

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 Vanin, 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.

REVISTA DA PROCURADORIA- -GERAL DO ESTADO

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

RPGE	Porto Alegre	v. 14	nº 40	p. 1 a 187	1984
------	--------------	-------	-------	------------	------

DOAÇÃO

~~RIO GRANDE DO SUL
TRIBUNAL DE ALÇADA
BIBLIOTECA~~

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

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



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 Candioça da Rosa Filho
José Hugo Valvírio Castro Ramos

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

EQUIPE TÉCNICA

EXECUÇÃO E REVISÃO
Bel. Henriqueta Kopsch von Wackerritt

EXPEDIÇÃO
Dalva A. Bragança da Silveira

SUMÁRIO

DOCTRINA

ALMIRO DO COUTO E SILVA	Um mestre eminente do Direito	11
JEAN-FRANÇOIS COUZINET	A noção de falta grave administrativa	13
RUI PORTANOVA	Penhorabilidade dos bens de sócios de sociedades irregularmente dissolvidas	39
ELIANA DONATELLI DE MOURA	Bens públicos. Dispensabilidade do registro imobiliário	42

PARECERES

NEY SÁ	Direito de defesa	49
MÁRIO BERNARDO SESTA	Seguro de bens dos órgãos do Poder Público	59
ALEXANDRE HENRIQUE GRUSZYNSKY	Licença para acompanhar cônjuge	62
ANA MARIA LANDELL DE MOURA	Estabilidade e efetivação	66
ELAINE DE ALBUQUERQUE PETRY	Período de trânsito	69
ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH	Acumulação de cargos e funções	75
JACQUES TÁVORA ALFONSIN	Correção monetária de custas	79
ELIANA DONATELLI DE MOURA	Integralização de ações de sociedade de economia mista	85
VERENA NYGAARD	Infrações sanitárias	88
ADNOR GOULART	Dispensários de medicamentos de pequenas unidades hospitalares	91
EUNICE NEQUETE MACHADO	Cômputo de tempo ficto de serviço	99
EUNICE ROTTA BERGESCH	Complementação de proventos	104
EULÁLIA GUIMARÃES	Poder de polícia	107

ASSUNTOS MUNICIPAIS

MARÍLIA DE OLIVEIRA AZEVEDO	Aposentadoria	115
MARIA IZABEL DE A.R. FONYAT	Criação de cargo municipal	117
BARTOLOMÉ BORBA	Remuneração de vereadores	121
SILVIA LA PORTA	Loteamento urbano na região metropolitana	126
RENITA MARIA HÜLLEN	Imposto predial e territorial urbano	130

TRABALHOS FORENSES

DEFRANCISCO GALLICCHIO	Paridade e equiparação	139
CAIO MARTINS LEAL	Ferrovários: Estado vence no STF. Recurso extraordinário	146

DOUTRINA

UM MESTRE EMINENTE DO DIREITO

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

Venho em nome da Direção, dos professores, dos servidores, dos alunos, dos amigos da Faculdade de Direito de Porto Alegre, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, cumprir o triste e doloroso encargo de dizer as palavras de despedida ao nosso querido e Eminentíssimo Professor e ex-Diretor Ruy Cirne Lima.

Estamos todos aqui presenciando emocionados o amargo instante em que se separa fisicamente de nós um homem raro pela inteligência, pela cultura e pelo coração. Se abstrairmos a esperança ou a crença de que somos seres perenes, memória e saudade é o que todos nós deixamos ao completar-se o ciclo da existência. A vida dos homens comuns, após a morte, é meramente retrospectiva. Vivem eles no presente e no futuro só na lembrança dos que os conheceram.

Os homens raros, os seres de exceção, além da memória e da saudade deixam ainda na terra os clarões, as paisagens, os caminhos, os apelos e as sugestões produzidos ou desvendados pela intensidade invulgar da chama do espírito, pelo exemplo extraordinariamente fecundo e rico, pela generosidade maior dos que tiveram uma alma maior. Transcendem, portanto, o círculo dos sentimentos e das emoções dos parentes e amigos para continuar a ampliar os horizontes do mundo pela força de suas idéias e de suas obras.

Ruy Cirne Lima foi um desses. Poucas pessoas marcaram, como ele, tão profundamente a vida cultural do Rio Grande do Sul neste século, quer pela obra escrita, de inestimável valor, quer pela que foi comendo e partilhando despreocupadamente, entre a fumaça azulada do seu inseparável charuto, nas salas de aula da Faculdade de Direito, na sala dos professores em que era o centro e o sol, nas longas conversas com seus colegas e amigos.

Muito jovem, ainda um menino, com apenas 19 anos, concluiu o curso jurídico em Porto Alegre. Corria então a década de 20, em que a vida intelectual do país, com a realização da Semana da Arte Moderna em São Paulo, sofreria uma profunda alteração de rumos. É curioso observar que o movimento inovador da cultura brasileira teve inicialmente reflexos muito escassos no Rio Grande do Sul, onde a admiração apaixonada pelos simbolistas franceses servia de muralha ao impulso iconoclasta das novas tendências que a Europa, das cinzas e dos escombros da primeira grande guerra, irradiava para o mundo.

Aqui, na pacata e provinciana Porto Alegre, poucos foram os que perceberam o significado e a importância do modernismo. Entre eles estava Ruy Cirne Lima, que logo se inscreve entre os seus adeptos, tornando-se um dos pioneiros da poesia moderna no Rio Grande do Sul.

Depois, o interesse pelo Direito parece tê-lo distanciado desses primeiros pendores literários, muito embora, para quem leia com atenção sua obra jurídica, sempre ressalte de modo muito nítido o poeta que se escondia sob o jurista. Isso se faz evidente não só pela beleza e invariável elegância da linguagem, como sobretudo pela originalidade e pelo lado absolutamente inesperado e imprevisível com que sempre procura abordar os temas jurídicos, colocando velhas indagações sob uma luz até então desconhecida ou reunindo, por um mecanismo de aproximação insólita, que é o mesmo da metáfora, idéias e noções que ordinariamente são tratadas de modo isolado.

Em 1929 faz concurso para livre docência na cadeira de Direito Internacional Privado, defendendo tese que consiste numa introdução ao estudo dessa disciplina. Em 1933 submete-se a concurso para a cátedra de Direito Administrativo, sendo aprovado com a média final de 9,9. Nesse mesmo ano publica "Origem e Aspecto do Regime de Terras no Brasil", magistral trabalho em área geralmente descuidada pelos juristas brasileiros, que é a História do Direito. Segue-se após, em 1935, "Terras Devolutas — História, Doutrina e Legislação". Dois anos depois, em 1937, editava os seus "Princípios de Direito Administrativo Brasileiro" que se constituem num marco da nossa ciência do Direito Administrativo. Na verdade, até a edição dos "Princípios" as obras dos nossos administrativistas, que eram aliás em reduzido número, careciam de sistematização. O sólido conhecimento do Direito Alemão, a admiração pela obra de Otto Mayer e especialmente de Walter Jellinek — a quem se uniria por laços estreitos de amizade, conquanto nunca se houvesse encontrado pessoalmente — dera aos "Princípios" o rigor lógico que nem sempre apresentam os trabalhos dos administrativistas franceses mais ilustres, talvez porque na França o Direito Administrativo seja muito mais um Direito elaborado jurisprudencialmente, como construção do Conselho de Estado, enquanto que na Alemanha é ele

Discurso proferido na cerimônia de sepultamento do Professor Ruy Cirne Lima

preponderantemente um Direito de Juristas, como também de alguma maneira acontece no Brasil. Note-se, entretanto, que a influência do direito estrangeiro na obra de Ruy Cirne Lima não é nunca exagerada e nem mesmo aparente. A preocupação do autor é sempre a de preservar a independência do pensamento, sem desviar-se dos veios autênticos da tradição luso-brasileira e sem desprezar, ao mesmo tempo, os avanços da ciência universal.

Não é aqui a ocasião de realçar, um por um, os numerosos méritos que têm os "Princípios". Limito-me apenas a registrar o que talvez seja a contribuição mais importante de Ruy Cirne Lima para a ciência do Direito Administrativo: o seu conceito de relação de administração, o modo pelo qual coexistem sem se anular, em determinadas situações de conflito, os interesses e poderes da Administração com os direitos subjetivos dos administrados, no imemorial contraste entre a autoridade do Estado e a liberdade dos indivíduos. A idéia de relação de administração, moldada sob o regime jurídico dos bens públicos, é de imensa utilidade para a compreensão não só de diversos institutos do Direito Administrativo, como da própria ciência do Direito Administrativo e do Direito Público em geral.

É de 1953 o "Sistema de Direito Administrativo Brasileiro"; de 1954 a "Pequena História Territorial do Brasil" e de 1958 a "Preparação à Dogmática Jurídica". No "Sistema" e na "Preparação" são tratadas com mão de mestre algumas das mais intrigantes indagações que se propõem aos juristas, como a relação entre Estado e Direito, entre lei e costume, a distinção entre Direito Público e Privado, o problema da natureza das pessoas jurídicas enquanto relação, o Direito Subjetivo e, novamente, mas de forma mais extensa do que a desenvolvida nos "Princípios", a relação jurídica administrativa.

Não posso fazer neste momento a reconstituição do completo itinerário de uma densa experiência intelectual, nem inventariar de modo exaustivo o legado que uma personalidade tão exuberante como a do Dr. Ruy — como sempre foi carinhosamente conhecido em todo o Rio Grande — deixou para nós e para a cultura brasileira. E nem me caberia, igualmente, examinar-lhe a obra como jornalista ou analisar sua passagem, infelizmente rápida, pela política.

Como falo pela Faculdade de Direito é necessário, no entanto, que diga, sem fazer agravo a nenhum dos outros ilustres mestres do nosso tempo ou das gerações anteriores, que foi ele a maior expressão da cultura e da inteligência que já exerceu o magistério na Faculdade de Direito de Porto Alegre, vulto inesquecível pelo saber desmedido que o fazia, nos tempos modernos, uma figura comparável aos eruditos célebres do Renascimento.

Creio ter dito Machado de Assis, ao fazer o elogio fúnebre de um amigo, que "ele sabia bem as coisas que sabia".

Do Prof. Ruy Cirne Lima talvez se possa dizer que "sabia muito bem as muitas coisas que sabia", pois tudo aquilo sobre que seus olhos pousavam, desde que tivesse algum atrativo intelectual, ficava-lhe gravado para sempre, como matéria a ser futuramente elaborada e utilizada por sua prodigiosa inteligência.

Tão esplêndidos dotes de espírito coexistiam no Professor Ruy com uma bondade sem limites, bondade que por certo era congênita, mas que há de ter sido dilatada pela religiosa, profunda e nunca desmentida fidelidade aos ideais do cristianismo, erguidos em sua vida como valores supremos, como alfa e ômega, como causa, razão de ser e fim de tudo.

Nesta bela tarde de inverno, quando o sol se desmancha em poeira de ouro sobre estas galerias, colunas e estátuas; quando lá em baixo Porto Alegre se contempla, refletida no espelho líquido do Guaíba; quando nos angustiam e assaltam tantas inquietações sobre o futuro do Brasil e do mundo, nós nos reunimos aqui, Professor Ruy, para prestar-lhe a derradeira homenagem dos que o amaram, estimaram e admiraram enquanto seu corpo e seu espírito estavam unidos, mas que o continuarão a amar, estimar e admirar enquanto persistir no mundo uma só dessas preciosas fagulhas espargidas pelo seu espírito, que vivificam e fecundam a nossa vida e o nosso trabalho, assim como hão de vivificar e fecundar a vida das gerações futuras pelo mágico e eterno poder da inteligência, da cultura e da grandeza de alma.

A NOÇÃO DE CULPA GRAVE ADMINISTRATIVA

JEAN-FRANÇOIS COUZINET
Doutor em Direito
Assistente na Universidade de Ciências
Sociais de Toulouse — França

SUMÁRIO

Introdução

- I. O campo de aplicação da noção.
 - A. O método jurisprudencial de delimitação.
 - B. As atividades públicas que se beneficiam do regime de responsabilidade por culpa grave.
- II. As características da noção.
 - A. Uma culpa anônima no funcionalismo do serviço.
 - B. Uma culpa qualificada.

Conclusão.

INTRODUÇÃO

1. O fato de serviço é o elemento determinante da vinculação da responsabilidade administrativa. Para que possa ser vinculada a responsabilidade civil de uma pessoa, é indispensável que o dano, cuja reparação é demandada, seja atribuído, a um fato do serviço público.

No plano da responsabilidade por culpa da Administração, o fato de serviço deve ter a característica de uma culpa: culpa administrativa.

A culpa administrativa encontra-se, portanto, no âmago da responsabilidade da Administração. Oposta ao fato que vincula somente sua responsabilidade frente aos tribunais de justiça, a falta administrativa vincula frente à justiça administrativa a responsabilidade do Poder Público (1). Segundo as regras da responsabilidade administrativa, a vítima de um dano atribuído à ação administrativa poderá obter a reparação da Administração se não ficar provado que a causa está numa culpa do serviço público (2).

2. Paradoxalmente, apesar de sua importância, a culpa administrativa é raramente definida de maneira positiva pelos grandes autores de Direito Administrativo, a tal ponto que um civilista, Gérard Cornu, notou em sua tese (3) que o silêncio em direito público era geral no que se referia à definição de culpa. Ele opunha esta recusa de definição de culpa administrativa à "febre dos civilistas" em procurar uma noção teórica de culpa (4).

É preciso reconhecer que a grande maioria dos deservimentos consagrados aos fundamentos de responsabilidade define culpa administrativa negativamente, em oposição à culpa pessoal de agentes públicos. Seria culpa administrativa todo o procedimento atribuído à Administração que não pudesse ser qualificado de culpa pessoal. O esforço da doutrina recai, portanto, sobre a definição de culpa pessoal. Esta doutrina implica indiretamente e de maneira negativa a definição de culpa administrativa.

Georges Vedel após destinar, no seu Manual de Direito Administrativo, três parágrafos à noção de culpa pessoal do agente público (definição e função) (6), define a culpa administrativa, que ele chamou culpa de serviço, como "a culpa atribuível a um ou vários agentes do serviço" (7).

Para Rivero, "a culpa de serviço é um enfraquecimento no funcionamento normal do serviço atribuível a um ou vários agentes da Administração, mas não imputável a eles pessoalmente" (8).

Outros eminentes autores procuram dar à culpa administrativa uma definição positiva, suficiente por si mesma sem que seja necessário recorrer à noção de culpa pessoal. Infelizmente esta definição é bastante imprecisa.

Para Charles Debbsch, "a culpa de serviço público"... "pode talvez estar ligada diretamente à atividade de um agente de serviço, ou ser o resultado de um funcionamento defeituoso do serviço na sua totalidade" (9). É uma definição exata, porém vaga, de culpa administrativa.

A tentativa de F. P. Bénéit é mais elaborada: "a culpa administrativa constitui-se, na verdade, de um mau funcionamento do serviço, o caráter correto ou defeituoso deste funcionamento é apreciado, pura e simplesmente, em relação ao que deve ser o funcionamento do serviço na aplicação das leis e regulamentos que o definem" (10).

Esta definição está próxima daquela, mais explícita, dada pelo decano Maurice Hauriou à culpa administrativa, em 1914: "Um serviço público organizado representa um corpo de tradições, de hábi-

Tradução, autorizada pelo autor e editora, de "La notion de faute lourde administrative", publicado na *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, mars-avril 1977, por César A. F. Mariano, Revisão de Eliana Donatelli de Moura.

tos e de disciplinas; há neste serviço público uma certa "diligentia" habitual, que provavelmente não é a *diligentia* máxima, mas que é uma *diligentia* média, a qual a boa administração se contenta em apreciar *in concreto*. As culpas de serviço serão as negligências, as omissões, os erros, as imperícias que o agente poderia ter evitado se estivesse apto à *diligentia* média do serviço, e que, ao mesmo tempo, não denotasse de sua parte um ato pessoal" (11).

