. Ipiranga nº 1.201, apto. 305, nesta capital, J.J.A., casada, residente na Rua General Caldwell, nº 691, apto. 14, nesta capital, C.W.K., casada, residente na Rua Andrade Neves, nº 3.334, na cidade de Pelotas, neste Estado, L.A.P., residente na Rua Fonseca Ramos, nº 107, nesta capital, G.A.L., residente na Rua Teixeira de Carvalho, nº 289, nesta capital, R.D.R.B., residente na cidade de Tapes, neste Estado, A.B. solteira, residente na Rua Jopite do Patrocínio, nº 408, apto. 303, nesta capital, O.R., casada, residente na Rua Jacinto Gomes, nº 24, apto. 81, nesta capital, M.F.A., viúva, residente na Rua Guido Mondim, nº 885, apto. 03, nesta capital, H.L.R. casada, residente na Rua Cel. Genuíno, 433, apto. 204, nesta capital, e L.A.V.A., casada, residente na Rua Pinheiro Machado, nº 282, apto. 21, nesta capital, todas brasileiras e educadoras sanitárias, em razão dos fatos e fundamentos abaixo expostos:

I — DOS FATOS

1. As Rês, todas funcionárias públicas estaduais aposentadas anteriormente ao advento da Lei 7.357 de 8 de fevereiro de 1980 em cargos de educadoras sanitárias, impetraram mandado de segurança contra o ato do Excelentíssimo Senhor Secretário da Administração que, em cumprimento do disposto no art. 64, II, daquele diploma legislativo, determinou fossem seus proventos calculados tendo em conta o regime horário de 33 horas no qual se aposentaram.
2. O mandado de segurança tomou o nº 500386339 desse Egrégio Tribunal e nele sustentou-se, em suma, deverem os proventos ser calculados com base na remuneração do regime

N.A. O acórdão rescindendo encontra-se publicado na RJTJ. RGS, vol. 95/189.

horário de 44 horas semanais, superior em 25% a do de 33 horas (Lei 7.375, art. 40, § 1º), pois, tendo tal regime sido adotado como *normal* para o Quadro Geral de Pessoal do Estado, assim como era, à época das aposentações das Rês, o de 33 horas (em que elas se aposentaram), só desta forma se preservaria a integralidade dos proventos assegurada constitucionalmente (cf. inicial, doc. anexo).

3. A medida, embora com votos vencidos, foi concedida, afirmando o Relator, o saudoso e eminente DES. PIO FIORI DE AZEVEDO:

"Posiciono-me da mesma forma como já fizera ao julgar o mandado de segurança nº 39.317, de que foi relator o eminente Des. Bonorino Butelli, a cujo voto com satisfação aderi, divergindo tão-somente quanto aos honorários advocatícios. A ementa do mandado de segurança, onde os fatos são rigorosamente iguais aos do presente, bem sintetiza toda a argumentação a propósito: "Funcionário Público. Aposentado. Proventos. A garantia de proventos integrais significa que o aposentado continuará a perceber o que percebia em atividade. Proíbe, portanto, a redução de proventos, seja a que título for. Regime de tempo normal de trabalho em que se encontravam no momento da aposentadoria. Transformação por lei posterior em regime de tempo especial não pode ser aplicada a quem já se encontrava aposentado: "Se o regime era de 33 horas, legislação posterior ao criar outro regime tido como especial, aqueles que se achavam, quando da aposentadoria, no regime então normal, não podem ter seus proventos reduzidos, sob o pretexto de que agora especial o regime que era normal". (cf. acórdão anexo).

- E, no mesmo sentido, invocando explicitamente a regra constitucional da integralidade dos proventos, disse o eminente DES. MANOEL CELESTE DOS SANTOS:

"Quase nada a acrescentar ao voto do eminente Relator." A não ser que admitíssemos que o simples acréscimo de carga horária de uma determinada função ou cargo pudesse desequilibrar o mandamento constitucional do art. 102, I e II. Seria admitir um processo para fraudar a Constituição. Não será o posterior acréscimo de uma ou algumas horas no exercício da função de determinado cargo que haverá de impedir que um funcionário, aposentado, ao tempo da lei, com vencimentos integrais, tenha, por um acréscimo de horário dos servidores ativos, reduzidos paulatinamente esses vencimentos" (cf. acórdão, doc. anexo).

4. Inobstante o ora Autor tenha inclusive oposto embargos de declaração para fins de recurso extraordinário, o venerando aresto transitou em julgado em 1º de março de 1983 (cf. certidão, doc. anexo) em virtude de na nota de intimação do aresto dos embargos declaratórios não ter figurado o nome do signatário, a quem estava cometido o patrocínio do feito, mas apenas o da Procuradora do Estado DRA. MARÍLIA MAZZEO, que inicialmente interviria no processo (cf. Diário da Justiça, anexo).
5. De todo modo, sendo o aresto decisão de mérito e tendo ele violado a literalidade de vários dispositivos constitucionais e legais, é indiscutível o cabimento, para desconstituí-lo, de ação rescisória (CPC, art. 485, V).

II — DA VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI

6. O venerando acórdão rescindendo, decidindo como decidiu, ou seja, deferindo às Rês, sem apoio em lei, proventos equivalentes à remuneração dos servidores ativos em regime de 44 horas (no qual elas... *nunca estiveram!*) e afastando, em nome da garantia constitucional da integralidade dos proventos, o art. 64, II, da Lei 7.357/80, violou a literalidade (a) do art. 102, I, da Constituição Federal, pois acolheu um conceito de integralidade de proventos que não o por ele adotado, (b) do § 2º do mesmo dispositivo, pois colocou as Rês na situação, ali vedada, de perceberem mais na inatividade do que na atividade, (c) do art. 98, parágrafo único, 6º, "caput", e 153, § 2º, da mesma Constituição, pois (c.a.) equiparou os proventos das Rês à remuneração dos servidores ativos, (c.b.) infringiu o princípio da independência e harmonia entre os poderes, e (c.c.) obrigou o Autor a pagar proventos sem lei que o determinasse, (d) do art. 64, II, da Lei 7.357/80, que expressamente determina deva o cálculo dos proventos das Rês ter em conta o regime de 33 horas semanais, pois foi nele que elas se aposentaram, e (e) do art. 116

também da Carta Federal, pois reconheceu a inconstitucionalidade do art. 64, II, da Lei 7.357/80, deixando de aplicá-lo, sem que estivesse autorizado por aquele dispositivo.

a) Violação do artigo 102, I, da Constituição Federal

7. Entendeu o aresto, como se viu, que o cálculo da revisão dos proventos das Rés na forma determinada pelo Senhor Secretário, ou seja, levando em conta o regime de 33 horas no qual se aposentaram, violaria a integralidade de proventos garantida no art. 102, I, da Constituição Federal, pois, passando o referido regime a ser especial (Lei nº 7.357/80, artigo 40, § 1º), e não normal, como à época das aposentações das Rés, para preservar a integralidade a revisão dos proventos deveria tomar por base a remuneração dos servidores ativos em regime adotado como normal, de 44 horas (Lei nº 7.357/80, artigo 40, "caput").

8. Ora, com isso, o aresto violou a letra do artigo 102, I, da Constituição Federal, pois adotou um conceito de integralidade de proventos — integralidade — garantia de revisão dos proventos de modo equivalente ao reajuste dos funcionários ativos em regime normal (ainda que o normal tenha carga horária muito maior que a da época da aposentadoria) — que não o ali estabelecido.

9. Na verdade, "proventos integrais" na referida norma constitucional apenas significa a soma dos vencimentos e vantagens percebidos pelo funcionário no momento da aposentação e não abrange, em absoluto, como entendeu o aresto rescindendo, qualquer garantia e/ou direito à utilização de critério nas revisões futuras, pois, como se sabe, e tem sido decidido reiteradamente inclusive pelo Supremo Tribunal Federal,

"O aposentado tem direito adquirido ao "quantum" de seus proventos calculado com base na legislação vigente ao tempo da aposentadoria, mas não aos critérios legais com base em que esse "quantum" foi estabelecido, pois não há direito adquirido a regime jurídico." (RE 92.511, 2ª Turma, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 99/1267).

10. Ora, as Rés, como se pode verificar, não atacaram os atos de aposentadoria, nem, muito menos, alegaram redução dos proventos ali fixados (cf. inicial, anexa), o que, aliás, frise-se, nunca ocorreu, pretendendo apenas que no sistema introduzido pela Lei nº 7.357/80 deveriam ficar equiparadas, para fins de revisão de proventos, aos servidores em regime normal de trabalho (44 horas) e não, segundo determina o artigo 64, II, do referido diploma, aos do regime em que se aposentaram (33 horas). A questão, pois, não era sobre a integralidade dos proventos, mas sobre a existência de direito do aposentado à utilização de determinado critério (no caso, equiparação aos servidores em regime normal) no cálculo da revisão de proventos. E, reconhecendo a existência de tal direito, e tendo-o como embutido na garantia da integralidade dos proventos, onde ele não se situa nem se poderia situar, é óbvio que o aresto afrontou a literalidade do texto constitucional. Viu nele o que nele não estava.

b) Violação do artigo 102, § 2º, da Constituição Federal

11. Mas, não é só. Violou também o aresto a letra do § 1º, do artigo 102 da Constituição Federal, pois colocou as Rés na situação, ali vedada, de perceberem mais na inatividade do que na atividade.

12. Com efeito, certo e reconhecido na própria inicial do mandado de segurança que as Rés aposentaram-se com vencimentos e vantagens do regime de 33 horas semanais, em que se encontravam nas ocasiões das aposentadorias, parece indiscutível que, determinando a revisão de seus proventos com base na remuneração dos servidores ativos que passaram a ter regime de 44 horas e, em razão disso, a perceber uma remuneração maior, o aresto foi de encontro à literalidade do § 2º do artigo 102 da Constituição Federal, pois sem apoio em lei, fez com que as Rés passassem a perceber proventos equivalentes à remuneração, muito superior, de um regime em que elas não se encontravam quando da inativação. E, note-se sempre, o regime de 33 horas continuou a existir no sistema da Lei 7.357/80 e, aliás, exatamente por continuar existindo é que o referido diploma determinou, de expresso, a ele se adequassem os proventos das Rés (artigo 64, II).

13. Neste sentido, aliás, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal em caso originário deste Estado e onde se discutia idêntica tese. O acórdão, proferido no RE 100.759-1, 1ª Turma, Relator Ministro OSCAR CORREA, está assim ementado:

"Mandado de Segurança. Professores aposentados regime de 33 horas semanais de trabalho pleiteantes de vantagem, posteriormente deferida, aos em atividade no regime de 44 horas (gratificação especial de 100%, acolhida pelo acórdão recorrido. Ofensa ao artigo 102, § 2º, da C.F. Recurso extraordinário conhecido e provido." (cf. acórdão anexo).

Neste aresto, assim se pronunciou o Relator, adotando parecer da Procuradoria-Geral:

"Ora, se os Recorridos, por ocasião da aposentadoria, não percebiam a remuneração devida a professores que perfaziam jornada de 44 horas semanais (simplesmente porque prestavam tão-só 33 horas semanais), parece inequívoco que proceder vulnerador da proibição. / 7. Consigne-se, a propósito, que essa Excelssa Corte tem firme jurisprudência no sentido de rechazar a concessão, a inativos, de benefícios concedidos restritivamente a funcionários em atividade, como é o caso dos autos, valendo cotejar, para simples exemplo, o seguinte aresto: / 1. Constitucional. Estão vedadas as promoções em razão de aposentadoria ou após sua concessão, bem como a extensão a inativos dos benefícios concedidos aos funcionários e que não representam um reajustamento geral da categoria do aposentado. / 2. O judiciário não pode substituir-se ao Legislativo e corrigir através de acórdão proventos ou vencimentos" (RE 98.920-0-PR. Rel. Min. ALFREDO BUZAID, in D.J. de 18.3.83, p. 2.980)".

E remata:

"Com efeito, o v. acórdão recorrido determinou a incorporação aos proventos dos aposentados; no regime de 33 horas, da gratificação de 100%, a que só fazem jus os em atividade, no regime de 44 horas. / Desta forma, como salientado nas informações (fls. 29/30) pretendem 100% pelas 33 horas, como se tivessem trabalhado em 44 horas — o que se verificou; e percebiam mais do que seus colegas em atividade, que, no mesmo regime de 33 horas, percebem apenas 50% de gratificação, já que os 100% são para os de 44 horas." (ib.)

c) Violação do artigo 98, parágrafo único, da Constituição Federal

14. Mas, ainda não só isso. Afrontou também o aresto a literalidade do parágrafo único do artigo 98 da Constituição Federal, pois, determinando — repita-se sempre: *sem apoio em lei* — a revisão dos proventos com base na remuneração dos servidores ativos no regime de 44 horas, não mais faz senão equiparar proventos da inatividade à remuneração da atividade, o que, como também se sabe, é expressamente vedado por aquele dispositivo.

15. Neste sentido também é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"Administrativo. Funcionário. / Vinculação de proventos de aposentados aos vencimentos de funcionários em atividade: vedação constitucional. / Esbarra na vedação constitucional do artigo 98, parágrafo único da E.C. nº 1, norma já existente na Constituição de 1967, na sua redação original, a pretendida extensão aos proventos dos aposentados o aumento concedido aos funcionários em atividade. / É, assim, da firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que não prevalecem, após a Constituição de 1967, as normas anteriores que estipulavam vinculações de tal natureza. / Precedentes." (RE 98.962, 2ª Turma, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, RTJ 106/1.173).

"Ao contrário de amparar o acórdão recorrido, o artigo 120, § 1º, da Constituição da República, foi ofendido pela decisão, pois que aplicou, a servidor inativo, vantagens concedidas a funcionários em atividade, por efeito de reclassificação. / A invocada jurisprudência anterior do Estado do Piauí conflita com as Súmulas 38 e 339 e, bem assim, com o acórdão paradigma, indicado no recurso. Aliás, a apontada jurisprudência foi, expressamente, rejeitada no RE 75.331, Se-

gunda Turma, Rel. Min. ANTONIO NEDER, proveniente do Piauí: / 'Ementa: 1. O Supremo Tribunal firmou o entendimento de que, salvo o caso do artigo 102, § 1º, da CF, o funcionário público aposentado não tem direito adquirido à equiparação dos proventos aos vencimentos com que é remunerado o funcionário que se encontra em atividade.' (RE 85.888, 1ª Turma, Rel. Min. SOARES MUÑOZ, RTJ 93/640).

E, nesta linha, entre muitos outros, os REs 78.429 (RTJ 81/783), 67.175 (RTJ 70/365), 79.694 (RTJ 75/853), e as Rp 867 (RTJ 63/592), 754 (RTJ 50/218) e 755 (RTJ 52/501).

16. Certo, no artigo 64, a Lei 7.357/80 determinou a revisão dos proventos dos inativos "segundo os mesmos critérios estabelecidos para o enquadramento dos funcionários em atividade" e observado, entre outros requisitos, "o regime de trabalho (...) em que o funcionário foi aposentado" (artigo 64, II). Mas aí não há equiparação, pois a lei há de entender-se como dirigida apenas à revisão que contempla, e não às futuras; "o que há é uma melhoria concreta para o inativo e estabelecida conscientemente pela própria lei que a outorgou aos servidores de ativa, e não princípio geral de vinculação ou equiparação que funciona automaticamente, e, portanto, sem a previsão necessária das leis posteriores que, por motivos funcionais, implantam planos de classificação" (RE 98.444, 2ª Turma do STF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 107/1207).

Equiparação há, sim, no entendimento esposado pelo acórdão rescindendo, que admitiu estarem os proventos das Rés permanentemente vinculados à remuneração dos servidores ativos em regime normal de trabalho.

d) Violação dos artigos 6º, "Caput", e 153, § 2º, da Constituição Federal

17. As violações, no entanto, não param aí. Malferiu-se também a literalidade dos artigos 6º, "caput", e 153, § 2º, da Constituição Federal, pois, sem lei que o determinasse (ou melhor: contrariamente ao determinado em lei), o venerando aresto rescindendo deferiu revisão de proventos e, em consequência, não só (a) invadiu a esfera de competência privativa do Poder Legislativo, a quem esta afeta tal revisão, (CF, artigo 65 combinado c/ artigo 13, I e V), violando o princípio da independência e harmonia entre os Poderes consagrado no primeiro daqueles dispositivos (artigo 6º, "caput"), como (b) impôs ao Autor a obrigação de pagá-los, violando o princípio da legalidade inserido no segundo dispositivo (artigo 153, § 2º).