Podemos ainda verificar que, para completar sua definição, o eminente decano utiliza, em última análise e *a contrario*, a noção de fato pessoal.

Se compararmos estas tentativas de definição às definições de culpa dos civilistas, em seus tratados, podemos somente concordar com a opinião de Cornu referida anteriormente. A fim de não tornarmos só um exemplo: Mazeaud e Tunc, no seu "Traité de la Responsabilité Civile, dedicam cinquenta páginas à definição de culpa (12). Analisam sucessivamente as definições que conduzem à negação da culpa e as definições não precisas, a fim de eliminá-las. Buscam, em seguida, uma definição exata de culpa. Este estudo ocupa quarenta páginas da obra. E somente após tal trabalho de definição é que os eminentes autores abordam as "aplicações da noção de culpa", as quais se estendem por duzentas páginas.

Somente o decano Paul Duez dedicou-se a tal busca das características específicas da culpa administrativa em sua obra que se intitula "La responsabilité de la puissance publique". O ilustre autor destacou, no cabeçalho do primeiro capítulo, as cinco características essenciais da culpa de serviço: autonomia em relação aos textos do Código Civil, caráter primário, anônimo, variado e geral (13). Podemos, contudo, observar que estas características aplicam-se mais à responsabilidade administrativa por culpa do que à culpa administrativa propriamente dita.

A freqüência da definição negativa da culpa administrativa explica-se pelo fato de que dentro do quadro da responsabilidade administrativa, a culpa pessoal é a exceção que, por vezes, conduz à exclusão da responsabilidade da pessoa pública e à incompetência da jurisdição administrativa.

O princípio é, na verdade, que o dano causado culposamente pelo agente público, agindo no campo do serviço público, "acarreta" sua responsabilidade (14).

É o reconhecimento do caráter de culpa pessoal destacado do serviço que afasta, excepcionalmente, a responsabilidade da Administração. Confirma-se, portanto, ser particularmente necessário definir, em primeiro lugar, a culpa pessoal a fim de determinar a abrangência da exceção ao direito comum. A culpa administrativa, desde logo, poderia ser facilmente enunciada como o procedimento culposo de um agente público em serviço não suscetível de ser qualificada de culpa pessoal.

3. Explicável e generalizada, a definição negativa da culpa administrativa tem o inconveniente de não fazer aparecer os elementos constitutivos da mesma. A culpa administrativa caracteriza-se, em princípio, por uma dualidade formal que pode apresentar-se sob uma das seguintes formas (15).

1º A "culpa do serviço" é uma culpa anônima que não pode ser imputada, com precisão e certeza, à pessoa física empregada neste serviço. Ela é analisada como um funcionamento defeituoso do serviço, em seu conjunto, em relação às regras que o comandam. Pode tratar-se também de uma má organização do serviço. É uma culpa do serviço, tantas outras. A prova desta culpa é suficiente para responsabilizar a Administração.

Esta culpa, por sua natureza, seja ela anônima ou coletiva, é essencialmente diferente da noção de culpa individual cometida por uma pessoa física determinada. Tal diferença de natureza nem sempre se reconhece.

2º Existe, na verdade, um segundo tipo de culpa administrativa: "a culpa de serviço" de um agente público que age no exercício de suas funções. A culpa não é mais anônima, é personalizada: é o fato de uma pessoa física determinada, empregada no serviço. Não é uma culpa do serviço em sua totalidade: é uma culpa individual.

Esta culpa, entretanto, não responsabiliza pessoalmente o agente que a cometeu, mas a pessoa pública que emprega o agente culpado. Este, na verdade, cometeu tal ato culposo por querer cumprir sua missão no serviço. Ele não agiu com vistas a um proveito pessoal; cometeu um ato profissional culposo no exercício de suas funções. Em segundo lugar, o ato culposo cometido não é grave, mas leve.

Com certeza, todo o ato culposo deve ter seus danos reparados, mas deve o ato profissional culposo leve de um agente público sofrer a dura sanção da responsabilidade financeira de seu autor? Não estaríamos arriscando em tirar todo o espírito de iniciativa dos agentes do poder público?

Sob esta forma, a culpa administrativa quase nada difere, pela sua natureza, da culpa pessoal. Ao menos, de um tipo de culpa pessoal que consiste em um ato profissional culposo grave, porém não intencional. Ela é a obra de um agente público na busca de um fim do serviço público em que está empregado. Ao cometer tal ato culposo, este agente não teve nenhuma intenção de prejudicar, nenhuma intenção de tirar proveito pessoal. Se sua culpa é qualificada de pessoal é porque revela de sua

parte um desconhecimento grave das regras de sua função. É um ato profissional culposo grave. Mesmo sendo uma culpa grave que supere a gravidade média dos atos culposos que se pode esperar de um funcionário, é de fato uma culpa pessoal e impede que seja ali vista uma culpa administrativa.

A única diferença entre a culpa de serviço de um agente público e a culpa pessoal não-intencional é a diferença no grau da gravidade. A primeira é vista como leve e, portanto, escusável; a segunda é grave e, por conseguinte, será sancionada pela responsabilidade civil do agente frente aos juizes.

A dualidade formal da culpa administrativa não tem incidência sobre o regime jurídico da responsabilidade administrativa por culpa. Qualquer que seja a forma que ela tome, a culpa administrativa vincula a responsabilidade da Administração sem que seja preciso estabelecer que tal agente público designado por nomeação tenha cometido um ato culposo no exercício de suas funções. É suficiente para a vítima demonstrar que o serviço funcionou mal.

Porém tal dualidade é importante no que concerne à definição da noção própria de culpa administrativa. Dentro do quadro deste estudo, teremos a ocasião de verificar sua influência quando do exame das características da noção de culpa administrativa grave.

4. A culpa administrativa é uma culpa delitual de natureza objetiva que o juiz avalia de forma precisa:

1º Culpa quase delitual: de difícil definição, por si mesma, a culpa quase-delitual se opõe à culpa delitual. Esta pode assemelhar-se à culpa intencional, "comete-se uma culpa delitual... cada vez que agimos com intenção de causar um dano" (16). A culpa quase-delitual é, dessa forma, negativamente o ato culposo cometido sem intenção deliberada de causar dano. Se adotarmos esta definição, a culpa administrativa será classificada dentro da categoria das culpas quase-delitais. A culpa intencional de um agente público é, sem dúvida, sempre tida como uma culpa pessoal. Não poderíamos, de outra forma, atribuir uma intenção de prejudicar o serviço público em seu conjunto.

2º Culpa objetiva: em Direito Civil, a culpa é constituída de dois elementos cuja ligação é indispensável. Ela compreende, em primeira instância, um elemento objetivo: a culpa é a violação de uma obrigação preexistente ou, segundo uma outra terminologia, a violação de uma regra de direito. Contudo, este elemento não é suficiente para que o fato considerado seja qualificado de culpa. Este fato deve, além disso, apresentar um caráter subjetivo. Seu autor deve ter-se conscientizado de que ele se tornou culpado da violação de uma obrigação preexistente ou de uma norma de direito. É a isto que os civilistas denominam "imputabilidade" (17). Na falta de imputabilidade não há culpa civil. Portanto, para León Duguít, a culpa é a "violação consciente de regra de direito por livre arbítrio" (18).

A culpa administrativa reúne, necessariamente, estes dois elementos? Se definirmos a culpa administrativa pela retomada da definição mais freqüentemente dada de "todo funcionamento incorreto de serviço" (19), quase não notaremos o aspecto subjetivo, a imputabilidade no entendimento do Direito Civil. Há culpa administrativa desde que seja constatado que o serviço funcionava mal, não funcionava ou que funcionava com atraso.

Seguramente, há culpas administrativas nas quais se descobre o elemento "consciência da infração". Tratar-se-á de atos culposos de serviço os cometidos por agentes públicos determinados. Entretanto, mesmo nessa categoria de culpa administrativa o aspecto subjetivo não está presente. Sua presença, além do mais, é acidental; não é necessária, e não convém prová-la para estabelecer a existência de uma culpa administrativa.

A culpa administrativa é uma culpa puramente objetiva que não comporta nenhuma referência psicológica (19) (20).

3º Culpa avaliada concretamente: se conservarmos a definição mais freqüentemente usada e a mais simples: constitui uma culpa administrativa todo funcionamento "incorreto", "defeituoso" ou "anormal" do serviço público. Tal definição é insuficiente. Convém, ao menos, indicar em que consiste o funcionamento defeituoso do serviço. A partir de quando ou em relação a que há defeito no funcionamento do serviço? A tal questão não podemos dar duas respostas diferentes.

Podemos avaliar que há funcionamento defeituoso do serviço quando este funciona contrariamente às prescrições das leis e dos regulamentos que o regem. Esta é a concepção escolhida por F. P. Bénoit: "A culpa administrativa é constituída, na verdade, por um funcionamento defeituoso do serviço, o caráter correto ou defeituoso deste funcionamento que está sendo avaliado pura e simplesmente em relação ao que deve ser o funcionamento do serviço na aplicação das leis e regulamentos que o definem" (21). O autor dedica-se, aqui, a uma apreciação abstrata da culpa administrativa. Para desvendar esta última, seria preciso comparar o funcionamento real do serviço ao funcionamento ideal que resultaria da estrita aplicação da legislação e da regulamentação em vigor. Esta apreciação resulta em equiparar a culpa administrativa ao fato ilegal do serviço. Tal equiparação é abusiva, não corresponde ao estado da jurisprudência. A jurisprudência considera que toda ilegalidade não consti-

tui uma culpa administrativa, e supõe, ao contrário, que os procedimentos não ilegais podem ser constitutivos de uma culpa administrativa. O juiz, na verdade, detém-se em uma apreciação concreta da culpa.

Tal apreciação conduz a uma noção do funcionamento defeituoso do serviço, próximo àquela que descreveu o decano Hautiou: "as culpas de serviço são as negligências, as omissões, os erros, as imperícias que o agente teria evitado se estivesse apto à diligência normal do serviço" (22).

Esta diligência normal é determinada pelo juiz, *in concreto*, quer dizer, leva em conta a natureza do serviço e as circunstâncias particulares de tempo e de lugar nas quais se realizou o ato prejudicial.

Os elementos de dolo estabelecidos pela legislação e a regulamentação em vigor serão levados em conta pelo juiz, que reunirá os elementos do fato em si ao caso em voga.

5. A apreciação concreta da culpa administrativa conduziu o juiz a admitir que esta culpa poderia apresentar diferentes graus de gravidade. A simples culpa administrativa ou culpa administrativa leve não é suficiente, em muitos casos, para vincular a responsabilidade da Administração. Somente os serviços ou as atividades do serviço público não têm sua responsabilidade levada frente ao juiz administrativo em razão de uma culpa caracterizada, ou seja, que tenha atingido ou ultrapassado um certo grau de gravidade. Para essas atividades, cometer um ato administrativo culposo não é sinônimo de responsabilidade.

Durante o século XIX, este sistema de graduação das culpas administrativas atingiu uma grande complexidade. Assim, alguns autores dividiram as culpas administrativas em quatro categorias, classificadas por ordem crescente de gravidade: a culpa simples correspondente ao regime de responsabilidade do direito comum, a culpa grave, a culpa manifesta e de particular gravidade e a culpa equiparada ao dolo (23).

Uma tal precisão nos diferentes graus de gravidade que poderia revestir a culpa administrativa apresentaria verdadeiras dificuldades de aplicação. "Que grau de gravidade deve apresentar a culpa para vincular a responsabilidade"? A parte delicada do problema reside numa dificuldade de técnica jurídica, de ordem totalmente geral. "Dosagem da culpa": dois termos que se comprometem quando encontrados juntos: é introduzir a quantidade na qualidade pura da noção de culpa; a tentativa está destinada, senão ao fracasso, pelo menos à abstração que os objetivos não conseguem substituir à precisão dos números.

Apurar o "grau" da culpa será uma obra proveitosa se encontrarmos um modo de expressão numérica que, quando reduzida a nuances de qualificações, torna-se um empreendimento inútil.

Portanto, ao tentarmos sobrepor "culpa grave", "culpa leve" e "culpa muito leve", voltamos ao problema de sua definição e graduação, sem obter nenhuma precisão, nem facilidade de aplicação" (24).

É, sem dúvida, a conscientização dessas dificuldades e do agravamento da situação das vítimas conduzida por este sistema, que levou o Conselho de Estado a abandonar progressivamente esta escala de culpas para não reter mais que dois graus na gravidade das culpas administrativas: a culpa simples e a culpa grave (25).

Daí em diante, a responsabilidade da Administração estará vinculada, em princípio, à prova da culpa administrativa simples. Entretanto, quando o dano resulta de certas atividades públicas particulares que são fixadas pelo juiz, é solicitado às vítimas que evidenciem a culpa grave cometida no exercício destas atividades.

6. A culpa grave administrativa é uma exceção em matéria de responsabilidade da Administração. É, portanto, necessário delimitar, em primeiro lugar, o campo de aplicação desta noção. Procuraremos, a seguir, numa segunda parte, destacar as características fundamentais da noção de culpa administrativa grave.

1. O CAMPO DE APLICAÇÃO DA NOÇÃO DE CULPA ADMINISTRATIVA GRAVE

7. A jurisprudência, da mesma forma como ocorreu no conjunto das regras que organizam o direito comum da responsabilidade administrativa, também desempenhou função essencial na delimitação do campo de aplicação da noção de culpa administrativa grave. Alguns textos legislativos, no entanto, exigiram que fossem produzidas provas da culpa administrativa grave, a fim de vincular a responsabilidade da Administração em relação a certas atividades públicas. Tais textos são raros.

Poderíamos citar o artigo 136 do Código de Processo Penal, nos termos do qual a culpa suscetível de acarretar a responsabilidade do Estado em razão de atentados à liberdade individual é uma culpa grave (26). Os casos que permitem o exercício de tomada de posição determinados pela Lei de 7 de fevereiro de 1933, constituem, de igual modo, culpas particularmente graves: "dolo, fraude, con-

cussão ou culpa grave profissional" (27). Igualmente, em matéria de responsabilidade do fato das atividades públicas de transporte, a Lei de 2 de março de 1957 (transportes aéreos) e a Lei de 18 de junho de 1966 (transportes marítimos) indicam que a responsabilidade do transportador é limitada em caso de dolo ou falta inescusável de sua parte (28).

A Lei de 5 de julho de 1972, relativa à reforma do processo civil, por fim, incluiu em seu artigo II: "O Estado tem o dever de reparar o prejuízo causado pelo funcionamento defeituoso do serviço da justiça. Esta responsabilidade somente é vinculada por falta grave ou por uma denegação da justiça" (28).

Com exceção destes textos, a delimitação do campo de aplicação da noção estudada é função do juiz administrativo. Para realizar esta tarefa, ele se utiliza de um método de delimitação particular, geralmente menosprezada, que precisará ser examinado sob um primeiro título (A). Este método dá autoridade ao juiz para definir as atividades públicas que se beneficiam do regime de responsabilidade por culpa grave (B).

A — O método jurisprudencial de delimitação

8. Podemos nos utilizar de três métodos distintos para conseguirmos uma delimitação do campo de aplicação da noção de culpa administrativa grave. Pode-se, em primeiro lugar, determinar *a priori* as situações nas quais será exigido do requerente a prova de uma culpa grave. Por este ângulo, a escolha deve ser feita entre uma delimitação por serviços, de natureza material. É igualmente possível utilizar um método empírico na aplicação daquela que o juiz levará em consideração em cada processo as circunstâncias particulares de tempo e lugar para conceder ou não o benefício do regime da culpa administrativa grave.

9. *Delimitação orgânica ou por "serviço"* — Ao escolher este método, o juiz decide que a responsabilidade de certos serviços públicos, no sentido orgânico de seu termo, só poderá ser aplicada se a vítima apresentar a prova de uma culpa grave por eles cometida.

Charles Debbsch e Marcel Waline parecem crer que o juiz administrativo francês age desta forma.