18. Aliás, sobre a competência privativa do Poder Legislativo para revisar proventos, também já se pronunciou a Corte Suprema:

"Quer entendam alguns seja possível lei geral e permanente em que se assegure previamente a aplicação aos inativos dos reajustes salariais concedidos à ativa, quer entendam outros somente seja possível a revisão de proventos em lei específica, e expressa, concedendo-a, na oportunidade, ao lado mas independente dos padrões de aumento da ativa, a concepção comum inquestionada é a de que a revisão dos proventos sempre dependerá de lei, e das condições impostas pelo legislador, sendo a este que a norma (artigo 102, § 1º, CF) se endereça" (RE 94.940, 1ª Turma, Rel. Min. RAFAEL MAYER, RTJ 101/868) (parêntese nosso).

e) Violação do artigo 64, II, da Lei 7.357 de 8/2/1980

19. Mas, sequer só isso. Afrontado foi, além de tudo, e principalmente, o artigo 64, II, da Lei nº 7.357, de 8 de fevereiro de 1980.

20. Dispõe a referida regra:

"Artigo 64. Os funcionários inativados em cargos do Quadro Geral terão seus proventos revistos, 'ex officio', seguindo os mesmos critérios estabelecidos para o enquadramento dos funcionários em atividade, observado ainda o seguinte: (...); II — Os proventos serão calculados tendo em conta o regime de trabalho de vinte e duas, trinta e três ou quarenta e quatro horas em que o funcionário foi aposentado, observado o disposto nos artigos 40 e 41."

21. Ora, sendo certo dirigir-se o mencionado dispositivo aos já inativados à data de seu advento, o que deflui dos próprios tempos de verbos nele empregados ("inativado", "foi aposentado") e se torna mais claro ao ler-se o artigo seguinte, 65, onde se distingue entre aposentadorias "de que trata o artigo anterior" e aposentadorias "futuras", parece clara, translúcida, a violação da letra da regra pelo aresto rescindendo, que, ignorando o mandamento nela contido, determinou revisassem-se os proventos das Rés não tendo em conta o regime de 33 horas semanais em que elas se aposentaram, mas o outro, de 44 horas, em que elas não se encontravam nas ocasiões das aposentadorias.

f) Violação do artigo 116 da Constituição Federal

22. Mas, ainda nem só isso. Afastando a aplicação do artigo 64, II, da Lei nº 7.357/80 em nome da garantia constitucional da integralidade de proventos, é evidente que o aresto rescindendo não mais fez senão dar pela inconstitucionalidade da regra local, o que, no entanto, nos termos do artigo 116 da Constituição, cuja letra foi assim também violada, refugia à competência das Egrégias Câmaras Cíveis Reunidas, dependendo do voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal.

23. Hipótese semelhante, aliás, foi já apreciada pelo Supremo Tribunal Federal:

"Constitucional. Funcionalismo. Proventos do aposentado por moléstia especificada em lei. Inconstitucionalidade reconhecida sob color de se dar mera interpretação à lei. Importando a solução adotada em ablação das palavras iniciais do art. 96 do Decreto-lei estadual nº 100, de 08.08.69, trata-se de declaração de inconstitucionalidade de lei, que não podia ser feita pela Câmara isolada (Constituição, art. 116). Nulidade do acórdão por não ter sido proferido no Pleno" (RE 91.057, 2ª Turma, Rel. Min. DECIO MIRANDA, RTJ 95/859).

25. Desta forma, demonstrada abundantemente a ofensa pelo aresto rescindendo à letra de vários dispositivos constitucionais e legais, parece evidente o cabimento da presente ação para desconstituí-lo.

III — DO NOVO JULGAMENTO DA CAUSA

24. E, rescindido o acórdão impugnado, no juízo rescisório é de ser denegado o mandado de segurança, pois, como sa demonstrou abundantemente, a pretensão das Rés encontra claro obstáculo não só no artigo 64, II, da Lei nº 7.357/80 como principalmente nos textos constitucionais citados. O ato impugnado do Senhor Secretário da Administração não lhe violou qualquer direito, máxime líquido e certo.

25. Cabem aqui as ponderabilíssimas considerações dos eminentes juizes que votaram vencidos no aresto rescindendo:

"O eminente Relator destacou o art. 64 da Lei nº 6.757/80 que, fiel ao ordenamento jurídico, determinou, e não podia ser diferente, que a posição de cada aposentado se faz de acordo com seu tempo de serviço e os proventos se regulam de acordo com o tempo de serviço em que foi aposentado — 22, 33 ou 44 horas. Mas foi mantido o regime de 33 horas. Por que agora extrapolar para 44 horas quem se aposentou com 33 horas? Se 33 horas era o regime normal de trabalho, por que não se reduz para as 22 horas? Porque seria prejudicar o funcionário que se aposentou com 33 horas. Correto. Então, o regime das 33 horas deve permanecer como base para o cálculo do reajustamento de seus proventos." (excerto do voto do DES. JOSÉ BARISON).

"Quanto ao argumento de que a maior ou menor carga horária não deva ter repercussão, me parece, "data venia", que não é bem assim. / A carga horária, o regime horário, juntamente com o conteúdo ocupacional, com as qualificações exigidas, nível de escolaridade, constituem os fatores determinantes da remuneração e da própria classificação dos cargos. No próprio magistério, nos três níveis, se observa, nítida, a hierarquia entre os diferentes regimes de trabalho, a cada

nível correspondendo um padrão de retribuição pecuniária, sensivelmente diferenciado dos demais". (excerto do voto do DES. EDSON ALVES DE SOUZA).

"Entendo não se há de fazer diferença entre o regime normal de trabalho de 44, 33 ou 22 horas. Acho que os três regimes são normais, apenas são diferenciados: o primeiro, com 22 horas, correspondendo a uma remuneração obviamente por metade daquele que trabalha 44 horas; da mesma forma, o que trabalhar 33 horas terá direito a uma remuneração equivalente a 75% dos vencimentos do que desenvolve 44 horas. / A título de raciocínio, construiria a seguinte hipótese: no caso de se alterar obrigatoriamente o regime de trabalho dos professores federais que atualmente desenvolvem vinte horas, tornando-se impositivo o regime de quarenta horas, os antigos professores que desenvolviam apenas vinte horas ficavam obrigados a optar pelo regime novo. Então se perguntaria: aqueles aposentados, que durante trinta anos desenvolveram apenas vinte horas, poderiam passar a perceber vencimentos iguais àqueles que atualmente trabalham quarenta horas por semana? / Parece-me que a conclusão óbvia é no sentido contrário" (excerto do voto do DES. MARCO AURÉLIO DE OLIVEIRA).

E a pergunta ficaria ainda mais constrangedora se se afigurasse a hipótese de a lei estadual estabelecer como normal o regime de 22 horas semanais. Pretenderiam as Rés a ele equiparar-se? Esta, no entanto, segundo a tese sustentada, seria a consequência indesejável.

26. Assim, como se vê, no juízo rescisório é de ser diretamente denegado o mandado de segurança.

27. De todo modo, e para a hipótese de que assim não se entenda, o que o Autor não admite, permite-se o Estado, na forma facultada pelo art. 289 do Código de Processo Civil, formular pedidos sucessivos (a) de denegação direta do mandado de segurança pelo reconhecimento da inexistência de direito líquido e certo a proteger ou, no caso de manter-se o entendimento sobre a incompatibilidade do art. 64, II, da Lei n.º 7.357/80 com a garantia constitucional da integralidade dos proventos, (b) de remessa do feito ao Egrégio Tribunal Pleno para apreciação da inconstitucionalidade (CF, artigo 116), que se espera rejeitada, prosseguindo-se no julgamento como de lei com a denegação final da segurança.

ISTO POSTO, REQUER se digne Vossa Excelência ou o eminente Desembargador a quem o conhecimento dessa houver de caber, mandar citar as Rés acima qualificadas e nos endereços indicados, expedindo-se para tanto as necessárias cartas de ordem, para que venham, querendo, constestar a demanda, havendo-se por bem ao final julgá-la procedente para os efeitos de (a) rescindir o acórdão impugnado e (b) denegar diretamente a segurança ou, se assim não entender, na hipótese do item 26 supra, (c) remeter o feito ao Egrégio Tribunal Pleno para apreciação da constitucionalidade do art. 64, II, da Lei n.º 7.357/80, que o Autor então espera ver afirmada, prosseguindo-se no julgamento na forma da lei com a denegação final de segurança.

REQUER, outrossim, a condenação das Rés nas cominações de estilo, custas, honorários, etc., e PROTESTA por todos os meios de prova em direito permitidos, documentos, testemunhas, etc.

ANEXA (a) 72 (setenta e duas) cópias autenticadas de peças do MS 500386339, inclusive a inicial, o acórdão rescindendo e certidão do trânsito em julgado, (b) autorização do Senhor Procurador-Geral do Estado para propositura da presente ação e (c) cópia da página do Diário de Justiça em que foi publicada a intimação do acórdão proferido nos embargos declaratórios e onde não figurou o nome do signatário.

Dá à causa o valor de Cr\$ 10.000.000,00.

Nestes termos, pede deferimento.

PORTO ALEGRE, 24 de agosto de 1984.

REGRAS ESPECIAIS DE INCORPORAÇÃO DE VANTAGENS EM PROVENTOS INTEGRAIS DE APOSENTADORIA

RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO

DEFRANCISCO GALLICCHIO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EGRÉGIA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EXCELENTÍSSIMOS SENHORES MINISTROS

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos do Mandado de Segurança, em que figura como impetrado sendo impetrantes C. L. R. e A. F. R., tendo em vista a admissão do recurso extraordinário pelo despacho proferido a fls. 63 "usque" 66, vem, deduzir articuladamente as razões pelas quais espera seja conhecido e provido.

1. Provida a presente ação de segurança, houve por bem o Egrégio Colégio de Segunda Instância, da justiça local, definindo a sucumbência, conceder honorários o que, a toda evidência, testilha fortemente com o disposto na SÚMULA 512 do STF, assim redigida:

"NÃO CABE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS DE ADVOGADO NA AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA"

Portanto, evidenciando-se manifesta divergência, com a "Súmula" do Supremo Tribunal, acima transcrita, amplo cabimento há, na espécie, para a irrisignação do recorrente, devendo, por igual, por este permissivo, constante do art. 325 "caput" do Regimento Interno do Supremo Tribunal, ser conhecido e provido o apelo extremo formulado pelo Estado recorrente.

2. De outra parte, a admissão do recurso extraordinário, por infringência do texto da SÚMULA em questão, enseja, a despeito das razões de inadmissibilidade constantes do despacho da PRESIDÊNCIA DO ÓRGÃO COMPETENTE DA JUSTIÇA LOCAL, a teor do que estabelece a SÚMULA 292, o exame das questões constitucionais suscitadas, bem como da divergência com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, basta considerar-se que a SÚMULA fixa interpretação de lei federal que resultaria agravada pela decisão recorrida oportunizando, portanto, inexistente a SÚMULA, o acesso ao apelo extremo pela letra a), do art. 119 da C.F.

Sucintamente, pois, são as seguintes as ofensas perpetradas:

a) A veneranda decisão recorrida afastou a incidência da regra de integração proporcional, à razão de 1/25 por ano de serviço no regime especial, invocando interpretações correntes naquele EGRÉGIO COLEGIADO relativas ao disposto no art. 102, I, a) da C.F.. Cita precedente, em cuja parte final assim se dispunha:

"A condição de incorporação verificou-se pura e simplesmente com o ato de aposentadoria voluntária por implemento de tempo de serviço e em atenção à norma constitucional que determina sejam tais proventos integrais" (Cf. decisão fls. 40, autos).

Ou, ainda, este outro, mais explícito:

"Os proventos de aposentadoria, quando a Constituição os quer integrais, compreendem não apenas os vencimentos propriamente ditos como todas as vantagens a este definitivamente incorporadas 'pro labore facto', e ainda compreendem integralmente outras vantagens legalmente inerentes à própria remuneração do cargo titulado quando da aposentadoria. ..." (cf. ibidem)

De tal sorte que na interpretação do acórdão recorrido, esteiada neste caso pelos precedentes a que alude, sempre que a Constituição Federal fala em proventos integrais estes deverão ser fixados de tal sorte que correspondam à integralidade dos vencimentos auferidos no momento em que se dá a aposentadoria.

Isto, à toda evidência, destoa do sistema da Constituição. Quando a Constituição alude a proventos integrais, art. 102, I, letras a) e b), quer ela que estes sejam fixados, independentemente de proporcioná-los ao tempo de serviço, tão-somente quanto aos estípicos permanentes

tes, referidos ao cargo e não em referência a toda e qualquer vantagem, ainda que temporária, cuja incorporação a lei ordinária tenha condicionado ao implemento de outros requisitos. O conceito de proventos integrais não hostiliza as regras particulares de incorporação da lei ordinária que deverão ser respeitadas, caso a caso.

Com muita propriedade reconheceu o PARECER do Douto Procurador da Justiça que manifestando-se pelo recebimento do R.E., quanto ao que se alude, assim asseverava:

... Vantagens há, cujo gozo é privativo dos servidores em atividade, que não se incorporam aos proventos de aposentadoria, no linguajar do Direito Administrativo. Outras que só após determinado período de percepção são levadas para a aposentadoria.

Jamais se entendeu que o funcionário, que se aposentou quando em gozo de vantagem não incorporável, tivesse tal vantagem acrescida a seus proventos. (Cf. PARECER, autos fls. 61)

Aliás, com muita propriedade, o PARECER anota que o acórdão afrontou o art. 116 da Constituição Federal (cf. fls. 60). Decidindo como decidiu, o r. acórdão, ora hostilizado, nada mais fez, do que, efetivamente, reconhecer, por vias transversas, que a norma local, no que concerne a estipulação de integração proporcional da vantagem, era inconstitucional, o que, face o disposto na citada regra da Constituição Federal, que restou, assim, violada, seria da competência exclusiva dos membros do Tribunal, decidindo por maior absoluta.

Assere o PARECER:

No entanto, sem declarar expressamente inconstitucional o dispositivo da lei estadual que entenderam aplicável ao caso, declaração vedada ao órgão judiciário de que emana o julgado recorrido (art. 116 da C.F.), determinaram os julgadores o pagamento da gratificação em sua integralidade, e não na proporção que a legislação do Estado preconiza. (Cf. Parecer, fls. 60).

E nem se pode dizer que é vedada a apreciação desta questão por inexistente o prequestionamento a que alude a SÚMULA (282,356), pois, consoante iterativa jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, tratando-se de defeito do julgamento mesmo, o que impossibilita à parte sua arguição anterior, o requisito é dispensável (RE 75.357, RTJ 97/1.101; RE 91.626, RTJ 93/448 e RE 86.344, RTJ 87/264).

b) Ainda é de se anotar, com o voto vencido do eminente desembargador JOSÉ BARISON que o Tribunal está concedendo, por interpretação, direito a percepção de vantagem decorrente de regime especial de trabalho jamais exercido pelos impetrantes, qual seja a que corresponde ao exercício de 44 horas semanais, quando, em realidade exerciam o de 33 horas. Afrenta-se, assim, o § 2º, do art. 102 da Constituição Federal que veda, o recebimento, na inatividade, de proventos superiores aos vencidos na atividade.

3. De outra parte o venerando acórdão recorrido diverge da orientação do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, relativamente à questão da fixação dos proventos da inatividade quando a Constituição os quer integrais.

Em sentido exatamente contrário à orientação da decisão recorrida decidiu a SUPREMA CORTE. Veja-se:

"Diga-se, 'en passant', que a regra constitucional (artigo 102 da Constituição Federal), ao assegurar 'proventos integrais' ao funcionário invalidado por moléstia profissional, ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, não inclui, necessariamente, estipêndios acidentais, temporários, do momento da aposentadoria, senão os estipêndios permanentes do cargo". (RE 91.057, RTJ 95/861, excerto do voto do Min. DECIO MIRANDA)

Assim o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL tem reconhecido que as vantagens temporárias ou acidentais poderão ser incorporadas aos proventos em decorrência dos requisitos específicos estabelecidos em lei ordinária, que pode sem pecha de inconstitucionalidade vir a estabelecê-los. Aliás este o cerne da divergência; enquanto o órgão jurisdicional da justiça local afasta regras específicas de incorporações de vantagens que a cedem aos vencimentos, consoante de lei ordinária, por julgá-las incompatíveis com o conceito de proventos integrais, preconizado pelo art. 102 da Constituição Federal, a jurisprudência do Pretório Excelso, ao contrário tem entendido que as regras de incorporações de vantagens acessórias devem prevalecer quando da fixação dos proventos, não se violando com isto a voz presente na regra constitucional que acima se aludiu.

No R.E. 77.689-SP, assim se decidiu. Conheça-se a ementa:

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PROVENTOS INTEGRAIS, Gratificação por tempo integral e dedicação exclusiva, a ser computada nos termos da L. 4.345/64 e do D. 60.091/67.

Recurso extraordinário a que se dá provimento. (In RTJ, 69/580, relator Min. DJACI FALCÃO)

CONSTA DO VOTO DO RELATOR:

"A gratificação incorpora-se ao patrimônio do servidor mas na base a que tinha direito, conforme a lei específica".