O primeiro destes dois excelentes autores refere em seu Manual de Direito Administrativo que "o juiz leva em conta as dificuldades inerentes ao funcionamento de certos serviços... O grau de gravidade exigido da culpa varia conforme os serviços" (29). Segue, ainda, a enumeração dos "principais serviços que, em razão das dificuldades de seu funcionamento, a jurisprudência exige uma culpa grave"... "o serviço de polícia"... "o serviço hospitalar"... "o serviço fiscal" e a "tutela administrativa" (30).

O mesmo tipo de apresentação se encontra na obra de Marcel Waline. Em seu "Précis de Droit Administratif", sob o título (nº 1061): "Serviços cujas culpas graves somente vinculam a responsabilidade", ele explica: "Quando certos serviços lhe parecem mais importantes e por isso mais difíceis de administrar, o Conselho de Estado considera que a responsabilidade do Estado é somente vinculada por culpas graves e por nenhuma outra mais". É mais além, "os serviços que somente podem vincular a responsabilidade do Estado por culpa grave são os seguintes (31):... "a polícia", ... "os hospitais" e "serviços da saúde pública", ... "os serviços fiscais", ... "os serviços de combate ao incêndio", ... "os serviços penitenciários", ... "o controle dos bancos" (32).

Tal apresentação não parece corresponder exatamente à posição jurisprudencial. Aceitamos, por prova, o fato de que os autores citados são forçados a precisar, em seus desenvolvimentos, que somente certas atividades dos serviços mencionados e não outras se beneficiam do regime da culpa administrativa grave.

Na realidade, o juiz usa outro método de delimitação.

10. *Delimitação material ou por "atividades"* — O outro método de delimitação consiste na fundamentação, para exigir a prova de uma culpa grave, não na noção orgânica de "serviço", mas na noção material de atividades. Dentre as diversas atividades de um serviço público, somente aqueles que apresentam um caráter especial de dificuldades se beneficiam do regime de culpa grave.

Este método apresenta um caráter flexível, o que não ocorre com o precedente. Ele permite que as atividades dirigidas por um mesmo serviço, de acordo com o grau de dificuldade que seu exercício apresenta, sejam submetidas a um regime diferente de responsabilidade.

Portanto, para os serviços de que se encarrega a polícia administrativa, o juiz exige a prova da culpa grave de serviço quando os danos foram causados por atividades ou operações materiais. A atividade normativa destes serviços (publicação de decisões individuais ou regulamentares) vincula a responsabilidade destes em todos os casos que uma culpa administrativa, mesmo leve, tenha sido cometida (33).

Emboia contestado por certos autores, parece-nos que uma distinção do mesmo tipo é feita pelo juiz entre as diversas atividades de serviço encarregadas da prevenção e combate a incêndios (34).

No que concerne aos serviços hospitalares e de saúde, sabe-se que, também aí, é preciso distinguir, dentre as atividades em exercício, aquela em que o dano ocorreu. Tratando-se de uma atividade médica (35), só a existência de uma culpa grave implica a responsabilidade do serviço (36). Se o dano resulta de uma má organização do serviço hospitalar, a prova de culpa simples é suficiente para vincular a responsabilidade desse (37). A solução é idêntica para quando o dano resultar de cuidados administrados a um paciente.

Tal maleabilidade no emprego do método de delimitação fundamentado na noção material de atividades apresenta, do ponto de vista da vítima, uma importante vantagem. Ela permite uma redução máxima dos casos em que se exige dela a prova da culpa grave. Somente certas ações do serviço, aquelas que apresentam um caráter revelado de dificuldade, se beneficiarão desta responsabilidade atenuada.

Devemos, entretanto, reconhecer que se for esse o caso mais freqüente, na prática, encontra-se também — mais raramente — a situação inversa.

Certos tipos de atividades que podem fazer parte de diversos tipos de serviço, organicamente definidas e distintas, se beneficiam da técnica de vinculação de sua responsabilidade por culpa grave.

Citamos, aqui, o caso de atividades de controle exercidas pelo Estado sobre outras pessoas públicas ou privadas. Trata-se, essencialmente, da atividade de controle de tutela exercida sobre as pessoas públicas descentralizadas. Sua responsabilidade só é vinculada se for estabelecida uma culpa grave contra o serviço de tutela (38).

No entanto, entra igualmente nesta categoria o controle exercido pelo Estado sobre certas atividades dirigidas por pessoas privadas. É o caso, desde 1936, das atividades da comissão de controle de bancos (39).

Semelhante solução foi aceita, mais recentemente, em jurisprudência, no que concerne ao controle que o Estado exerce, ou é reputado exercer, sobre outras atividades privadas, particularmente a atividade profissional dos agentes de câmbio (40).

Nestes casos, a noção de atividade de controle é mais ampla do que aquela de serviços de tutela empregada, por exemplo, por Debbasch (41), ou do que aquela de "controle de bancos", utilizada por Waline (42).

11. *Método empírico. Circunstâncias de tempo e de lugar* — Ao contrário dos precedentes, Georges Vedel avalia que o juiz administrativo, para definir o domínio de aplicação da noção de culpa grave, utiliza-se de um método de natureza material. Baseia-se na atividade em questão e não no serviço que exerce: "o critério principal são as dificuldades que apresenta a atividade administrativa à qual é atribuído o dano" (43). Em consideração às explicações já dadas, esta análise da posição jurisprudencial é a única correta.

Mas o eminente autor não se limita só a esta constatação, busca, mais adiante, quais são os elementos que o juiz leva em conta para caracterizar o grau de gravidade da culpa administrativa. "A natureza própria da atividade, de uma parte, "as circunstâncias de tempo e lugar", de outra.

O juiz, segue Vedel, teria de recorrer concomitantemente às duas técnicas de delimitação. Algumas atividades do serviço público se beneficiaram, devido a sua própria natureza, do regime da responsabilidade por culpa grave. As outras atividades públicas, dependentes geralmente do regime da responsabilidade por culpa administrativa simples, poderiam se beneficiar da exigência de culpa grave quando as circunstâncias particulares de tempo e lugar tornarem a realização excepcionalmente difícil.

A opinião expressa por André de Laubadère aproxima-se desta interpretação. O eminente autor propõe-se, como Vedel, a uma análise "dualista" da jurisprudência. Leva em consideração que dois elementos intervêm na determinação jurisprudencial do grau de gravidade exigido da culpa administrativa. "Para vincular a responsabilidade da Administração, a culpa de serviço deve possuir uma certa gravidade, que é variável. Varia, em primeiro lugar, conforme as circunstâncias de tempo... ou lugar... Por outro lado, varia conforme os serviços. Para alguns serviços públicos, a responsabilidade pública só é vinculada pelas culpas graves (44).

As duas análises diferem em um ponto: André de Laubadère opta pelo método de delimitação orgânica ou por serviços. Já Vedel prefere o método material de delimitação fundamentado na noção de atividades. Os dois são unânimes no que diz respeito ao papel importante da noção de circunstâncias particulares de tempo e lugar. Esta apreciação não nos parece exata. Convém, na verdade, precisar a função exercida pelas circunstâncias de tempo ou de lugar.

Deve-se, de início, reconhecer que as circunstâncias nas quais desenrolou-se a ação administrativa lesiva são sempre levadas em conta pelo juiz. Tal noção revela-se um elemento de apreciação do

caráter culposo ou não do procedimento administrativo. Não há, desta forma, incidência sobre o grau de gravidade exigido da culpa. Salienta o que chamamos a apreciação *in concreto* da culpa administrativa escolhida pelo juiz (45). Marcel Waline a descreve nos seguintes termos: "O Conselho de Estado não julga a culpa segundo um critério preestabelecido, tal como a conduta de um bom pai de família; examina em cada caso se houve culpa, considerando todas as circunstâncias do fato" (46). Desta forma, as circunstâncias realmente particulares podem retirar todo o caráter culposo do procedimento que, normalmente, seria constitutivo de uma culpa administrativa (47).

Em outros casos, a constatação feita pelo juiz de que atos prejudiciais foram produzidos dentro de circunstâncias excepcionais de tempo e lugar age, não mais sobre o caráter culposo do ato, mas sobre o próprio princípio da responsabilidade administrativa. Reunimos aqui a teoria dos poderes da guerra, ou mais comumente, do ato de governo. Sem que haja investigação sobre o caráter culposo ou não do procedimento lesivo, não é possível vincular a responsabilidade por parte do Poder Público (48).

Finalmente, o que mais diretamente nos interessa nestes desenvolvimentos é um terceiro efeito a ser considerado pelo juiz das circunstâncias de tempo e de lugar. Em alguns casos, o juiz avaliou, como tratam Vedel e Laubadère, que a ação administrativa, dificultada por circunstâncias de tempo e de lugar, dever-se-ia beneficiar do regime de responsabilidade por culpa grave.

Para determinar o verdadeiro alcance desta consideração deve-se separar os processos citados pelos dois autores anteriormente referidos, nos quais o juiz leva em consideração as circunstâncias de tempo e de lugar, porquanto encontra-se em presença de atividades públicas que, por sua própria natureza, exigem que se prove a existência de uma culpa grave (49).

A referência feita às circunstâncias, na verdade, em nada contribui para que se atinja o grau exigido de gravidade da culpa; ela indica simplesmente que o juiz detém-se numa apreciação precisa da culpa administrativa (cf. supra). E, desta forma, o dano é atribuído à atividade de fiscalização dos serviços penitenciários visando a garantir a segurança dos detentos (50).

Dentre os processos referidos por Vedel e Laubadère, com auxílio de suas análises, restam duas decisões nas quais o Conselho de Estado concretamente baseou-se na noção de circunstâncias excepcionais de tempo e de lugar exigidos pela culpa grave: C.E., 9 de novembro de 1948, *Dame de Tassencourt* (Rec., 419) e 17 de janeiro de 1962, *Ministre des Armées c. Christianini* (Rec., 44). Parece-nos difícil inferir uma conclusão da importante função que esses autores atribuem à noção analisada. Quando muito, pode-se reter que, em certos casos muito especiais, o juiz considera as circunstâncias do fato para elevar o grau de gravidade exigido da culpa administrativa grave. Mas, de maneira geral, o método adotado pela jurisprudência leva somente em conta a natureza da atividade pública cujo exercício ocasionou o dano.

Convém, portanto, determinar quais são as atividades do serviço público cuja responsabilidade só entrará em questão quando for provado que se cometeu um ato culposo grave.

B — As atividades públicas que se beneficiam do regime de responsabilidade por culpa grave

12. Beneficiam-se deste regime privilegiado as atividades das pessoas públicas cujo exercício apresenta dificuldades particulares. Em razão de terem, mais do que as outras, a oportunidade de cometerem atos culposos, estas atividades vincularão a responsabilidade da Administração se elas foram o palco de uma culpa grave. Esta é a justificativa da aplicação deste regime.

É próprio do juiz administrativo determinar quais foram essas atividades. A escolha feita no cumprimento desta tarefa é às vezes criticável, pois não parece, em certos casos, respeitar a justificação enunciada. Hoje em dia, exige-se a prova da culpa administrativa grave para vincular a responsabilidade da Administração do fato: atividades médicas ou cirúrgicas, atividades de serviços penitenciários, atividades materiais de polícia administrativa, atividades de controle exercidas pelo Estado, atividades de serviços fiscais dos correios e telecomunicações.

13. *Atividades médicas ou cirúrgicas* — Já foi mencionado que dentro das atividades exercidas pelos serviços públicos hospitalares somente as atividades médicas ou cirúrgicas beneficiam-se do regime da responsabilidade por culpa grave administrativa. E, portanto, necessário distinguir essas atividades de outras funções de que se incumbem os serviços públicos de saúde.

Tratando de definir a ação médica ou a ação cirúrgica pode-se, em primeiro lugar, pensar em utilizar um critério orgânico simples. Qualificaríamos de ação médica a ação executada por um médico ou cirurgião. As outras ações realizadas dentro do quadro do serviço hospitalar, pelo pessoal de enfermagem e administração, constituiriam as ações paramédicas: ações de assistência ou de organização do serviço.

Tal procedimento incorre em crítica: um médico pode realizar atos de assistência, e pode igualmente ser encarregado de tarefas administrativas (dirigentes de hospitais, por exemplo). Nem todas as ações praticadas por um médico de hospital podem ser qualificadas de médicas. O Conselho de Estado, por esta razão, rejeitou expressamente esta definição orgânica em 26 de junho de 1959, Rouzet (51): "... para que se qualifique os cuidados prestados ao paciente, não é preciso que se investigue se foram administrados pelo pessoal médico ou se quem os executou foi o pessoal de enfermagem. Convém, pois, basear-se unicamente na natureza dos cuidados". O comissário do governo Fournier, nas suas conclusões nos autos, exprimiu claramente a orientação da jurisdição superior. É função médica todas as atividades que unicamente um médico pode realizar em função da regulamentação da categoria.

A lei reserva ao médico o estabelecimento de diagnóstico e a prescrição do tratamento. Ela confia ao Ministro da Saúde o cuidado de precisar quais são as outras funções da profissão que somente podem ser desempenhadas por médicos. O Decreto ministerial de 31 de dezembro de 1947 divide as funções da profissão médica em quatro categorias:

1º — Funções desempenhadas por um atendente, sob prescrição médica, porém sem a sua presença (injeções subcutâneas e intramusculares, massagens e curativos simples...).

2º — Funções desempenhadas por atendente, após um médico titular ter pessoalmente lhe confiado a realização desta função (injeções intravenosas, curativos complexos...)

3º — Funções que somente podem ser desempenhadas por um atendente, sob a responsabilidade e supervisão do médico titular (todas as atividades relacionadas à fisioterapia e à medicina eletrônica, tais como raio x, ionização, ultravioletas e anestesia).

4º — Funções específicas para médicos (tomada de pressão arterial, massagens ginecológicas e na próstata...).

Na aplicação desta regulamentação o Conselho de Estado considera como funções médicas as de 4º e 3ª categoria, quando as circunstâncias particulares exigem a intervenção do médico. Caso contrário, as funções de 2ª categoria serão qualificadas de tratamento. As funções de 1ª categoria são sempre consideradas como de tratamento (52).

Esta noção da função médica limita o campo de aplicação da responsabilidade por culpa grave. Contudo, este regime não é reservado exclusivamente às funções médicas desempenhadas em hospitais públicos *stricto sensu*.

O juiz o aplica, de igual forma, quando o dano ocorre, no quadro hospitalar, em "clínicas particulares": "a responsabilidade do serviço hospitalar só pode, em caso de dano sobrevindo a enfermidades tratadas em clínica particular, ser vinculada ao caso em que é estabelecido que tais danos têm por causa o mau funcionamento do serviço resultante seja da má instalação do local, seja do material defeituoso ou de uma falha cometida por um membro do quadro pessoal auxiliar do hospital posto à disposição do praticante, que atua em clínica particular; neste último caso, vinculada, a não ser que esteja baseada na culpa grave quando a ação médica, dando origem ao dano, foi executada pelo atendente sob a responsabilidade deste e sua supervisão direta" (C.E., 9 de julho de 1969, *époux Mathieu*, esta Revista, 1970, 462).

Durante muito tempo, os hospitais psiquiátricos beneficiaram-se do regime particular na vinculação de sua responsabilidade. Em meio a atividades desses estabelecimentos, o juiz não distinguia as funções médicas de tratamento ou de supervisão. Em todos os casos, a responsabilidade dos hospitais era somente posta em risco quando houvesse prova da existência de uma culpa caracterizada: "culpa manifesta e de particular gravidade", até 1961, e "culpa grave", desde esta data (C.E., 10 de novembro de 1961, *Eveillard*, Rec., 639).

A evolução dos métodos de tratamento das doenças mentais conduziram progressivamente ao abandono das técnicas tradicionais de supervisão e à aproximação da natureza das atividades exercidas no quadro dos outros estabelecimentos psiquiátricos às ações dirigidas em outros hospitais públicos. O regime da vinculação de sua responsabilidade seguiu tal evolução. Em 1966, O Conselho de Estado abandonou a exigência da prova de uma culpa grave no caso de dano resultante de uma culpa de vigilância cometida pelo pessoal não-médico do estabelecimento psiquiátrico (C.E., 5 de janeiro de 1966, *Hawezack*) (53).