(Cf. voto do relator, ibidem)

Portanto, ao afastar o atendimento das prescrições da lei local que davam curso a uma determinada forma de incorporação da vantagem pleiteada, face uma interpretação extensiva do conceito de integralidade de proventos a que alude a norma do art. 102 da C.F., viola e contra a própria Constituição a pretensão de aplicá-la, como também diverge frontalmente da orientação do Supremo Tribunal Federal.

Por final, não tem cabida o argumento que se vê do despacho que admitiu o apelo extremo somente por infringência a texto de súmula, tendente a descaracterizar a violação a texto constitucional, na espécie o art. 102. No dizer do despacho a referência à disposição constitucional, que se quer violada, seria apenas "ad argumentandum tantum", cingindo-se o "decisum" a mera interpretação de lei local.

Todavia, 'venia permissa', o despacho desengana-se totalmente. Somente se pôde afastar a incidência da norma local que preceitua determinada forma de incorporação, por entendê-la incompatível com o conceito de vencimentos integrais presente na determinação constitucional que se quer violada. E ao proceder desta forma o acórdão nada mais fez que reconhecer a inconstitucionalidade "sob color de se dar mera interpretação à lei", na exata pinçagem que se pode observar no RE. 91.057-RJ, cuja ementa agora se transcreve:

Constituição. Funcionalismo. Proventos do aposentado por moléstia específica em lei. Inconstitucionalidade reconhecida sob color de se dar mera interpretação à lei. Importando a solução adotada em ablação das palavras iniciais do art. 96 do Decreto-lei estadual n.º 100, de 8.8.1969, trata-se de declaração de inconstitucionalidade de lei, que não podia ser feita pela Câmara isolada (Constituição art. 116). Nulidade do acórdão, por não ter sido proferido no Pleno.

(Cf. RTJ, n.º 95/859, Rel. Min. DECIO MIRANDA).

PELO EXPOSTO pede que conhecido o presente recurso extraordinário seja o mesmo provido para (a) decretar-se a nulidade do acórdão, determinando-se seja o feito examinado pelo TRIBUNAL PLENO local a fim de que seja examinada a constitucionalidade da regra estadual que estabeleceu as condições de incorporação da vantagem perseguida em juízo, ou, se assim entender, julgar, desde logo, improcedente o Mandado de Segurança para (1) manter o ato da administração que fixou os proventos integrando ao mesmo a vantagem correspondente ao regime especial de 33 horas de forma proporcional ao tempo de exercício, ou (2), ainda, reformar o acórdão para que percebam os impetrantes, na forma dos ativos, a gratificação de 50% pelo exercício do regime especial de 33 horas, uma vez que, como observou o voto divergente no acórdão hostilizado, os impetrantes jamais exerceram, quando em atividade o regime de 44 horas semanais, conhecido por "tempo integral".

NN. TT.

P. Deferimento.

Porto Alegre, 30 de agosto de 1982

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 99.039-9 — RIO GRANDE DO SUL

RECORRENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDOS: C.L.R. E OUTRO

EMENTA: Revisão de proventos. Extensão a inativos de vantagens concedidas a servidores em atividade, depois da aposentadoria respectiva. A incorporação aos proventos da inat-

vidade de novas vantagens há de sujeitar-se à estipulação proveniente da lei, que as institua, e aos limites dessa. Não é possível, por via exegética, na aplicação aos inativos de vantagens novas criadas em lei posterior, dar-lhes, no particular, situação mais favorável que a decorrente do mesmo diploma legal, para os servidores em atividade. Nada autoriza, assim, entender-se que, da só circunstância de a aposentadoria dos autores ser baseada no art. 102, I, letra "a", da Constituição, deva a incorporação da vantagem nova aos proventos dos já aposentados ocorrer, pela integralidade de seu valor, e não de acordo com o critério de proporcionalidade, à base dos anos de serviço, no regime definido na lei criadora da vantagem e assim aplicada aos funcionários em atividade. Determinando o acórdão recorrido que a extensão se faça, pela integralidade do valor, ofende o art. 102, I, letra "a", da Constituição, ao dar-lhe indevida aplicação. Recurso extraordinário conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamentos e notas taquigráficas, à unanidade, conhecer do recurso extraordinário e lhe dar provimento.

Brasília, 12 de setembro de 1983.

SOARES MUÑOZ

PRESIDENTE

NÉRI DA SILVEIRA

RELATOR

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 99.039-9 — RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA
RECORRENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDOS: C.L.R. E OUTRO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (RELATOR): — Admitindo recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento no art. 119, III, alíneas "a" e "d", da Constituição Federal, o ilustre Desembargador Bonorino Buttelli, Vice-Presidente, em exercício, do colendo Tribunal de Justiça gaúcho, em seu despacho de fls. 63/66, expõe a controvérsia nestes termos:

"I. C.L.R. e A.F.R., professores estaduais aposentados, impetraram mandado de segurança contra ato do Sr. SECRETÁRIO DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO, para verem revistos seus proventos de aposentadoria, à luz das leis n.º 6.672/74 e n.º 6.947/75.

Sustentaram os impetrantes que foram aposentados antes da Lei n.º 6.672 — Plano de Carreira do Magistério Público — mas que legislação posterior à Lei n.º 6.947, estendeu aos inativos as vantagens concedidas na primeira. Seus proventos foram revisados de modo incompleto, já que, se estivessem em atividade, teriam assegurado o direito ao regime de 44 horas semanais, e, por consequência, à gratificação de 100% prevista no artigo 18 da Lei n.º 6.672/74.

Prestadas as informações, emitiu parecer o órgão do Ministério Público. As Câmaras Cíveis Reunidas, por maioria, concederam a segurança, e, também por maioria, condenaram o Estado ao pagamento dos honorários do patrono dos impetrantes. O acórdão vem presidido da seguinte ementa (fls. 34):

"Plano de Carreira do Magistério Estadual. Extensão aos inativos. Regime de tempo integral e de aulas excedentes incorporadas. Apostilação de acordo com o regime a que teriam direito, se em atividade (art. 1.º, § 2.º, da Lei n.º 6.947/75). Gratificação prevista no art. 118 da Lei n.º 6.672/74. Incorporação integral, por força do disposto no art. 102, inc. I, a, da Constituição Federal. Segurança concedida. Voto vencido."

Inconformado, o Estado do Rio Grande do Sul interpõe Recurso Extraordinário, com fundamento no art. 119, III, "a" e "d" da Constituição Federal. Sustenta que integralidade de proventos não é integralidade de vencimentos, e que houve violação do art. 102, I, "a", da Constituição Federal.

Menciona dois arestos do STF para provar o cabimento do recurso pela letra "d", e, com relação aos honorários, diz que o acórdão violou a Súmula 512 do STF.

Impugnado o cabimento do recurso, emitiu parecer o Dr. Procurador-Geral da Justiça, pela admissão do extraordinário.

Em princípio, tem-se que o acórdão, ao conceder, por maioria, honorários advocatícios, contrariou a Súmula 512 do Pretório Excelso, que os diz incabíveis em mandado de segurança. Daí o juízo obrigatório de admissibilidade deste RE, nos termos do art. 325 do RISTF: "manifesta divergência com a Súmula".

Em razão disso, toda a matéria versada neste RE se devolve ao conhecimento do Tribunal Maior, nos termos da Súmula 292, o que recomenda, nesta instância, também o exame da questão principal.

Não fora a precitada Súmula 292, ter-se-ia como inviável o recurso, no que tange à fixação dos proventos de aposentadoria, por versar tal matéria "relação estatutária de serviço público"... , trava abroquelada no art. 325, IV, d, do RISTF. Tampouco socorreria ao recorrente a pretendida violação ao art. 102, I, a, da CF, por isso que o acórdão o cita apenas "ad argumentandum tantum", cingindo-se à interpretação de normas de conteúdo estatutário para delas extrair o direito que aos recorridos concede.

O dissídio com os dois Recursos Extraordinários não se configura. O de n.º 77.689, in RTJ 69/581, assevera que "A gratificação incorpora-se ao patrimônio do servidor mas na base a que tinha direito, conforme a lei específica". O acórdão, à sua vez, limita-se a enquadrar os recorridos em determinado patamar remuneratório, exatamente em razão das leis específicas que entende incidentes, nesse passo se harmonizando com a ementa daquele ven. aresto. O segundo deles, de n.º 69.609, in RTJ 86/489, versa sobre proventos de ex-combatentes, enquadrados no art. 197, c, da CF, hipótese que, à evidência, não se confunde com a dos autos vertentes.

Isto posto, ADMITO o recurso extraordinário, pela divergência com o verbete n.º 512 da Súmula."

Razões do Estado-recorrente às fls. 69/76, oferecendo os recorridos as contra-razões de fls. 78/82. Manifestou-se, ainda, nos autos, a Procuradoria-Geral da Justiça estadual (fls. 84/87), pugnano pelo provimento do recurso.

No parecer de fls. 92/97, a douta Procuradoria-Geral da República opinou pelo conhecimento e provimento do recurso extraordinário.

É o relatório.

JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA

VOTO

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (RELATOR):

Estendido aos professores inativos o novo regime jurídico, que se estabeleceu, no Estado, para o magistério, cumpre, desde logo, anotar que a incorporação aos proventos da inatividade de novas vantagens há de sujeitar-se à estipulação proveniente da lei, que as instituiu, e aos limites desta.

Ora, a Lei estadual n.º 6672/1974 preceituou, em seu art. 118, parágrafo único, que a gratificação de que trata o artigo ("ao regime de trabalho de quarenta e quatro horas corresponderá uma gratificação igual a 100% (cem por cento) do vencimento do membro do Magistério"), "será incorporada aos proventos da aposentadoria à razão de 1/25 (um vinte e cinco avos) por

ano de serviço no regime, desde que nele se encontre o membro do Magistério ao aposentar-se. A Lei estadual nº 6.947, de 22.12.1975 estendeu as vantagens da Lei nº 6.672/1974 aos professores aposentados do Estado gaúcho, "para fins de revisão dos respectivos proventos", dispondo o § 2º, do art. 1º, que os professores "que tenham preenchido os requisitos citados no parágrafo anterior terão apostilada sua aposentadoria de acordo com o nível a que fariam jus se em atividade."

Portanto, a extensão aos aposentados não lhes criou situação superior à da outorga do benefício aos em atividade, no que concerne à incorporação da referida vantagem, até aí, não existente e, pois, não incorporável ao regime dos proventos.

Nada autoriza, dessarte, entender-se que a só circunstância de a aposentadoria ser baseada no art. 102, I, a), da Constituição, a incorporação da gratificação aos já inativados se deveria dar, por sua integralidade de 100%, e não de acordo com o critério definido na norma de regência da matéria, qual seja, o parágrafo único, do art. 118, da Lei local nº 6.672/1974, que determinou a incorporação à base de 1/25 por ano de serviço no regime cogitado no artigo, ou a teor do art. 161, da mesma Lei, no regime de aulas excedentes incorporadas, que era a situação das autoras.

Determinando, como o fez, o acórdão ofendeu ao art. 102, I, letra "a", da Constituição, prequestionado no aresto, cujo teor não agasalha a solução que emprestou à demanda a decisão recorrida.

Também, quanto aos honorários de advogado, o acórdão ofendeu à Súmula 512, em condenando o réu a pagar honorários advocatícios em mandado de segurança.

A douta Procuradoria-Geral da República bem apreciou a matéria, nestes termos (fls. 92/97):

"O Recurso Extraordinário é interposto com fundamento nas alíneas a e d do permissivo constitucional, alegando afronta aos artigos 116 e 102 a, da Constituição, manifesta divergência com a Súmula 512 e discrepância do julgado com relação aos arestos exibidos a fls. 51/52.

2. O óbice do art. 325, III e IV, d, do Regimento Interno, está superado com a arguição de ofensa à Carta Magna e de dissídio com a Súmula 512.

3. A desavença com a Súmula 512 — causa da admissão do recurso — é realmente manifesta, face à condenação do Recorrente ao pagamento de honorários advocatícios, em mandado de segurança, razão por que, quanto a esta parte da decisão, merece o apelo extremo conhecimento e provimento.

4. No que toca à imputada mácula ao art. 102, I, a, da Lei Maior — questão autônoma examinável nos termos das Súmulas 292 e 528 —, é de ver-se que foi analisada com inteira propriedade pelo insigne Procurador-Geral da Justiça Substituto, Dr. Joaquim Maria Machado, no douto parecer de fls. 84/87:

"Interpretando a lei estadual, cuja aplicação não é, nem pode ser, objeto do presente recurso extraordinário, mas que se traz a consideração para encaminhamento do raciocínio, diz o acórdão impugnado, no voto do Relator: "Finalmente, o art. 118 da mesma Lei nº 5.572 dispôs que ao regime de trabalho de 44 horas corresponderia uma gratificação igual a 100% do vencimento do membro do magistério, a qual, conforme o parágrafo único, seria incorporada aos proventos da aposentadoria à razão de 1/25 por ano de serviço no regime, desde que nele se encontrasse o professor ao aposentar-se" (fls. 38).

Mais adiante prossegue o voto:

"A parte final do art. 161 da Lei nº 6.672 dispõe textualmente: "... computando-se o tempo de exercício anterior no regime de tempo integral para os efeitos do disposto no parágrafo único do art. 118 desta lei".

E o dito parágrafo único do art. 118 estatui que a gratificação de que trata o caput se incorpora aos proventos à razão de 1/25 por ano de serviço no regime, desde que nele se encontre o professor no tempo da inativação. Em face dessa regra, os impetrantes somente poderiam incorporar aos seus respectivos proventos tantas vigésimas quintas partes da gratificação em causa, quantos os anos que estivessem no regime de aulas excedentes incorporadas, que era a situação deles" (fls. 39).

Assim, reconhece o julgado que a lei estadual assegura aos impetrantes a incorporação, na inatividade, de 1/25 avos da gratificação que pleiteiam por ano de serviço em que estiveram sob o regime previsto para fazerem jus à dita vantagem.

No entanto, sem declarar expressamente inconstitucional o dispositivo da Lei estadual que entenderam aplicável ao caso, declaração vedada ao órgão judiciário de que emana o julgado recorrido (art. 116 da C.F.), determinaram os julgadores o pagamento da gratificação em sua integralidade, e não na proporção que a legislação do Estado preconiza.

Lê-se, mais uma vez, no voto do Relator:

"E quanto ao fracionamento da vantagem conforme previsto no parágrafo único do mesmo art. 118, deverá considerar-se inadmissível o fracionamento, em face do referido art. 102, I, da Constituição Federal" (fls. 42).

Há evidente equívoco na interpretação que ao dispositivo constitucional em discussão deu o julgado recorrido. Proventos correspondentes, com exatidão, aos vencimentos que em atividade percebia o aposentado. Vantagens há, cujo gozo é privativo dos servidores em atividade, que não se incorporaram aos proventos de aposentadoria, no linguajar do Direito Administrativo. Outras que só após determinado período de percepção são levadas para a aposentadoria.

Jamais se entendeu que o funcionário, que se aposentou quando em gozo de vantagem não incorporável, tivesse tal vantagem acrescida a seus proventos. Figure-se a hipótese de alguém que, ao passar à inatividade, estivesse servindo em local considerado de difícil provimento e no gozo de gratificação correspondente a tal situação. Ninguém asseguraria que, em face do art. 102, I, a, da Constituição Federal, a vantagem pecuniária em causa lhe fosse devida na inatividade.

Se o legislador pode estabelecer vantagens não incorporáveis, pode igualmente estatuir que a incorporação de outras se faça de forma proporcional ao tempo de serviço em que o agente público delas esteve no gozo.

O art. 102, I, "a", da Carta da Federação não tem o alcance que lhe deu o acórdão." (fls. 85/86).

5. Com efeito, afigura-se inegável que, arrimando-se no dispositivo constitucional em foco para conferir a inativos vantagens superiores às que a lei lhes deu, o E. Tribunal a quo na verdade ofendeu-o, porquanto o conceito de integralidade dos proventos de aposentadoria do funcionário inativo por implemento do tempo de serviço não compreende o pagamento de estipêndios iguais à íntegra dos vencimentos percebidos pelo próprio funcionário, quando na atividade, nem, muito menos, dos auferidos pelos funcionários ativos.

6. Assim, a V. decisão recorrida fez mais do que declarar a inconstitucionalidade da lei estadual — com o que efetivamente teria vulnerado o art. 116 da Constituição —, porquanto feriu o próprio art. 102, I, a, da Carta Magna, ao dar-lhe aplicação indevida.

7. Em tais circunstâncias, o parecer é de que o Recurso Extraordinário comporta conhecimento e provimento."

Do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

18 — RE 99.039-9 — RS

Rel., Min. Néri da Silveira. Recte.: Estado do Rio Grande do Sul. (Adv. De Francisco Gallicchio). Recdos.: C. L. R. e outro. (Adv. Dionysia Bonow Lemieszek, Rubens Baptista de Oliveira e outro).