A partir deste momento, a responsabilidade dos hospitais pode ser reconhecida como culpa administrativa simples exceto nos casos de danos resultantes de uma ação médica na qual seja exigido que se estabeleça a existência de uma culpa grave. A definição de função médica é, portanto, a mesma daquela que retém o juiz no quadro dos outros estabelecimentos hospitalares.

É preciso então destacar que, por serem exercidas principalmente no interior de hospitais, as atividades médicas (ou cirúrgicas) podem, equivalentemente, serem realizadas em outros setores públicos. Elas beneficiam-se, portanto, do mesmo regime privilegiado de responsabilidade por culpa admi-

nistrativa grave. São dessa mesma forma as atividades médicas realizadas no quadro do serviço público das forças armadas: dano causado ao interessado pela decisão tomada pela autoridade militar, por ordem dos médicos, de o incorporar ainda que estivesse afetado por uma infecção na vista e agravada pelo atraso na decisão de baixa do serviço, não poderia vincular a responsabilidade do Estado senão sob prova de uma culpa grave cometida pela Administração (54).

O exercício da atividade médica dos estabelecimentos penitenciários apresenta dificuldades específicas, que merecem ser mencionadas no título dedicado ao regime de responsabilidade desses estabelecimentos.

14. *Atividades dos serviços penitenciários* — Os casos recentes poderiam levar a duvidar da especificidade do regime de responsabilidade destas atividades em comparação com as médicas. Frequentemente, os danos nos recintos de prisões são ocasionados por detentos portadores de doenças mentais, quer seja por terem se portado mal em relação aos outros, ou por terem tentado suicídio, ou então por tê-lo praticado. A culpa do serviço penitenciário tanto pode consistir num defeito de vigilância dos guardas, como também numa culpa do pessoal médico da prisão que tenha falhado no exame mental dos detentos.

É, portanto, difícil determinar se a exigência da culpa grave, pelo juiz, resulta da natureza própria da atividade dos serviços penitenciários ou somente de dificuldades inerentes às atividades médicas, não importando onde elas são realizadas.

Um bom exemplo desta dificuldade é dado pelo processo julgado pelo Conselho de Estado de 5 de fevereiro de 1971, Ministro da Justiça contra viúva Picard (55): durante sua detenção, numa prisão central, Picard foi morto por outro detento, chamado Girard. Poder-se-ia acusar a administração penitenciária por três tipos de culpas. Internado por diversas vezes num hospital psiquiátrico, Girard foi enviado à prisão central de Rouen em 1961. Ao tomar esta decisão, o serviço penitenciário não cometeu um ato culposo suscetível de vincular sua responsabilidade? O juiz verifica que a decisão foi tomada conforme parecer do médico psiquiatra do hospital e que, além do mais, desde 1961 "o interessado não havia cometido nenhum ato de natureza a provocar seu internamento num estabelecimento psiquiátrico, pelo contrário, seu estado de saúde achava-se em melhora; portanto, a administração não cometeu nenhum ato culposo grave". O erro na análise do estado de saúde de Girard pode, aqui, comparar-se ao erro de diagnóstico, ação médica que exige, para que seja vinculada à responsabilidade do serviço, a prova de uma culpa grave (56).

Um segundo procedimento com caráter de culpa poderia ser atribuído à administração penitenciária: o homicídio de Girard beneficiava-se de um regime particular de detenção, dito "regime progressivo", caracterizado pelo isolamento de detento à noite e pelo exercício de atividades em comunidade durante o dia. Foi durante o dia que o acidente teve lugar. A Administração cometeu um ato culposos ao aplicar este tipo de detenção a um indivíduo perigoso? Conforme o juiz, desde que Girard foi reintegrado à prisão central, em 1961, seu comportamento "justificava que lhe fosse aplicada a detenção acima referida, que, portanto, a administração não cometeu nenhum ato culposos que vinculasse a responsabilidade do Estado". Aqui, ainda, o Conselho de Estado sujeita a aplicação de sua responsabilidade se houver prova de uma culpa grave. Trata-se, pois, de uma atividade que, por ter afinidade com a atividade médica no que se refere ao estabelecimento de diagnóstico e à prescrição de um tratamento, é característica da função dos serviços penitenciários. Cabe-lhes determinar o tipo de detenção dos condenados que lhe são confiados, sob a supervisão do juiz.

Um terceiro tipo de culpa foi invocada em auxílio de sua demanda pelo requerente: que Girard teve oportunidade, no atelier onde trabalhava, de obter e dissimular a lâmina com a qual feriu a vítima. Uma culpa de vigilância poderia, dessa forma, ser estabelecida. Tratar-se-ia, portanto, de uma culpa imputável a uma atividade própria do serviço penitenciário, sem nenhuma participação médica. O juiz exige, no entanto, a prova de uma culpa administrativa grave. Na ausência de tal culpa, ele considera que a responsabilidade do Estado não é vinculada.

As atividades dos serviços penitenciários necessitam, por sua própria natureza, aos olhos do juiz administrativo, beneficiar-se do regime de responsabilidade por culpa grave. Não há necessidade de que seja posta em causa uma culpa ocasional do serviço médico de prisões.

Destacamos, além do mais, que durante muito tempo o Conselho de Estado fez menção, em matéria de responsabilidade dos serviços penitenciários, à presença ou ausência de "uma culpa manifesta e de particular gravidade" (57). Foi substituída pela atual noção de "culpa grave" (58).

O regime de responsabilidade por culpa grave é aplicado quando os danos são causados aos detentos por eles mesmos, no interior da prisão, quer seja por outros presos (59) ou por pessoas vindas de fora pela burla da "vigilância" dos guardas (60).

Quando os danos cuja reparação é exigida são ocasionados a terceiros por presos foragidos no ambiente fora da prisão, o juiz subordina, de igual forma, a aplicação da responsabilidade do serviço

penitenciário é prática de um ato culposo caracterizado, manifesto ou grave, na vigilância dos detentos (61).

As soluções jurisprudenciais são diferentes quando estão em causa não as instituições penitenciárias, mas os estabelecimentos de educação supervisionados, onde são colocados os jovens delinquentes.

Em razão dos métodos liberais empregados neste tipo de estabelecimento, crê o juiz administrativo que as vítimas de atos cometidos por condenados ai detidos devem obter mais facilmente a reparação.

Conseqüentemente, quando os danos são causados a terceiros por delinquentes foragidos ou em "liberdade condicional", as vítimas não têm que provar a culpa dos serviços da instituição de educação supervisionada. Os métodos utilizados e que punham em risco a segurança de terceiros é que devem provar a existência do prejuízo e de um vínculo de causalidade entre o dano e o estabelecimento (62).

Quando o prejuízo é causado a um detento por pessoas vindas de fora, o juiz decide que há vinculação da responsabilidade do Estado pela prova do ato culposo simples cometido pelo serviço de vigilância da instituição (63). Ele parece estimar que a vigilância dos delinquentes detidos em prisões públicas de educação supervisionada não apresenta dificuldades particulares, que justifiquem o reconhecimento de um regime abrandado pela vinculação da responsabilidade administrativa.

15. *Atividades materiais da polícia administrativa* — Até 1905, a jurisprudência não admitia que se responsabilizasse as pessoas públicas pela atividade lesiva do serviço de polícia. Nesta época, o Conselho de Estado, numa deliberação do caso Tomaso Grecco (64), avaliou que o Poder Público poderia ver sua responsabilidade vinculada por suas ações no campo da polícia administrativa. Durante os vinte anos que se seguiram, não se encontrou referência, nas sentenças das jurisdições administrativas, da exigência de uma culpa grave. Esta só apareceu em 1925 (65).

Em conformidade com o método material de delimitação exposto acima (supra n.º 10), o juiz administrativo não estende o campo de aplicação da noção de culpa grave a todas as ações de responsabilidade dos serviços de polícia. São unicamente referidas as atividades especiais da polícia que apresentam, em sua execução, dificuldades especiais. Trata-se essencialmente de operações materiais da polícia. Como é função da polícia, ao intervir direta e materialmente, assegurar, se for preciso *manu militari*, o respeito à segurança, à tranquilidade, ou à salubridade pública, sua ação deve ser "abatida pela ameaça constante de complicações contenciosas" (conclusões Rivet, pré-citadas).

Estritamente nesta situação, os atos lesivos cometidos nessas intervenções somente vinculam a responsabilidade da Administração, se as vítimas provarem que foi cometido ato culposo grave. Não apresentam dificuldades particulares as atividades de regulamentação regidas pelas autoridades de polícia. A culpa simples é suficiente, pois, para a vinculação da responsabilidade administrativa (66). Limitada no que concerne às atividades de polícia administrativa, a necessidade de provar-se uma culpa administrativa é ampliada se considerarmos as variadas formas que pode tomar a polícia administrativa. A exigência de uma culpa grave não abrange unicamente as ações de manutenção da ordem, ou seja, a polícia na função de preservar a tranquilidade pública. Atinge as atividades de policiamento que visam a garantir a segurança pública, sejam as ações materiais regidas pelos serviços de combate ao incêndio (67) e (68) pelos serviços de prevenção de cheias em cursos d'água (69), pelos serviços de vigilância em praias e balneários (70), ou as operações efetuadas dentro do quadro de policiamentos especiais: policiamento de alienados (71) ou de prédios públicos ameaçados de ruína (72).

A salvaguarda da salubridade pública dá, igualmente, lugar às atividades materiais que podem somente vincular a responsabilidade de seus autores vinculando-os à prova de uma culpa grave (73) e (74).

Em todos esses campos, a jurisprudência distingue entre atividades materiais, exercidas na área dos serviços da polícia, e a atividade puramente jurídica, que consiste na edição de atos de caráter regulamentar ou individual. Somente no primeiro caso a culpa grave é exigida; no segundo, a culpa de serviço, mesmo leve, é suficiente para vincular a responsabilidade da Administração (75).

Quanto aos serviços de combate ao incêndio, Braibant, na conclusão do artigo "Compagnie d'Assurances la Paternelle et Ville de Wattvilles" (anteriormente citado), presume que o juiz administrativo não efetue esta distinção. Ele está certo, com efeito, que quando os atos danosos praticados culposamente são manifestados na luta empreendida pelos bombeiros contra um incêndio, o juiz exige a prova de uma culpa grave, sem distinguir basicamente a natureza dos erros cometidos. Quando se trata da má organização do serviço, má conservação do material ou de defeito no treinamento do pessoal, assim como desconhecimento das técnicas, ou ainda mesmo de má avaliação da amplitude do sinistro e má condução das operações de combate, o juiz aponte a presença de culpas graves de natureza a vincular a responsabilidade do serviço. Ora, unicamente atos culposos de segunda catego-

ria foram cometidos no momento da ação material de combate ao incêndio e, por si próprios, trouxeram conseqüências prejudiciais, às quais é exigida reparação. Portanto, não é possível fazer-se uma distinção entre aquelas anteriores intervenções e aquelas que ocorreram efetivamente no momento desta intervenção. O juiz constatará simplesmente que todos estes erros constituem as culpas graves que vinculam a responsabilidade do serviço.

Neste mesmo sentido, o juiz não exige a prova de uma culpa grave quando o serviço de combate a incêndios exerceu uma ação preventiva que consistia, por exemplo, na instalação ou no controle de equipamentos de segurança (76), ou ainda na verificação da conformidade de "bandes de pare-feu" (77) com a regulação em vigor. De tais atos, salientam-se as atividades preventivas destinadas a evitar a ocorrência de incêndios ou a promover sua rápida extinção. Distinguem-se das atividades materiais de combate a incêndios e não apresentam as mesmas dificuldades. Conseqüentemente, são submetidas pelo juiz a um regime diferente de responsabilidade. A culpa simples é suficiente neste caso para vincular a responsabilidade dos serviços competentes.

Uma vez que o dano resulte não de uma ação de serviços de policiamento, mas de uma omissão, de uma abstenção, poderíamos questionar sobre qual base será vinculada a responsabilidade da Administração. O juiz retoma aqui a distinção precedente: quando a carência consiste num defeito de regulamentação, a culpa simples da autoridade de polícia basta para a vinculação de sua responsabilidade (78). Quando a carência é analisada como um defeito de intervenção material, há vinculação da responsabilidade se a vítima prova que o ato culposo grave foi cometido pela Administração (79). A solução é a mesma quando censura-se os serviços de policiamento por não haverem respeitado a regulamentação vigente. A responsabilidade administrativa só é vinculada se o requerente provar que há culpa grave (80).

16. *Atividades de controle exercidas pelo Estado* — É sabido que atualmente, em jurisprudência, a responsabilidade de que se incumbem o Estado quanto às atividades de tutela administrativa só pode ser vinculada se for o ato culposo grave cometido pelos serviços responsáveis (81). Recentemente, tal regime foi estendido pelo juiz a diversas atividades estatais de controle a pessoas jurídicas (bancos) (82) ou físicas (agentes de câmbio) de direito privado (83).

Esta expansão se explica se examinarmos as razões que levaram a jurisdição administrativa a exigir para estes tipos de atividade a prova de uma culpa grave.

Certos autores vêem aí uma aplicação de idéia clássica e (já referida de atividade cujo exercício apresenta dificuldades particulares. Estas últimas proviriam da grande quantidade e diversidade de atos sobre as quais deteria o controle. Trata-se de dificuldades reais porém de natureza fundamentalmente diferente daquelas que fizeram fiente aos serviços, tal como este de polícia administrativa por ocasião de operações materiais de manutenção da ordem ou de combate a incêndio. Parece preferível, pois, recorrer a um outro tipo de explicação.

Ao dano causado a um terceiro por ação de uma pessoa pública ou privada sob o controle do Estado não se aplica a responsabilidade direta. É a pessoa submetida ao seu controle que deve normalmente responder pelas conseqüências prejudiciais de seus atos. A responsabilidade eventual do Estado advém da falha na vigilância que este devia exercer sobre a atividade lesiva. Parece justo, então, que somente os atos culposos graves cometidos no exercício de sua atividade de fiscalização sejam de natureza a vincular a responsabilidade do que controla.

A isto podemos acrescentar que os organismos controlados conservam uma liberdade de ação. A implicação da responsabilidade é a tradução desta autonomia. Admitir em todos os casos de culpa do serviço de controle a responsabilidade do Estado seria, de certa forma, negar esta liberdade (84).

Esta explicação, que vale tanto para a atividade de tutela administrativa como para outras formas de fiscalização exercidas pelo Estado, conserva seu valor quando o dano é ocasionado não a terceiros nas relações fiscal-fiscalizado, mas a própria pessoa que é submetida ao controle?

Em matéria de tutela administrativa *stricto sensu*, o juiz avalia que, nesta situação, a pessoa pública descentralizada deve, para obter reparação, apresentar a prova de um ato culposo grave cometido pelo Estado (85). Dois tipos de prejuízo podem, então, ocorrer:

1º O prejuízo cuja reparação é demandada pela pessoa descentralizada consiste no fato de que ela própria teve que reparar as conseqüências lesivas de um de seus próprios atos (86). A intervenção da autoridade de tutela teria, segundo ela, evitado que se realizasse a ação prejudicial e, por conseguinte, a obrigação de indenizar a vítima. Esta ação não existiria se não apresentasse alguma analogia com uma ação de fiança.

A idéia de autonomia invocada anteriormente e a imparcialidade levariam a pensar que não convém à pessoa descentralizada invocar em seu favor, para fazer desaparecer ou atenuar sua própria responsabilidade, o "ato culposo de vigilância" cometido pela autoridade encarregada de seu controle.

A exigência de que tenha sido cometido um ato culposo administrativo grave responderia a esta consideração.