Decisão: Conheceu-se do recurso extraordinário e se lhe deu provimento: Decisão unânime, 1ª Turma, 12.09.83.

RPGE, Porto Alegre, 15(41):133-140, 1985

139

Presidência do Senhor Ministro Soares Muñoz. Presentes à sessão os Senhores Ministros, Rafael Meyer, Néri da Silveira, Alfredo Buzaid e Oscar Corrêa.
Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Toledo.

Antonio Carlos de Azevedo Braja
Secretário

ÍNDICE DE ASSUNTOS

APOSENTADORIA

- Aposentadoria com base na Lei de Anistia. Funcionário aposentado com fundamento no art. 4º da Lei n.º 6.683/79 (Lei da Anistia) faz jus a contar em dobro o período correspondente a licença-prêmio, cujo direito tenha adquirido, no todo ou em parte, no período de ausência apagado pela anistia. Parecer do Procurador Mário Bernardo Sesta. 50
- Ofício do Procurador-Geral do Estado, Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Mário Bernardo Sesta. 52
- Parcela autônoma. Apelação interposta pelo Procurador Silvia Opitz. 121
- Aposentadoria **ver** PROVENTOS. 86
- Aposentadoria **ver** LEY SUELY. 83
- Aposentadoria **ver** Complementação de Proventos. 86
- Aposentadoria provisória **ver** CARGO EM COMISSÃO. 37

ACUMULAÇÃO DE CARGOS

- Acumulação indevida. Havendo acúmulo ilícito de cargos ou funções, a Administração, na falta de legislação específica, notifica o servidor para optar pela posição mais favorável. Ocorrendo lesão aos cofres públicos, haverá obrigatoriedade de devolução. A recusa à opção ou à devolução caracterizará falta disciplinar motivadora de demissão. Parecer do Procurador José Quadros Pires. 80
- Anistia **ver** APOSENTADORIA. 50
- Apenado BENS PÚBLICOS. 90
- Autarquia **ver** Imposto de renda retido na fonte. 95

BENS PÚBLICOS

- Uso de bem público. Concessão, permissão e autorização de uso — institutos de Direito Administrativo hábeis a transmitir a particulares o uso de bem do domínio público. O princípio orçamentário da unidade de caixa. Fundo Penitenciário e remuneração devida pelo trabalho de apenado. Parecer do Procurador Eulália Maria de Carvalho Guimarães. 90
- **ver** HERANÇA JACENTE. 77

CARGO EM COMISSÃO

- Provimento de cargo em comissão. A investidura em cargo em comissão independe do limite de idade estabelecido na Lei n.º 7.024/76. A implementação da idade limite de 70 anos por servidor titular de cargo em comissão determina sua aposentadoria compulsória com proventos proporcionais ao tempo de serviço (art. 102, II, CF e 104, II, CE), observado, ainda, todo o tempo de serviço enquadrável nos artigos 167 e 168 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, bem como o computável de acordo com a Lei n.º 7.057, de 30 de dezembro de 1976, desde que não tenha sido utilizado para aposentadoria em outro cargo ou emprego. Parecer do Procurador Ana Maria Landell de Moura. 37
- Ofício do Procurador-Geral do Estado, Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Ana Maria Landell de Moura. 43

CARGO PÚBLICO

- Estágio probatório. Magistério. Cômputo do tempo de exercício como professor contratado, inclusive para estágio probatório, nos termos da Lei n.º 4.293, de 4 de janeiro de 1962, quando o início do exercício como nomeado ocorreu antes da revogação dessa lei. Parecer do Procurador Alexandre Henrique Gruszynski. 47
- Ofício do Procurador-Geral do Estado, Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Alexandre Henrique Gruszynski. 48

CONCURSO PÚBLICO

- Recursos em concursos públicos. Recurso hierárquico dirigido ao Chefe do Poder Executivo: inadmissibilidade. Regulamento dos concursos públicos e provas de habilitação. A deliberação governamental somente é admitida no uso de faculdade própria, atinente à legitimidade dos atos e decisões das autoridades inferiores. O Parecer do Procurador Elaine de Albuquerque Petry 59
- Ofício do Procurador-Geral do Estado, Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Elaine de Albuquerque Petry 66
- **ver** MAGISTÉRIO 110
- Constituição Federal **ver** HABITAÇÃO 21

CRÉDITO FISCAL

- Crédito fiscal e falência. Reabertura do problema por decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Tratamento legal conferido ao tema. Tratamento jurisprudencial. Posição da doutrina. Conduta do Estado nos processos de execução fiscal, face ao juízo falimentar. Artigo do Procurador Sílvia La Porta 16

DESAPROPRIAÇÃO

- Desapropriação para manutenção de posseiros em terrenos urbanos. Desapropriação por interesse social pelo Município, para manutenção de posseiros em terrenos urbanos. Inaplicabilidade, pelo menos na totalidade do caso, da hipótese legal do artigo 2º, inciso IV, da Lei nº 4.132, de 1962. A revenda dos bens desapropriados. Desapropriação de diferente área para assentamento das famílias de posseiros. Parecer do Procurador Sílvia La Porta 101
- Ofício do Procurador-Geral do Estado, Ney Sá, dirigido ao Prefeito Municipal de Torres, RS, encaminhando parecer do Procurador Sílvia La Porta 105
- Devolução **ver** ACUMULAÇÃO DE CARGOS 80
- Falência **ver** CRÉDITO FISCAL 16

FÉRIAS

- Férias de servidor pelo Direito do Trabalho. Época de gozo e faculdade de fixação pelo empregador (artigos 134/137 da C.L.T.). Parecer do Procurador Rosa Maria de Campos Aranovich 56
- Ofício do Procurador-Geral do Estado, Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Rosa Maria de Campos Aranovich 58

HABITAÇÃO

- Direito à habitação. Interpretação da Constituição. Direito urbanístico. Crescimento da população urbana. Função social da propriedade. Importância dos princípios constitucionais. Artigo de Adilson Abreu Dallari 21

HERANÇA JACENTE

- Herança jacente. Destinação dos bens vacantes. Competência do Estado. Inconstitucionalidade do artigo 3º do Decreto-lei nº 8.207/45. Parecer do Procurador Verena Nygaard 77

LEI SUELY

- Concedido a favor às funcionárias que se aposentam aos 30 anos de serviço, por se tratar de inativação normal, comum, não especial, o mesmo há de suceder às empregadas, ex-autárquicas, da Companhia Estadual de Energia Elétrica — CEEE — que, por força do artigo 12 da Lei nº 4.136/61, têm assegurados os mesmos direitos pertinentes aos funcionários públicos, entre eles o previsto na Lei nº 4.585/63, para que cresçam ao seu tempo de serviço o tempo ficto, nos termos da Ordem de Serviço nº 15/82, do Chefe do Poder Executivo. Parecer do Procurador Marisa Soares Grassi 83

IMPOSTO

- Retenção do valor do imposto sobre serviços de qualquer natureza. ISS. Obrigatoriedade do recolhimento pelo responsável, desde que dita obrigatoriedade seja especificada na legislação local. Parecer do Procurador Bartolomé Borba 108
- Ofício do Procurador-Geral do Estado, Ney Sá, dirigido ao Prefeito Municipal de São Gabriel, RS, encaminhando parecer do Procurador Bartolomé Borba 109

IMPOSTO DE RENDA

- Imposto de renda retido na fonte. Autarquia. Pertence ao Estado o produto da arrecadação do imposto de renda incidente sobre os rendimentos do trabalho dos servidores de suas autarquias, quando obrigatória a retenção do tributo pela fonte pagadora. Parecer do Procurador Floriano Miller Neto 95

IMPOSTO DE TRANSMISSÃO SOBRE PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA

- Decisões do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais. Definitividade das decisões do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais. Inviável a reapreciação, pela Administração, de matéria decidida pelo Tribunal em derradeira instância administrativa, de acordo com a Lei nº 6.537, de 27 de fevereiro de 1973. Parecer do Procurador Mercedes de Moraes Rodrigues. 53
- Ofício do Procurador-Geral do Estado, Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Mercedes de Moraes Rodrigues 54

MAGISTÉRIO

- Magistério público municipal. Regime jurídico. Professores efetivos e professores admitidos em caráter suplementar e a título precário. Parecer do Procurador Renita Maria Hüllen 110
- Ofício do Procurador-Geral do Estado, Ney Sá, dirigido ao Prefeito de Parai, RS, encaminhando parecer do Procurador Renita Maria Hüllen 114
- **ver** CARGO PÚBLICO 47