2º As pessoas sob a tutela do Estado podem alegar um outro tipo de prejuízo. O dano pode ter sido causado à pessoa fiscalizada diretamente pela ação do serviço de tutela. É o caso de uma autoridade de controle que, consultada por uma pessoa tutelada, lhe forneça informações errôneas (87).

O juiz exige também, neste caso, a evidência de uma culpa grave da autoridade de tutela. É, portanto, difícil explicar a posição da jurisdição administrativa. Nada neste caso justifica tal exigência. A culpa administrativa simples deveria permitir a vinculação da responsabilidade administrativa. Talvez, neste caso, seja preciso ter em vista o reflexo da vontade do juiz em não diversificar ao extremo os regimes de responsabilidade dentro de uma mesma categoria de atividade.

O Conselho de Estado, nesta ocasião, não teve a oportunidade de reparar as situações idênticas em matéria de controle estatal apoiadas nas atividades privadas. É legítimo o pensamento de que a solução não favorecesse as pessoas sob o controle do Estado. Se o juiz administrativo admite o princípio da responsabilidade do Estado na questão, somente reconhecerá que é vinculado se for provado que foi cometido ato culposo administrativo grave.

17. *Atividades dos serviços fiscais* — Desde que foi reconhecido, em jurisprudência, o princípio da responsabilidade da Administração quanto a danos pela atividade dos serviços fiscais (88), o juiz praticamente não tem condenado pessoas públicas a reparar os prejuízos resultantes deste fato (89). Ele exige de parte do requerente a prova de um ato culposo administrativo grave e avalia de maneira muito restritiva o grau de gravidade dos atos culposos eventualmente cometidos.

Não se pode, racionalmente, explicar a mansuetude do juiz na questão, apelando-se para o conceito de atividade especialmente difícil de desempenhar. Fogem, com efeito, ao regime normal de responsabilidade por culpas simples não somente as ações materiais que visam a assegurar a restituição do imposto (90) mas equivalentemente as atividades que consistem na fixação da base de cálculo do imposto (91). Ora, se o exercício das primeiras atividades citadas pode, em certas situações, apresentar problemas reais, o emprego das outras não pode ser considerado, apesar da complexidade das regras aplicáveis e das situações impostas, apresentando, para os serviços especializados, dificuldades que justificavam uma vinculação de responsabilidade limitada só aos casos de culpas graves. A Administração dispunha, além disso, de todo o tempo necessário para tomar suas decisões.

O Conselho de Estado emprega nesta matéria, para fixar o campo de aplicação da noção de culpa grave, um método que se fundamenta na noção de "serviço" no sentido orgânico do termo e não no técnico, que lhe é habitual, e que leva em conta a noção material de "atividade". (92).

Esta forma de proceder explica, sem dúvida, a menção liminar e de princípio sempre feita nas decisões relativas à responsabilidade do fisco: "A responsabilidade do Estado no que se refere à atividade dos serviços fiscais só é vinculada no caso de culpa grave".

Devemos, desde então, presumir que o juiz administrativo faz beneficiar-se de um regime privilegiado de responsabilidade os serviços fiscais, não em razão das modalidades de sua ação, mas em razão da missão que lhes designa: de assegurar a percepção das receitas do Estado, sem intenção de prejudicar em nada o reembolso dos impostos. No entanto, seja qual for a importância desta função, ela não justifica, de nenhuma maneira, a situação criada à vítima de procedimentos falhos dos serviços fiscais, a menos que se presuma culpado de fraude o litigante, o que importaria equipará-lo preliminarmente a um suspeito (94).

Compreende-se, então, o porquê da crítica da doutrina, desde longa data, à posição do juiz com relação à administração fiscal. Apesar destas críticas, o Conselho de Estado mantém sua posição.

18. *Atividades dos Serviços de Correios e Telecomunicações* — Tal serviço é, geralmente, considerado como beneficiário de um regime legislativo de irresponsabilidade (95). Na verdade, o artigo L. 7 do Código de Correios e Telecomunicações dispõe: "A administração do Correio não é obrigada a indenizar por perda de objetos de correspondência comum". O juiz administrativo, porém, atribui a tal disposição uma interpretação que dá margem à possibilidade de uma vinculação da responsabilidade do serviço. Avalia que a disposição precedente "tem como efeito a exoneração do Estado de qualquer responsabilidade em razão das condições irregulares ou defeituosas nas quais os encaminhamentos ou a distribuição dos objetos de correspondência comum podem se realizar" (96). Não se pode, portanto, vincular a responsabilidade da Administração no terreno da responsabilidade contratual. A responsabilidade quase-delitual dos serviços de Correios pode, entretanto, ser aplicada pela perda ou extravio de objetos de correspondência comum. O juiz, no entanto, exige que seja feita a prova de "uma culpa grave e de particular gravidade" (97).

É interessante verificar que é neste campo que, ainda em datas recentes, se encontrou esta expressão quase em desuso (98). Trata-se, na verdade, de julgamentos que provêm de Tribunais Administrativos. O Conselho de Estado exige nesta questão, desde 1965, unicamente a prova de uma "cul-

pa grave" (99), ocorrendo o mesmo nos Tribunais de primeiro grau, em seus julgamentos mais recentes (100). Atualmente, a responsabilidade dos serviços de Correios e Telecomunicações pode ser discutida diante do juiz administrativo em razão do "ato culposo grave" cometido durante o serviço. É preciso, contudo, reconhecer que o juiz é particularmente exigente em admitir a presença de uma culpa grave (101). Isto explica a manifestação tardia da expressão de culpa de uma particular gravidade. Esta posição aproxima-se daquela adotada pelo juiz em matéria de responsabilidade dos serviços fiscais. Pode-se dizer que, quando o juiz beneficia com o regime de responsabilidade por culpa grave não uma atividade pública, em razão das dificuldades que seu exercício apresenta, mas um serviço no seu conjunto pelas razões históricas, ele se mostra muito mais exigente quanto à prova da culpa grave. É esta atitude contraditória que a doutrina, com razão, denuncia energicamente (102).

II. AS CARACTERÍSTICAS DA NOÇÃO DE CULPA GRAVE ADMINISTRATIVA

19. Ao abordar este título, uma questão preliminar deve ser proposta: existe uma noção verdadeira e única de culpa grave administrativa?

Suspeita-se, na verdade, que a multiplicidade e a diversidade dos serviços que compõem o campo de aplicação de culpa grave não promovem uma completa unidade a esta. Poderíamos, desta forma, crer que a natureza das atividades exercidas estabelece o conteúdo da culpa. A culpa grave administrativa seria o reflexo culposo da atividade exercida. Não haveria uma "noção" de culpa grave que apresentasse traços específicos, além da diversidade das atividades dentro do quadro em que este tivesse sido cometido. Haveria mesmas culpas que, provenientes de um ou outro serviço no exercício de tal ou qual atividade, seriam classificadas de culpas graves ao vincular a responsabilidade do serviço pelo juiz administrativo, em razão de circunstâncias de fato. Examinar, nestas condições, as características da culpa administrativa grave seria voltar a descrever, sucessivamente, para cada atividade onde ela se manifesta, os comportamentos de caráter culposo assim qualificados em jurisprudência.

Vários são os autores que adotaram este ponto de vista e que, confundindo campo de aplicação com conteúdo da noção, estudam as diversas formas tomadas pela culpa de serviço.

Nós procederemos distintamente. Presumimos que exista, além da diversidade aparente das culpas administrativas ocasionadas pelos serviços públicos e denominadas graves pelo juiz, uma noção de culpa grave administrativa cujos traços característicos principais gostaríamos de destacar. Esses, comuns a várias manifestações desta noção, constituem sua estrutura e fazem sua especificidade em confronto, por sua vez, com a culpa pessoal dos agentes públicos e com a culpa administrativa simples.

A partir deste ponto de vista, duas características devem ser mencionadas. A culpa grave administrativa é, em primeiro lugar, uma culpa anônima(A). Ela é, para empregarmos uma terminologia tradicional, uma culpa do serviço e não uma culpa de serviço. É, em segundo lugar, uma culpa qualificada, ou melhor, uma culpa que as circunstâncias de fato, nas quais foi produzida, estabelecem que seja considerada como particularmente grave, até mesmo inescusável(B).

A. Uma culpa anônima no funcionamento do serviço.

20. *Culpa anônima* — Tivemos a ocasião de relembrar na introdução (Nº 4) a dualidade da culpa administrativa. Esta pode consistir seja numa "culpa de serviço" de um agente da Administração e, portanto, personalizada, seja numa "culpa do serviço público", sendo anônima. Assim considerada, a culpa grave administrativa pode somente ser na lógica uma culpa da segunda categoria: uma culpa anônima do serviço, no seu conjunto, que diga respeito a uma má organização ou a um funcionamento precário deste.

Se examinarmos o grau de gravidade que pode apresentar o ato prejudicial imputável a um agente público determinado que agiu no exercício de suas funções constataremos que pode consistir numa culpa leve ou numa culpa mais grave. O ato culposo leve (ou simples) do agente realizado no exercício das funções constitui uma culpa administrativa que vincula a responsabilidade da pessoa pública que o emprega. A culpa grave do agente adquire este caráter a partir da intenção que o compeliu a agir como o fez: intenção deliberada de prejudicar outrem ou a busca de proveito pessoal não concernente às funções que exerce. Ela se estrutura, portanto, como uma culpa pessoal que vincula a responsabilidade do agente frente aos tribunais de justiça. Não é uma culpa administrativa.

A gravidade do ato culposo cometido pelo agente não deriva mais da intenção que o conduziu, mas da análise objetiva do procedimento. O agente público cometeu um ato culposo que o juiz considera, em relação ao exercício normal das funções que lhe são confiadas, uma culpa profissional grave

inescusável. Tal gravidade faz do ato culposo cometido uma culpa pessoal da qual o agente é o único responsável (103).

Desta forma, a partir do momento em que a culpa é atribuída a um agente público determinado, não pode mais ser qualificada como simples, mas deve ser considerada como grave, haja vista que não constitui mais uma culpa administrativa, mas pessoal. Não se pode conceber uma culpa grave administrativa que resulte do procedimento de um agente público.

A culpa administrativa grave consiste unicamente numa deficiência do serviço, no seu conjunto, sem que seja materialmente possível imputá-la a um agente em particular.

Poder-se-ia considerar uma solução diferente, se admitíssemos a existência de mais de dois graus na gravidade dos atos culposos que são passíveis de ser cometidos pelos agentes públicos. Entre a culpa simples do agente e a culpa grave constitutiva de uma culpa pessoal se intercalaria a culpa grave, que seria mais grave que a primeira e, entretanto, menos grave que a segunda. Ela constituiria não um culpa pessoal, mas uma culpa administrativa grave.

Contudo esta solução defronta-se com uma séria dificuldade, já invocada (n.º 6): a quase-impossibilidade de se estabelecer, na prática, graduações entre a culpa. Se pudéssemos distinguir — embora muitas vezes com dificuldade — as culpas simples da culpa grave, não seria possível diferenciar a culpa grave da muito grave. Por esta razão, administrativa se opõe à culpa grave pessoal por ser anônima: ela consiste num comportamento anormal do serviço público.

21. *Culpa no funcionamento do serviço* — Frequentemente a culpa administrativa grave é descrita por autores com ajuda de uma apresentação binária que distingue a culpa na organização do serviço da culpa no funcionamento do mesmo. A princípio sedutora, a distinção, no entanto, não é apropriada a esta apresentação.

Auby utiliza, portanto, este método para expor o que seria a culpa grave dos serviços de combate a incêndios (104). Porém, tende a situar algumas culpas dentro de duas categorias, de maneira que a insuficiência de material ou de pessoal destes serviços pode ser analisada, de igual forma, como uma culpa na organização do serviço ou como uma culpa de seu funcionamento (105).

Esta distinção não é apropriada à apresentação da culpa administrativa, grave pois, de maneira distinta dada culpa administrativa simples, a culpa grave consiste sempre num funcionamento deficiente do serviço. A má organização do serviço público não constitui, em si própria, numa culpa grave, não se revestindo de tal qualificação a não ser quando tem como consequência um mau funcionamento do serviço.

Na prática, o mau funcionamento do serviço constitui culpa grave quando se traduz por atraso na intervenção do serviço, por uma carência total deste, ou então por um funcionamento anormal do mesmo. No entanto, o juiz não acolhe, dentro das mesmas medidas, que estas deficiências constituem as culpas graves. Se o funcionamento é tardio, o juiz o qualifica geralmente de culpa grave; a carência total não é, entretanto, constitutiva de uma culpa grave. Além disso, o juiz administrativo parece reticente em reconhecer que a intervenção ineficaz ou desastrosa de um serviço público constitui-se uma culpa administrativa grave e exige, desta forma, a presença de circunstâncias agravantes de fato ou de direito. É necessário, em seguida, que a intervenção, tida como tardia, tenha por objeto garantir a segurança das pessoas ou dos bens.

O funcionamento tardio é elemento constitutivo de uma culpa grave quando é o fato dos serviços de combate ao incêndio. Nesse caso, este atraso pode tanto concernir à chegada aos locais do sinistro dos primeiros elementos de socorro (106), como à busca de reforço, se foram insuficientes os serviços existentes (107). A chegada, ao local do incêndio, do caio dos bombeiros com a escada uma hora após o alarme de incêndio ter sido dado, constitui uma culpa grave (108). É, igualmente, qualificada de culpa grave o início da ação dos meios do combate ao fogo com atraso, mesmo que os bombeiros tenham chegado ao local no horário (109).

Ao contrário, a chegada em seguida ao local e a ação imediata dos meios de combate dos serviços competentes constituem elementos excluídos de qualquer culpa grave (110).

No quadro da responsabilidade incorrida pelos serviços penitenciários, o atraso destes em fazer um detido gravemente ferido ser examinado por um médico especialista constitui numa culpa grave (111). De outro modo, o atraso da administração penitenciária em transferir um detido de um centro de internamento administrativo para um presídio central não é visto como culpa grave (112). É verdade que, neste caso, a integridade física do detento não estava, a priori, em causa.

23. *A carência do serviço* — A completa ausência da intervenção de um serviço público não constitui em todos os casos, aos olhos do juiz, numa culpa grave administrativa. Para que haja culpa grave é necessário, primeiramente, que as leis e regulamentos determinem a obrigação da ação ao serviço em questão. Na ausência de qualquer obrigação desta ordem, a omissão não será julgada como falta.

De tal maneira que os serviços encarregados de supervisionar os cursos dos rios não são obrigados a prevenir as populações ribeirinhas contra a iminência de uma inundação. Neste caso, a inércia destes serviços não constitui uma culpa grave (113). Ocorre o mesmo com os serviços do Estado encarregados do controle de certas atividades privadas, especialmente as exercidas pelos agentes de câmbio (114).

Semelhante solução foi adotada pelo Conselho de Estado quando, levados a juízo em consequência da intervenção da autoridade de tutela, os autores da infração à regulamentação econômica foram absolvidos com fundamento na ilegalidade desta regulamentação. O Conselho de Estado havendo, em seguida, constatado a legalidade desta, o que significa que o Comissário não tentará uma nova demanda.

O juiz avalia nesta questão que "nenhuma disposição legislativa ou regulamentar determinava obrigação ao comissário ou ao prefeito de executar novas demandas penais". Esta inércia não constitui, em consequência, uma culpa grave (115).

Quando uma obrigação de agir é atribuída a uma autoridade pública, sua inércia nem sempre constitui uma culpa grave. Uma condição suplementar é exigida para que se equipare a responsabilidade por carência do serviço à responsabilidade por intervenção tardia.

A inércia administrativa constitui uma culpa grave quando acarreta um risco sério e previsível, atentando contra a segurança das pessoas ou dos bens. É assim qualificado de culpa grave o fato de a administração penitenciária não ter tomado nenhuma precaução contra o risco de suicídio de um detido pouco perigoso, que várias vezes tentou pôr fim à vida (116). O fato de um prefeito não ter tomado nenhuma medida de proteção contra fogo em relação a um bosque, desde o momento em que o fogo atingiu o bosque até sua destruição completa (três dias mais tarde), é constitutivo de uma culpa grave (117).

Já, ao contrário, a oposição da autoridade de polícia em aceitar o auxílio da força pública na execução de uma decisão judicial é sempre qualificada de culpa grave, uma vez que não pode ser invocada, em apoio desta decisão, nenhuma ameaça de perturbação da ordem pública (118).

Em outras circunstâncias, a abstenção da Administração somente constitui uma culpa grave se parecer que se trata de uma "carência sistemática": "... o exame das circunstâncias do processo não manifesta, no exercício dos poderes de polícia ou de tutela, a carência sistemática constitutiva de culpas de natureza a vincular a responsabilidade..." (119).

Para as atividades de polícia, constitui uma culpa grave de não haver sido tomadas nem tentadas as medidas necessárias para que seja respeitada a regulamentação, embora as demandas reiteradas do requerente (120). Pelo contrário, só o fato de as legislações municipais de polícia serem respeitadas não prova uma carência sistemática dos serviços de polícia da comunidade e não constitui, desta forma, uma culpa grave (121).

A carência sistemática pode ser definida como o fato de a Administração persistir na sua abstenção, apesar das solicitações de agir em que ela é o objeto. Em matéria de atividades de controle exercidas pelo Estado há carência sistemática e, portanto, culpa grave quando os serviços de controle, após destacarem graves irregularidades, negligenciaram em verificar se havia sido posto fim a estas irregularidades. Para a Comissão de Controle de Bancos, constitui uma culpa grave o seguinte fato: "... informado destas irregularidades, a Comissão que, embora já tenha sido anteriormente requerida a endereçar três avisos ao estabelecimento pela falta de pagamento, limitou-se a enviar-lhe, em 27 de julho de 1955, um "último aviso de vencimento" sem tomar nenhuma providência para garantir que este tivesse eficácia, nem prescrever nenhuma medida de controle complementar antes de 10 de agosto de 1956, data em que o estabelecimento cessou o pagamento (122). Ao contrário, não há culpa grave se a Comissão não exercer mais nenhum controle sobre um estabelecimento, após uma inspeção haver revelado a existência de irregularidades leves que não comprometam sua situação (123). Há culpa porque o controle não fora mais que mediocrementemente tranquilizador: uma vigilância deve se impor. Mas esta abstenção de falta não constitui uma culpa grave propensa a vincular a responsabilidade da Administração.

24. *O funcionamento anormal do serviço* — A culpa administrativa prejudicial consiste, pois, não no atraso ocasionado na intervenção do serviço ou na carência desse, mas no próprio funcionamento que se mostra anormal, ou seja, em desconformidade com as "leis trabalhistas". Ela é constituído não unicamente por normas inscritas em leis e regulamentos, mas também pelo conjunto das regras de conduta resultantes da prática do serviço, e consideradas pelo juiz como constituintes da "diligência média" (124) que devemos esperar de uma Administração moderna.

Na verdade, deparamos-nos aqui com uma particularidade, a dificuldade já evocada que se choça com a tentativa de definição de culpa administrativa grave. Resultante de uma ação anormalmente dirigida pelo serviço, em consideração ao correto funcionamento do mesmo, a culpa administrativa

grave tem variada sua estrutura, segundo os serviços em causa. Ela segue a natureza da atividade considerada e manifesta-se distintamente dependente do serviço em questão. Mas melhor que enumerar as diversas culpas graves de que podem se tornar culpados os múltiplos serviços públicos, nos parece mais instrutivo determinar a natureza da culpa grave característica de cada serviço.

Não visaremos, nesta pesquisa, às culpas graves que podem eventualmente cometer os serviços fiscais e o serviço dos Correios e Telecomunicações. A severidade particular do juiz administrativo em admitir a culpa grave destes serviços e a raridade com que — em decorrência — as sentenças vinculam sua responsabilidade neste fato, retira toda a utilidade desta análise no quadro de uma teoria geral da culpa grave (125). Os serviços públicos encarregados de atividades de controle, além da tutela administrativa propriamente dita, serão descartados deste estudo, pois os atos culposos graves cometidos nesta esfera resultam essencialmente da carência destes serviços (126).

No que concerne aos serviços encarregados da tutela administrativa das pessoas públicas descentralizadas, suas intervenções podem constituir culpas graves. Mas o juiz administrativo utiliza-se de um conceito restritivo. A responsabilidade dos serviços de tutela somente é vinculada se eles cometerem uma ilegalidade (127). A noção de culpa administrativa grave é assemelhada ao procedimento contrário às leis ou aos regulamentos. O funcionamento anormal do serviço que não pode ser analisado como uma ilegalidade não constituirá uma culpa grave (128). Esta concepção pode ser explicada pela própria natureza da atividade de tutela, que compreende, necessariamente, "uma margem considerável de competência discricionária" (129). Este caráter, reuando além das fronteiras da legalidade, reduz na mesma proporção a noção de culpa administrativa grave. É raro, por conseguinte, que uma culpa grave seja estabelecida contrariamente aos serviços de tutela. Intervindo materialmente para assegurar a manutenção da ordem pública, as forças de polícia podem tornar-se responsáveis por culpas graves, que são atos de violência gratuita comumente cometidos. Geralmente, ligada a este tipo de operações, a violência manifesta um funcionamento irregular do serviço quando não é exigida para a manutenção da ordem. Sendo esta desnecessária, constitui uma culpa grave do serviço que a utilizar.

De uma forma geral, pode ser verdade que a operação tenha visado à manutenção da ordem num local público (130), ou que tenha sido interventora, numa situação especial, da repressão de uma rebelião dentro de uma prisão, por exemplo (131).

Bem característica ainda, é a estrutura do ato culposo grave cometido pelos serviços de combate ao incêndio, pois, no quadro das atividades anteriormente referidas, a culpa grave resultaria de um procedimento único. As culpas administrativas graves atribuídas aos serviços de combate ao incêndio são constituídas por uma sucessão ou um acúmulo de erros ou imperícias. A qualificação de culpa grave estipulada pelo juiz é resultante, portanto, muito mais da multiplicidade das culpas do que da gravidade em si de cada erro cometido. Serão mencionadas, portanto, com frequência, em sentenças, a insuficiência do material, os erros da direção de pessoal e a ausência de enquadramento (132). Em outros casos, são trazidos à luz o erro de avaliação cometido pelo responsável pelas operações, a insuficiência de meios de combate e de alimentação d'água (133).

Todos estes atos culposos graves, efetuados no funcionamento do serviço, apresentam um traço comum: são culpas anônimas, que não poderíamos atribuir a nenhum agente público em particular. Este caráter geral das culpas administrativas graves não se encontra no ato culposo grave cometido no quadro dos serviços hospitalares e de saúde.

25. A — *Uma culpa personalizada*: a culpa dos serviços hospitalares. — Em princípio, a responsabilidade dos serviços públicos hospitalares e de saúde pode ser vinculada no terreno da culpa administrativa simples. Quando o ato lesivo é constituído por um ato de tratamento ou resulta da má organização do serviço público, a prova de uma culpa é suficiente para implicar a responsabilidade deste. O juiz administrativo somente exigirá a prova de uma culpa administrativa grave no caso em que um ato médico for a origem do dano.

Ora, a definição que dá a jurisprudência de atividade médica, que somente pode ser realizada por um médico ou sob sua supervisão direta e responsabilidade, implica que seja um ato determinado efetuado por um médico, individualmente ou sob sua supervisão (131). Se este ato é caracterizado como culpa, esta poderá ser materialmente atribuída a um funcionário do serviço. Não será, pois, uma culpa anônima. Tal afirmação é verificada se examinamos a natureza das culpas que o juiz qualifica de graves. Quanto à matéria, ela não é isenta de conseqüências.

25 B. *A natureza das culpas médicas graves* — Se seguirmos a ordem cronológica da intervenção de um médico em relação ao doente o primeiro ato médico em relação ao doente é o diagnóstico. Porém o médico pode dar origem a um ato lesivo ao recusar-se a atender ao doente, por não querer se deslocar quando chamado.

O juiz entende imediatamente que, quando o médico pertencente ao quadro médico hospitalar e se recusa a se movimentar, ele comete um ato culposo, que é imputado ao funcionamento do serviço em seu conjunto. Não se trata de um "fato médico" e, por conseguinte, o caráter simplesmente de falta deste ato implica a responsabilidade do estabelecimento (135).

Quando o médico examinou o doente, a primeira culpa profissional que pode ter cometido e o erro do diagnóstico. Esta culpa pode trazer sérias conseqüências ao doente, porque o tratamento é prescrito a partir do diagnóstico. É ela uma culpa grave?

Podemos afirmar que o juiz administrativo considera — e isto desde longa data — que o erro do diagnóstico não constitui em si mesmo uma culpa administrativa grave (136). Este princípio é amplamente confirmado pela jurisprudência recente.

Um médico examina um paciente que deu entrada no hospital com problemas mentais. Calcula, considerando o estado e o comportamento do paciente, que o risco de suicídio está afastado e não prescreve nenhuma vigilância particular. O paciente põe fim a sua vida algumas horas mais tarde. O erro de apreciação é flagrante, mesmo que ele tenha se constituído mais numa falha de prognóstico do que de diagnóstico. Não há, portanto, culpa grave de natureza a vincular a responsabilidade do hospital. Isto, mesmo se o paciente já houvesse tentado duas vezes contra a vida (137) ou se o médico fosse quem tratava o doente anteriormente (138).

Um outro exemplo é o ato culposo cometido por médico radiologista que não tenha encontrado nenhuma fratura da coluna vertebral, na radiografia, mesmo que o acidentado tenha sofrido várias fraturas deste tipo. Não há culpa grave (139).

O atraso em estabelecer o diagnóstico não se constitui culpa grave do médico, contanto que este atraso não possa ser analisado como uma recusa da assistência médica. O fato, por exemplo, de um médico, após ter recebido um doente em seu serviço, colocá-lo em observação durante várias horas antes de dar seu diagnóstico não é qualificado de culpa grave, se os exames forem feitos durante este espaço de tempo. Na verdade, aquilo que o juiz condena parece ser o diagnóstico prematuro e dado às pressas e não o erro no diagnóstico propriamente dito (141). O erro no diagnóstico é, às vezes, qualificado de culpa grave pelo juiz. Dentre todos os casos, este último salienta que o diagnóstico não foi precedido de exames necessários, exigidos pela medicina. Antes de chegar a um diagnóstico, o médico deve realizar os exames necessários a uma boa análise do estado do paciente. Se o médico os realizou conforme é demandado, o erro no diagnóstico cometido não constitui uma culpa grave (142). Pelo contrário, a não realização destes exames faz do erro de diagnóstico uma culpa administrativa grave que vincula a responsabilidade do estabelecimento. O juiz se apoia, portanto, nas obrigações que o Código de Deontologia Médica põe ao encargo dos praticantes. O desconhecimento destas obrigações é que conduz ao erro, e constitui-se numa culpa grave. É, portanto, difícil dizer se é o erro do diagnóstico ou o não respeito ao Código de Deontologia que constitui a culpa sancionada.

Considere-se que, em seguida a um acidente de trânsito, um paciente seja internado no serviço de emergência de um hospital. Tratado de ferimentos superficiais na face, pelo atendente de plantão, é mandado para casa como embriagado, "apesar das solicitações dos amigos acorridas junto a ele". Hospitalizado novamente, no dia seguinte este paciente morre subitamente de fratura no crânio. O Conselho de Estado ressalta a existência de uma culpa administrativa grave, porque o atendente de plantão, diante dos sintomas que o paciente apresentava, não adotou os métodos científicos mais apropriados, como impõe o artigo 29 do Código de Deontologia, se os sintomas não mostravam sinais de um traumatismo craniano... (143).

Um ato culposo médico pode ainda ser cometido na prescrição do tratamento, que, realizado logo após o diagnóstico, deve normalmente conduzir à cura.

A determinação do tratamento a ser aplicado constitui um ato médico, e somente o ato culposo cometido nesta ocasião possibilita a aplicação da responsabilidade do hospital. Não há culpa grave quando o tratamento médico escolhido corresponde a uma terapia clássica, geralmente adaptada à doença em tratamento (144). Neste caso, a culpa grave consiste principalmente na inércia do atendente que se omite de agir ou de prescrever um tratamento considerado pela ciência médica como indispensável no caso tratado. A título de ilustração, comete um ato culposo o residente que, em presença de uma senhora que tenha ingerido significativa quantidade de um produto tóxico, não proceda rapidamente a uma operação adequada para expulsar este produto e não a coloque sob vigilância médica (145).

É igualmente constitutivo de uma culpa grave o fato de um médico não advertir o seu paciente sobre os riscos na escolha de certo tratamento, quando estes riscos excedem ao que encobre toda a terapia (146).

A aplicação ou o emprego do tratamento médico pode, igualmente, ser fonte de culpas médicas graves. Convém lembrar que, nesta circunstância, a culpa grave só será então exigida pelo juiz se

estivermos em presença de um ato médico e não de um ato de tratamento. A distinção toma seu completo valor quando o dano resulta da aplicação do tratamento prescrito por um médico. Este comporta os atos médicos e de tratamento (147).

Constitui culpa grave o fato de um médico não seguir o tratamento prescrito pelo médico responsável pelo serviço, quando nenhuma urgência impunha esta modificação e quando este tratamento apresentava riscos mais graves que o tratamento anterior (148). A falha na vigilância médica é semelhantermente constitutiva de uma culpa grave quando esta vigilância era indispensável, considerando-se a natureza do mal tratado (149) ou aquela do tratamento utilizado (150).

Os mesmos princípios são aplicados pelo juiz quando o tratamento consiste numa intervenção cirúrgica. Não haverá culpa grave quando, antes da operação, o cirurgião tomou todas as precauções necessárias e realizou os exames indispensáveis para este tipo de intervenção (151). Ao contrário, a omissão de um ato previamente julgado indispensável pela medicina constitui culpa grave que vincula a responsabilidade do serviço hospitalar (152).

Quanto à maneira como é realizada a intervenção cirúrgica, o juiz avalia que não há culpa grave, mesmo que ela não seja bem sucedida, uma vez que tenha sido realizada "dentro dos padrões da arte de operar" (153).

Entretanto, constitui, na maioria dos casos, uma culpa administrativa grave o fato de um cirurgião esquecer dentro do corpo do paciente objetos diversos, tais como: compressas, agulhas, agulhas cirúrgicas... (154). Este tipo de esquecimento só seria escusável no caso de uma intervenção que apresentasse "dificuldades particulares" ou que fosse realizada em "circunstâncias excepcionais" (154).

25 C — *Conseqüências da natureza específica da culpa administrativa grave na área médica* — Apesar da sua diversidade, as culpas qualificadas pelo juiz, no quadro do serviço público hospitalar, de culpas administrativas graves apresentam uma característica comum e fundamental: são cometidas por um médico determinado ou sob sua supervisão. Não nos encontramos em presença de uma culpa materialmente anônima, imputável ao serviço no seu conjunto. A ação lesiva culposa poderia, nos casos analisados, ser imputada a um médico em particular e que é funcionário do quadro.

Um exame mais aprofundado põe em evidência um outro traço comum a toda essas culpas graves. Consistem geralmente em ações culposas técnicas do médico, que não respeitou as regras tradicionais e elementares de sua profissão. Ele cometeu um ato culposo profissional grosseiro: omissão de um ato ou de uma precaução fundamental e indispensável; desconhecimento inescusável de uma obrigação inscrita no Código de Deontologia Médica.

A culpa que o juiz administrativo qualificou de culpa grave e que vincula a responsabilidade do serviço hospitalar é bem semelhante à culpa pessoal, constituída pela culpa profissional grave. Por ela ser, ao mesmo tempo, uma culpa grave e personalizada, quase não se distingue da culpa pessoal do médico, cometida no exercício de suas funções. Pode-se mesmo conceber que, por sua natureza, a culpa administrativa grave na atividade médica nada mais é do que uma culpa pessoal e não administrativa.