MUNICÍPIO

- O Município e seus problemas urbanísticos. Panorama do Direito Urbanístico no Brasil. O sentido do urbanismo brasileiro. Planejamento urbano. Confronto com legislações estrangeiras. Necessidade de normas a respeito. Conferência proferida por Manoel de Oliveira Franco Sobrinho no III Congresso Estadual dos Municípios, em novembro de 1984, em Londrina, Paraná 30
- Pena administrativa **ver** LEI SUELY 83
- Preço público **ver** TELECOMUNICAÇÕES 74
- Propriedade **ver** HABITAÇÃO 21

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

- Os projetos de lei italianos de proteção dos dados pessoais. Necessidade de haver legislação específica com a finalidade de proteger a privacidade do cidadão. A lacuna ocasionada pela falta de lei exclusiva acarreta problemas internacionais. Artigo de Mário G. Losano. Tradução de César A. F. Mariano e revisão de Henriqueta K. von Wackerritt 11

PROVENTOS

- Complementação de proventos. Servidores autárquicos. A complementação de proventos é deferida obedecidas as mesmas condições impostas pela legislação estadual para concessão de aposentadoria. Possibilidade de cômputo de tempo de serviço privado (Lei nº 7.057/76). Parecer do Procurador Eunice Rotta Bergesch 86
- **ver** CARGO EM COMISSÃO 37
- Revisão de proventos na Lei nº 7.357/80. Regimes de 33 e 44 horas. Ação rescisória proposta pelo Procurador Caio Martins Leal 126
- Regras especiais de incorporação de vantagens em proventos integrais de aposentadoria. Recurso extraordinário; razões de recurso extraordinário apresentadas pelo Procurador De-francisco Gallicchio 133
- Recurso administrativo **ver** CONCURSO PÚBLICO 59
- Regime de trabalho **ver** PROVENTOS 86
- Remuneração **ver** USO DE BEM PÚBLICO 90

SALÁRIO

- Convenção coletiva de trabalho. Reajuste semestral dos salários. Contribuição semestral dos salários. Contribuição para o sindicato. A cláusula convencional que refere tão-somente que o Índice Nacional de Preços ao Consumidor é o critério para proceder ao reajuste automático dos salários não garante, contra a letra da lei, aplicação de fatores superiores sobre aquele aos vigentes ao tempo em que a correção deva ser procedida. Não são devidas as contribuições estabelecidas em convenção coletiva em favor do Sindicato contra as quais se tenham

oposto expressamente os trabalhadores, em relação aos oponentes. Parecer do Procurador Eunice Nequete Machado	68
— Servidor trabalhista ver FÉRIAS	56
— Sindicato ver SALÁRIO	68

TELECOMUNICAÇÕES

— FNT — Fundo Nacional de Telecomunicações. Cobrança de sobretarifas sobre os serviços de telefonia e telecomunicações. Parecer do Procurador Eliana Donatelli de Moura	74
— Tempo de serviço ver LEI SUELY	83
— Tributo ver IMPOSTO DE RENDA	95
— Tributo ver IMPOSTO DE TRANSMISSÃO SOBRE PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA	53

VANTAGENS PECUNIÁRIAS

— Ajuda de custo. Muito embora faça jus a essa vantagem funcionário designado para exercer função de assessoramento (AS), a ela não tem direito servidor que não passou a ter exercício em nova sede. Parecer do Procurador Almiro do Couto e Silva	45
— Ofício do Procurador-Geral do Estado, Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Almiro do Couto e Silva	46

VEREADOR

— Remuneração de vereadores. Diárias e ressarcimento de despesas. É legal a fixação de limites para despesas com o uso de telefone e correspondência postal. O ressarcimento de quaisquer tipos de despesas de viagem a serviço do Legislativo Municipal pode ser feito através da fixação de diárias ou de comprovação dos gastos respectivos. Afronta os critérios e limites para a fixação da remuneração dos vereadores a norma local que manda pagar a todos os vereadores, mensalmente, valor fixo tendente a ressarcir despesas com transporte e moradia. Parecer do Procurador Nilo Vargas	115
— Ofício do Procurador-Geral do Estado, Ney Sá, dirigido ao Deputado Estadual F.L.N., encaminhando parecer do Procurador Nilo Vargas	118
— Eleição da Mesa da Câmara dos Vereadores. A Mesa da Câmara dos Vereadores do Município da Câmara, com fundamento na Lei Orgânica do Município, a qual, por sua vez, guarda simetria com a Constituição Federal. Parecer do Procurador Maria Izabel de A.R. Fonyat	106

ÍNDICE DE AUTOR

ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. — Férias de servidor regido pelo Direito do Trabalho. Parecer	56
BERGESCH, Eunice Rotta. — Complementação de proventos. Parecer	86
BORBA, Bartolomé. — Retenção do valor do imposto sobre serviços de qualquer natureza. Parecer	108
CABRAL, Armando Henrique Dias. — Impacto da energia nuclear sobre o meio ambiente e a responsabilidade civil pelo dano nuclear	23
COUTO E SILVA, Almiro do. — Ajuda de custo. Parecer	45
GUIMARÃES, Eulália Maria de C. Uso de bem público. Parecer	90
DALLARI, Adilson Abreu. — Direito à habitação. Artigo	21
FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. — O Município e seus problemas urbanísticos. Artigo	30
FONYAT, Maria Izabel de A. R. — Eleição da Mesa da Câmara de Vereadores. Parecer	106
GALLICCHIO, Defrancisco. — Regras especiais de incorporação de vantagens em proventos integrais de aposentadoria. Razões de recurso extraordinário	133
GRASSI, Marisa Soares. — Lei Suely. Parecer	83
GRUSZYNSKI, Alexandre Henrique. — Estágio probatório. Parecer	47
HÜLLEN, Renita Maria. — Magistério público municipal. Parecer	110
I.A. PORTA, Sílvia. — Crédito fiscal e falência: Artigo	16
— Desapropriação para manutenção de posseiros em terrenos urbanos. Parecer	101
LEAL, Caio Martins. — Revisão de proventos na Lei nº 7.357/80. Regimes de 33 e 44 horas. Ação rescisória	126
LOSANO, Mario G. — Os projetos de lei italianos de proteção dos dados pessoais. Artigo	11
MACHADO, Eunice Nequete. — Convenção coletiva de trabalho. Parecer	68
MILLER NETO, Fioriano. Imposto de renda retido na fonte. Parecer	95
MOURA, Ana Maria Landell de. — Provedimento de cargo em comissão. Parecer	37
MOURA, Eliana Donatelli de. — Fundo Nacional de Telecomunicações. Parecer	74
NYGAARD, Verena. — Herança jacente. Parecer	77
OPITZ, Sílvia. — Parcela autônoma. Apelação	121
PETRY, Elaine de Albuquerque. — Recursos em concursos públicos. Parecer	59
PIRES, José Quadros. — Acumulação indevida. Parecer	80
RODRIGUES, Mercedes de Moraes. — Decisões do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais. Parecer	53
SÁ, Ney. — Provedimento de cargo em comissão. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Ana Landell de Moura	43
— Ajuda de custo. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Almiro do Couto e Silva	46
— Estágio probatório. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Alexandre Henrique Gruszynski	48
— Aposentadoria com base na Lei de Anistia. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Mário Bernardo Sesta	52
— Decisões do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Mercedes de Moraes Rodrigues	54
— Férias de servidor regido pelo direito do trabalho. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Rosa Maria de Campos Arano-vich	58
— Recursos em concursos públicos. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Elaine de Albuquerque Petry	66

— Desapropriação para manutenção de posseiros em terrenos urbanos. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Prefeito Municipal de Torres, RS, encaminhando parecer do Procurador Sílvia La Porta.....	105
— Retenção do valor do imposto sobre serviços de qualquer natureza. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Prefeito Municipal de São Gabriel, RS, encaminhando parecer do Procurador Bartolomé Borba.....	109
— Magistério Público Municipal. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Prefeito Municipal de Paraí, RS, encaminhando parecer do Procurador Renita Maria Hüllen.....	114
— Remuneração de vereadores. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Deputado Estadual Doutor Francisco Lisboa Nápoli, encaminhando parecer do Procurador Nilo Vargas.....	118
SESTA, Mário Bernardo. — Aposentadoria com base na Lei de Anistia. Parecer.....	50
VARGAS, Nilo. — Remuneração de vereadores. Parecer.....	115



companhia rio-grandense de artes gráficas

corag