Compreendemos então o porquê da raridade das faltas pessoais, que dão à vítima o direito de postular frente aos tribunais a responsabilidade do praticante (155). De fato, somente a culpa intencional do médico ou o ato culposo cometido fora do exercício das funções constituiriam uma culpa pessoal por sua estrutura. A culpa administrativa grave absorveu, na matéria, a culpa pessoal dos médicos e cirurgiões.

Desta forma, explica-se a tentativa empreendida pela Suprema Corte em procurar salvaguardar a culpa pessoal dos médicos de hospital e a competência dos tribunais em decidir que seria culpa pessoal toda infração do médico em seus deveres para com a medicina. A reação das jurisdições administrativas e do "Tribunal des Conflicts", que pôs fim, em 1957 (156), a esta jurisprudência, marcou o desaparecimento da culpa pessoal profissional dos médicos que exerciam serviços públicos hospitalares e a preminência em matéria de juizes da ordem administrativa grave somente pode guardar sua especificidade sem invadir a noção de culpa pessoal, sendo considerada com uma culpa anônima ocorrida no funcionamento do serviço público. É também uma culpa qualificada.

B. Uma culpa qualificada

26. A culpa grave distingue-se essencialmente da culpa simples pelo seu grau de gravidade. A culpa grave é uma culpa administrativa, que as circunstâncias de fato e de direito, nas quais sobreveio, induzem a considerar inescusável. Ela deve, em todas as hipóteses, seja qual for o serviço no quadro do qual foi produzida, vincular a responsabilidade da pessoa pública titular do serviço. Esta gravidade resulta do procedimento em falta propriamente dita, e, porque consiste num procedimento

particularmente repreensível, a culpa administrativa grave não pode ser presumida. Ela deve ser provada. Este princípio, entretanto, conhece exceções, principalmente em matéria de responsabilidade dos serviços públicos hospitalares no que se refere a atos equiparados a atos médicos prejudiciais. Igual consideração é feita quanto a não se poder fundamentar, para qualificar de grave a culpa administrativa, na gravidade das conseqüências lesivas que resultaram de sua existência. Admitir uma ligação jurídica entre a importância do prejuízo e a gravidade da culpa conduziria a um sistema próximo da presunção da culpa.

Em certos casos, entretanto, presume-se que o juiz equipara o grau de gravidade do prejuízo com o grau de gravidade da culpa. As condições de vinculação da responsabilidade pública quanto aos serviços de combate ao incêndio podem ilustrar esta situação.

27. *Culpa grave e presunção de culpa* — É exclusivamente em matéria de responsabilidade dos serviços públicos hospitalares que o juiz, nos dias de hoje, tem muitas vezes recorrido ao procedimento da presunção da culpa. Ele a utiliza, em primeiro lugar, nas situações onde a culpa, que pode vincular a responsabilidade do serviço, é uma culpa simples. Ele se expressa, pois, de maneira: "... nestas circunstâncias, a infecção da qual a jovem Dejeus foi vítima... revela um funcionamento defeituoso do serviço de natureza a vincular a responsabilidade da administração" (157).

Nas sentenças, o emprego pelo juiz da técnica da presunção de culpa se manifesta pela aproximação, dentro de uma só frase, de dois elementos: o prejuízo e a culpa, o primeiro revelando a segunda. Aos olhos do juiz, em certas ocasiões, a natureza ou a gravidade do prejuízo sofrido manifesta a presença de um ato culposo cometido.

Empregada geralmente nas situações de exigência de uma culpa simples, é raro que a presunção seja utilizada quando o juiz impõe a prova de uma culpa grave. Uma sentença pode, entretanto, ser com esta interpretação: C.E., 12 de novembro de 1969, Fergani (esta revista, 1970, 461). Ele retoma a fórmula corrente em matéria de presunção: "... este acidente revela, dentro das circunstâncias do caso, uma culpa grave de natureza a vincular a responsabilidade da Administração".

O campo de aplicação da presunção da culpa fica muito restrito. Seu uso foi durante anos assunto "de responsabilidade do Estado no que se referia aos danos causados pelas vacinações obrigatórias" (158). A lei de 1º de julho de 1964, que instituiu na matéria uma responsabilidade sem culpa do Estado, uma vez que se realiza a vacinação num "centre agréé"², limitou a possibilidade da presunção. Ela foi utilizada, entretanto, quando a vacinação obrigatória teve lugar fora de um "center agréé", num estabelecimento que faz parte do serviço público de vacinação obrigatória (159).

A lei n.º 75-401, de 26 de maio de 1975, que modifica o artigo 1.10.1 do Código de Saúde Pública, torna, hoje em dia, sem efeito a jurisprudência sobre a presunção da culpa em matéria de vacinações obrigatórias. Este texto suprime a condição imposta até aqui da obrigação do Estado de reparar, independentemente de culpa, e de acordo com a condição de que a vacinação deveria ter sido feita num "centre agréé". De hoje em diante, todo o dano atribuído a uma vacinação obrigatória vincula a responsabilidade do Estado, sem culpa, seja qual for o local onde ela tenha sido efetuada (160).

Em segundo lugar, freqüentemente as sentenças citadas com aquelas que apelam para a presunção de culpa não se referem claramente a esta noção. São, portanto, as sentenças que cita Fournier em suas conclusões sobre o processo Rouzet (161). Nos casos que deram lugar a tais decisões, as culpas eram estabelecidas e não presumidas (162). Em outras decisões, a formulação utilizada pode levar-nos a pensar *a priori* que o juiz estabeleceu a existência de culpa. Quando o juiz indica que "as condições em que ocorreu a hospitalização revelam dentro do serviço público hospitalar uma culpa..." ele não presume a culpa, mas qualifica os procedimentos do serviço (163). Não é, pois, o prejuízo sofrido que evidencia a culpa, mas as condições da hospitalização que, mais que revelar, constituem a culpa.

Uma outra limitação reduz o campo de aplicação da presunção. Conforme Fournier (164), este procedimento só seria utilizado quando os socorros prestados fossem responsáveis por uma nova infecção, distinta da que motivou a procura do serviço hospitalar. Ocorre principalmente quando, socorrido por uma fratura na perna esquerda, o paciente exige reparação da lesão que lhe foi causada à fratura da fíbula esquerda em conseqüência de um enxerto realizado pelo serviço hospitalar (165).

Podemos acrescentar que o juiz recorreu, igualmente, à presunção de culpa, uma vez que existe uma desproporção evidente entre a gravidade do prejuízo sofrido e o caráter insignificante e rápido da intervenção que é a sua causa (166).

Ao finalizar o processo do Centro Hospitalar Sainte-Marthe d'Avignon (C.E., 25 de janeiro de 1974), a Senhora Questiaux propõe à jurisdição superior estender esta jurisprudência aos casos em que fosse difícil identificar o ato que realmente deu origem ao enfraquecimento do serviço. Em seu parecer, o Conselho de Estado recusou, com justa razão, proceder a tal procedimento (167).

Parece, ao contrário, ter decidido abandonar, nos casos em que é exigida a prova de uma culpa grave, o procedimento da presunção de culpa. É o significado que se deve dar, considerando uma re-

cente sentença, segundo a qual, "a importância dos prejuízos sofridos não revela, em si própria, a existência de uma culpa grave" (168).

Este argumento, em forma de princípio, parece corresponder à natureza própria da culpa administrativa grave. É uma culpa qualificada: ela consiste num funcionamento defeituoso do serviço público, que os fatos particulares tornam inadmissíveis. Ora, se podemos presumir que a ocorrência de um dano relevante só foi possível devido a um mau funcionamento do serviço, não é coerente a presunção de que esta culpa seja grave. Em outros termos, se a existência de dano presume a culpa administrativa, a gravidade do prejuízo não pode presumir a culpa administrativa grave.

28. *Culpa grave e gravidade do prejuízo* — De maneira geral, a culpa administrativa grave é avaliada por si própria. A gravidade ou, ao contrário, a ausência de gravidade do dano não tem incidência sobre o grau de gravidade da falta.

Ao termos certos autores, chegamos a crer que existe, pelo menos, uma exceção a este princípio. Para vincular a responsabilidade dos serviços de combate ao incêndio, o juiz, além da prova de uma culpa, exige haja comprovação de que esta culpa é a origem do agravamento do dano. A culpa administrativa grave desta categoria de serviço público seria desde então constituída de dois elementos: um, encarando o fato lesivo, o caráter de falta deste procedimento, o outro, resultante do dano, o caráter grave deste.

Esta atitude é adotada principalmente por Auby (169): "a culpa grave é aquela que agravou as conseqüências do sinistro em relação ao que elas teriam sido se o serviço público houvesse funcionado corretamente. Em outros termos, a culpa grave do serviço público de combate ao incêndio possui dois elementos, de um lado, ela supõe as situações constitutivas de uma culpa simples: má organização, mau funcionamento, etc., dos serviços públicos; por outro lado, a deficiência do serviço reveste-se de um caráter de gravidade em função das conseqüências que ocasiona, a culpa será considerada como grave" (170).

Nesta definição, o caráter de gravidade da culpa administrativa não advém das circunstâncias nas quais foi cometida, resulta da gravidade das conseqüências prejudiciais da culpa. Em si próprio, o ato do serviço é constitutivo de uma culpa simples; porém, porque ela agravou o prejuízo, esta culpa simples torna-se uma culpa grave. É, portanto, a gravidade do dano que, de acordo com esta análise, seria constitutiva da culpa administrativa grave.

Esclarecemos que nesta apresentação não recorremos à técnica da presunção de culpa. Se a culpa existe, ela deve ser estabelecida: aí deve haver ou má organização, ou mau funcionamento do serviço. A gravidade do prejuízo não "evidencia" a culpa grave, ela é um elemento constitutivo desta.

De fato, nota-se que, nas decisões que reconhecem a responsabilidade dos serviços de combate ao incêndio, o juiz salienta com freqüência que "os danos resultantes do sinistro foram agravados pelos atos culposos graves dos serviços de combate ao incêndio..." (171). Quando esta menção não figura expressamente na sentença, encontra-se ali implícita.

Quando o Conselho de Estado recusa aplicar a responsabilidade do serviço, o motivo que ele alega é o de que os atos culposos cometidos agravaram os danos sofridos pelo requerente. É o caso no qual, em virtude da violência e da rapidez do sinistro, a destruição total das edificações só poderia ter sido evitada pela intervenção imediata dos meios de combate ao incêndio superiores àqueles que a autoridade municipal poderia providenciar" (172).

Os atos culposos cometidos pelo serviço não constituem, pois, as culpas de natureza a vincular a responsabilidade deste, uma vez que não puderam, fosse qual fosse a sua importância, agravar o prejuízo.

Isto ocorre quando o atraso em alertar os serviços de combate ao fogo é tal que a destruição das construções possa ser evitada mesmo pela intervenção imediata de todos os meios disponíveis (173).

Esta interpretação da jurisprudência, que torna o agravamento do dano um elemento constitutivo, é criticável. Ela é, em primeiro lugar, contrária à natureza da noção da culpa administrativa grave, que deve ser avaliada isoladamente e não em função das conseqüências lesivas que ela traz. Ela parece, em seguida, ignorar um elemento fundamental da teoria da responsabilidade: a causalidade. Uma pessoa somente é responsável por um dano, é assim obrigada a repará-lo, se for estabelecido que existe entre o fato desta pessoa e o dano um elo de causalidade.

Ora, em matéria de combate ao incêndio, o fato prejudicial é o que se encontra na origem do incêndio. Conhecido, ou não, o autor deste ato é responsável unicamente pelo dano causado. O serviço de combate ao incêndio não é responsável pela superveniência do sinistro, pois não lhe deu origem. Os danos resultantes deste incêndio não lhe podem ser imputados.

Somente podem pesar sobre os serviços de combate os danos resultantes de seus atos, ou seja, uma nova ocorrência de incêndio por falta de vigilância, ou mesmo um alastramento anormal do sinistro (175). Os danos causados por estes atos, conseqüentemente, são imputáveis ao serviço de com-

bate, porque distinguem-se dos normalmente causados pelo incêndio. Neste sentido, o agravamento dos prejuízos é uma condição necessária à vinculação dos serviços de combate ao incêndio. Não porque seria um elemento constitutivo da culpa administrativa grave, mas porque manifesta a existência de um prejuízo imputável à atividade deste serviço.

Esta interpretação da jurisprudência nos parece a única correta. Baseia-se num elemento essencial da responsabilidade, que é a existência de uma relação de causalidade entre o dano e o fato da pessoa a quem a reparação é requerida. Além do mais, ela nos parece reforçada pelo modelo usado pelo juiz numa sentença recente. Ao invés de evidenciar que os danos resultantes do sinistro foram agravados pelo atraso dos serviços de combate ao incêndio, em intervir eficazmente, o juiz nota que "este atraso constituía a causa fundamental do alastramento tomado por este sinistro". Ele deduz que a responsabilidade da Administração está vinculada.

Esta análise diz respeito, enfim, à própria natureza da noção de culpa administrativa grave, cuja qualificação não depende da importância dos danos que ela produz.

29. *CONCLUSÃO* — De forma negativa, a exigência de uma culpa administrativa grave significa que todo o ato culposo cometido pela Administração não vincula sua responsabilidade. Certos procedimentos com caráter de falta são escusados pelo juiz; certas vítimas das culpas administrativas não são indenizadas pelo prejuízo que elas sofrem. Nos casos em que uma indenização é *a priori* possível, a situação da vítima é, todavia, insatisfatória. Ela deve estabelecer, por um lado, que o serviço público não funcionou de maneira normal, naquilo que causou o dano e, por outro lado, que esta deficiência é grave e inadmissível.

O requerente deve provar a existência desta culpa grave. O juiz, aqui, não pode usar os precedentes que facilitam a comprovação do ato culposo cometido, comprovação que pese sobre o demandante. A presunção de culpa, que resulta numa inversão da carga da prova, não é admitida. É, além do mais, inútil à vítima valorizar a importância do prejuízo sofrido, ela não é suficiente para provar a gravidade do ato danoso culposo.

Esta situação ocasionada à vítima, por certos atos administrativos de caráter culposo, é somente admissível se um interesse superior, o interesse geral, o ordene. A justificativa tradicional e já apresentada baseia-se na concepção de que certas atividades públicas apresentam dificuldades específicas no seu exercício. Para que não haja necessidade de paralisar, é necessário que todo o ato culposo eventualmente cometido não seja suscetível de vincular a responsabilidade da Administração.

Sendo, pois, admissível, esta justificativa deve constituir o limite do campo de aplicação da noção de culpa grave. Só as atividades administrativas com alto grau de dificuldade podem se beneficiar desta atenuante responsabilidade. Ora, o juiz administrativo sustenta que se prove uma culpa grave em benefício de serviços, não de atividades, onde a idéia precedente a justifica com muita dificuldade. É o caso, em especial, das atividades danosas do serviço fiscal. A própria teoria da culpa administrativa grave impõe o desaparecimento desta aplicação imprópria da noção analisada. Nada, na verdade, senão a concepção prescrita de irresponsabilidade dos serviços de quase-supremacia, justifica a posição do juiz.

Uma segunda consideração deveria inspirar a jurisprudência na apreciação da situação das vítimas. A teoria da culpa administrativa grave não deve resultar na irresponsabilidade da Administração, pois ela não seria mais que o reflexo de uma época passada. O juiz não deve ter uma concepção demasiadamente restritiva de culpa grave. É seguramente o ponto mais delicado da noção. Diz respeito à sua própria definição e volta a determinar o critério da culpa grave. A partir de que grau de gravidade passa a culpa simples a ser culpa grave? Atualmente, já tentamos reunir alguns elementos que consultamos na jurisprudência para darmos a resposta. Para a posteridade, espera-se que o juiz leve em consideração não somente o interesse da Administração, afastado do interesse geral, que acarreta elevação do grau de gravidade da culpa, mas também da situação das vítimas, o que evitaria que a culpa grave se tornasse uma culpa manifesta e de particular gravidade. Devido ao desaparecimento desta última nas sentenças modernas, era preciso que somente em certos serviços a mudança de denominação não correspondesse a uma troca de exigência.

NOTAS DO AUTOR

- (1) São descartadas voluntariamente da discussão as hipóteses de acúmulo de responsabilidades, em que o fato pessoal do agente público pode, em certas condições, só ou conjuntamente com um fato de serviço, comprometer a pessoa pública que o emprega.
- (2) As situações em que a responsabilidade da Administração é vinculada sem que seja necessário a prova da existência de culpa, embora numerosas hoje em dia, continuam a ser consideradas exceção. Na falta de textos legislativos ou de práticas jurisprudenciais que admitam a responsabilidade administrativa sem falta, a responsabilidade das pessoas públicas reside numa responsabilidade por ato culposo.
- (3) Gérard Cornu, *Étude comparée de la responsabilité en droit privé et en droit public*, Thèse, Paris 1951.
- (4) Op. cit., p. 192 e s.
- (5) G. Vedel, *Droit administratif*, Thémis, 5ª ed., 1973, p. 351 a 360.
- (6) *Ibid.*, p. 365.
- (7) J. Rivoero, *Droit administratif*, Dalloz, 6ª ed., 1973, p. 265, nº 285.
- (8) Ch. Debbsch, *Droit administratif*, Cujas, 1968, p. 327.
- (9) F. P. Benoît, *Le Droit administratif français*, Dalloz, 1968, p. 709, nº 1.200.
- (10) M. Hauriou, *Précis de droit administratif et droit public*, 8ª ed., 1974, p. 499.
- (11) *Traité de la Responsabilité Civile*, 1957, tomo I, p. 499 a 500.
- (12) P. Duez, *La Responsabilité de Puissance Publique*, Dalloz, 1938.
- (13) Para certos autores (R. Chapuis, *Responsabilité publique et responsabilité privé*, L.G.D.J., nº 69 e 51) a responsabilidade da pessoa pública que emprega o agente se analisaria como um caso de responsabilidade do mandante pelos seus encarregados, ou como é disposto no artigo 1384, alínea 5, do Código Civil.
- E, segundo nosso ponto de vista, desconhecer a originalidade da responsabilidade administrativa. Ela é fundamentalmente uma responsabilidade direta, não uma responsabilidade por (ato de terceiro). A responsabilidade da Administração é imediatamente vinculada pelo fato lesivo do agente, sem que o requerente o tenha comprometido.
- Em Direito Civil, a responsabilidade recai, em primeiro lugar, sobre o encarregado do serviço. É preciso que tenha agido culpavelmente (V. G. Cornu, op. cit., p. 461). Ao contrário, não é necessário que o infrator tenha agido culposamente: pesa sobre ele uma presunção irrecusável de culpa: "culpa in omittendo" (culpa de vigilância). Há dualidade de responsabilidades: a do infrator é secundária. É por esta razão que o infrator dispõe de uma ação contra o preposto.
- Em Direito Administrativo, a responsabilidade do agente não aparece. A pessoa jurídica é responsável diretamente; o agente faz parte do serviço. A pessoa pública não dispõe de nenhuma ação de regresso contra o agente que cometeu um ato culposos de serviço. (C.E., 28 de julho de 1951, Laruelle, D., 1951-1080, nota Nguyen Do, J.C.P., 1951, 6532, nota J.J.R., esta revista 1951-080) nota Waline: S., 1952, III, 25, nota Mathiot; S., 1953, III, 5, nota Meurissel.
- (15) Cf. A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, tomo I, 6ª, 1973, nº 1230.
- (16) Mazeaud e Tunc, op. cit., nº 409.
- (17) Ver sobre o sentido deste termo: Mazeaud e Tunc, *ibid.*, nº 390.
- (18) L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, Paris, 1912.
- (19) J. Moreau, *Jcl. adm.*, fasc. 700, nº 50. Certos autores denotam ausência de referência moral (J. Moreau, op. cit., nº 59). Porém a culpa moral tem uma noção distinta da culpa civil.
- (20) Esta concepção objetiva de culpa administrativa conduziu certos autores de Direito Civil a pensar que ela não era uma verdadeira culpa: não podiam conceber uma culpa sem consciência. Da mesma forma, para Gérard Cornu, "é ainda tempo de se mostrar que a culpa do serviço público" nada mais é do que um produto degradado e alterado da noção pura de culpa e de outras noções mais apropriadas ao direito público, que servem para melhor explicar a responsabilidade direta da coletividade pública" (op. cit., 168).
- (21) F. P. Benoît, op. cit., nº 1250.
- (22) Hauriou, op. cit., p. 499.
- (23) J. Lemasurier, nota abaixo de C.E., 21 de dezembro de 1962 Husson-Chiffre (D., 1963, J., 638). Outros autores, seguindo o Professor Appleton (D., 1929, III, 1), evidenciam somente a existência, em jurisprudência, de três categorias de culpas: simples, grave, e culpa manifesta e de uma particular gravidade. (F. P. Benoît e J. Moreau, *Jcl. Adm.*, 790, nº 52 a 54; G. Vedel, op. cit., 367). É verdade que a noção de culpa assimilável ao dolo somente se encontra nas sentenças antigas (citadas por Lemasurier).
- (24) G. Cornu, op. cit., p. 231.
- (25) Os últimos serviços, aos quais o juiz deixou de exigir uma culpa "de particular gravidade", foram os hospitais psiquiátricos, e 1961 (C.E. (10 de novembro de 1961); Eveillard, Rec. 639, os serviços fiscais, em 1962 (C.E. 21 de dezembro de 1962 Husson-Chiffre, pré-citado) e os serviços de Correios e Telecomunicações, em 1965 (para esses últimos, cf. infra, nº 18 e as sentenças tadas especialmente: C.E., 26 de março de 1965, Société "L'habitation" Rec., 210).
- (26) C. Bréchon-Mouléens, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, L.G.D.J., 1974, p. 119.
- (27) *Ibid.*, p. 120.
- (28) *Ibid.*, loc.
- (28 bis) AUBY, *La responsabilité de l'État en matière de justice judiciaire* (A.J.D.A., 1973, p. 4) (M. Lombard, *La responsabilité de l'État de la fonction juridictionnelle et la loi du 5 juillet 1972* (esta revista).
- (29) Ch. Debbsch, *Droit Administratif*, Cujas 1968, p. 329-30.
- (30) *Ibid.*, loc.
- (31) Waline, *Précis de Droit Administratif*, L.J. Montchrestien, 1969, nº 1061.
- (32) *Ibid.*, nº 1062 a 1069.
- (33) Cf. infra, nº 15.
- (34) Cf. infra, id., loc.
- (35) Sobre definição (esta expressão, cf. infra, nº 12).
- (36) Ver, por exemplo: C.E., 30 de outubro de 1974, époux Tazé (Rec. 526, A.J.D.A., 1975, 258).
- (37) C.E., 1º de março de 1974, Mourat (Rec., 161, esta revista, 1974, 1857).
- (38) C.E., Sect., 28 de junho de 1963, Rapst (Rec. 411). Decisão confirmada pela seguinte: C.E., 13 de junho de 1964, de Aul (Rec., 389, esta revista, 1965, 84, nota Waline).
- (39) C.E., 20 de junho de 1973, Commune de Chateaufort-sur-Loire (Rec., 428; esta revista, 1973, 1974).
- (40) C.E. 14 de lev. de 1973, Association diocésaine d'Agén (Rec., 141, esta revista, 1973-1976) "... a responsabilidade dos serviços públicos encarregados do controle da atividade de agentes de câmbio não poderia ser vinculada com vistas aos clientes falsos dos agentes, a não ser no caso de ser estabelecido que estes serviços tenham cometido um ato culposo grave.
- (41) Op. cit., p. 331.
- (42) Op. cit., p. 561, nº 1069.
- (43) G. Vedel, op. cit., p. 367.
- (44) A. de Laubadère, op. cit., p. 367.
- (45) Cf. supra, nº 4.
- (46) M. Waline, op. cit., nº 1082.
- (47) C.E., 26 de dezembro de 1945, *Société Sapvin* (Rec., 271) (... interpretação... não constitui, da parte da administração das aduanas, com relação às circunstâncias de tempo e lugar, uma culpa visando a vincular a responsabilidade do Estado". C.E., Sect. 24 de março de 1950, *Béziers* (Rec. 19) "... considerando que as outras denúncias às quais o requerente dá ênfase e que são relativas a condições particularmente penosas nas quais se demandaria sua detenção na prisão de Fresnes não são de natureza, nas circunstâncias do processo e com vistas às dificuldades que encontraria a administração penitenciária no cumprimento de sua função, a conferir em seu proveito um direito a indenização". Ver também: C.E., 16 de junho de 1950, *sieur Vincenti* (Rec., 377) e C.E., Sect., 1º de julho de 1966, *Société Conserveuses de Saint-Nazaire* (Rec., 433).
- (48) Citamos como exemplo: C.E., 24 de novembro de 1950, *Barrot* (Rec., 574): "Considerando-se a prisão de Barrot e mesmo considerando-se verdadeiras as alegações do queixante quanto a esta prisão, de que teria sido acompanhada de serviços cometidos por funcionários da polícia. Estes fatos devem, com vistas às circunstâncias de tempo e lugar, ser tomados como se tivessem ligação a incidentes de guerra, que por conseguinte não podem vincular a responsabilidade do Estado".
- (49) C.E., 4 de janeiro de 1918, 2 casos, Sanais et Duchesne (D., 1920, 3, 1, Appleton).
- (50) Neste caso, o fato dos procedimentos lesivos terem se desenvolvido dentro de circunstâncias particulares de tempo e lugar não implica a exigência da prova de uma culpa grave resultante da própria natureza da atividade em causa. Além do mais, as dificuldades particulares encontradas pelo serviço penitenciário local não fazem desaparecer a culpa grave quando esta existe. Ver quanto a este tema: C.E., 30 de janeiro de 1948, *dames veuves Brenard et Cros* (Rec., 47): "Considerando-se, por um lado, que as circunstâncias extraordinárias nas quais se deu a liberação do território tiveram como consequência que Béziers colocasse o serviço penitenciário local diante de dificuldades particulares para o cumprimento de sua missão, estas mesmas circunstâncias... imporiam aos poderes públicos e especialmente à administração penitenciária que empregassem as medidas de urgência próprias a garantir a segurança dos acusados... considerando-se que resulta do precedente que, nas circunstâncias do processo..., o resultado dos atentados a que os Bernard, pai e filho, foram vítimas tem sua origem nas culpas manifestas, propícias à vincular a responsabilidade do Estado por sua gravidade".
- (51) Rec. 405; A.J.D.A., 1959, II, 273; concl. Fournier; A.J.D.A., 1960, II, 39, nota Coulet; D., 1960, J. 113, nota Robert.
- (52) Na decisão *Rouzer*, anteriormente citada, o juiz define como atos médicos os atos "que somente podem ser executados por médicos ou, então, que podem ser executados por auxiliares sob supervisão médica direta, de maneira a permitir o controle médico sobre a execução e sua intervenção a qualquer momento".
- (53) Rec., 6; D., 1966-317, nota F. Moderne.
- (54) C.E., 25 de outubro de 1967, Hermann (Rec., 394).
- (55) Rec., 102; A.J.D.A., 1971-160 e crônica p. 147. Ver igualmente: C.E., 10 de fevereiro de 1958; consorts Volmarange (Rec., sum, 751, 6 de julho de 1960, Ribot (Rec. sum, 1121 14 de novembro de 1973, Ministre de la Justice c. dame Zanzi (Rec., 645).
- (56) Cf. infra, nº 25, 2.
- (57) C.E., 9 de abril de 1948, *dame veuve Clais* (Rec., 1561, 30 de janeiro de 1948, *dames veuves Brenard et Cros* (pré-citado), 10 de novembro de 1953, *dame veuve Desjardins* (Rec., 5491, 23 de novembro de 1951, *dame veuve Gené* (Rec., 554).
- (58) C.E. 3 de outubro de 1958, *Rakotoarivony* (Rec., 470; J.C.P., 1958, II, 10945, nota Blavoet, T.A., Caen, 19 de dezembro de 1967, *dame veuve Picard* (Rec. 643), T.A., Marseille, 21 de novembro de 1969, *sieur Polveda* (Rec. 666), C.E., Sect. 5 de fevereiro de 1971, *Garde des Scaux* c. *dame veuve Picard* (pré-citado), C.E., 14 de novembro de 1973, *Ministre de la Justice* e *dame Zanzi* (pré-citado).
- (59) T.A., Caen, 19 de dezembro de 1967, *dame veuve Picard* (pré-citado) e C.E., 5 de fevereiro de 1971, mesmo processo (pré-citado), T.A. Marseille, 21 de novembro de 1969, *sieur Polveda* (pré-citado).
- (60) C.E., 9 de abril de 1948, *dame veuve Clais* (pré-citado) e outras sentenças na nota 57.
- (61) C.E., 3 de outubro de 1958, *Rakotoarivony* (pré-citado).
- (62) C.E., 3 de fevereiro de 1956, *Ministre de la Justice* c. *Thouzelier* (Rec., 49; D., 1956-596; nota Aubry), 9 de março de 1966, *Ministre de la Justice* c. *Trouillet* (Rec., 201 A.J.D.A., 1966, 520, nota de Laubadère).
- (63) C.E., 25 de janeiro de 1952, *Consorts Lassale-Barrère* (rec. 60), 15 de julho de 1958, *Dufour* (Rec., 458): "... a agressão de que foi vítima a jovem Dufour foi propiciada unicamente por uma má organização do serviço de guarda; as negligências, portanto, imputadas à administração do serviço, constituem as culpas de natureza a vincular a responsabilidade do Estado". O Conselho de Estado não qualificando a culpa, deduz-se que se trate de uma culpa simples. Além do mais, os atos culposos cometidos são, conforme o juiz, simples negligências. Enfim, a Jurisdição Superior não faz menção de atos particulares que transformam estas negligências em culpas administrativas graves.
- (64) 10 de fevereiro de 1905, *Tomaso Grecco* (Rec., esta revista, 1925-274, concl. Rivet; S., 1926; III, 37).
- (65) C.E., 13 de março de 1925, *Clef* (Rec., esta revista, 1925-274, concl. Rivet; S., 1926; III, 37).
- (66) C.E., 23 de maio de 1958, *Amoudraz* (Rec., 301); mais recentemente: C.E., 5 de março de 1971, *Le Fichant* (Rec., 185; A.J.D.A., 1971-680, nota J. Moreau).
- (67) Várias sentenças: dentro as mais recentes: C.E., 21 de fevereiro de 1964, *La Paternelle et ville de Wattrelos* (Rec., 118; concl. Braibant); 7 de outubro de 1966, *Société Agricole d'Oyré* (Rec., 5321 12 de julho de 1969, *Commune de Saint-Quay Portrieux* (esta revista, 1970-459); 5 de dezembro de 1969, *Commune de Surville* (Rec., 5361; esta revista, 197-1248); 18 de janeiro de 1974, *sieur Millet* (Rec., 48, esta revista, 1974-1859).
- (68) V. J. M. Aubry, *La responsabilité des services de lutte contre l'incendie* (D., 1957, crônica XVII, pag. 37).
- (69) Os serviços competentes não cometeram um ato culposo grave por não advertirem a particulares, eventualmente referidos, da iminência de uma inundação: C.E., 9 de fevereiro de 1972 *Société industrielle de tous articles plastiques* (Rec., 128) Com mesmo sentido: C.E., 23 de fevereiro de 1973, *Ministre de l'équipement et du logement* c. *Société entreprise Tomine* (Rec., 168).
- (70) C.E., 9 de fevereiro de 1966, *ville du Touquet* (Rec., 91; A.J.D.A., 1966, 438, nota J. Moreau). C.E., 6 de março de 1968, *Anet* (Rec., 166).
- (71) C.E., 13 de julho de 1968, *Ministre de l'Intérieur et Commune de Saulge* c. *époux Hugonneau* (Rec., 447, esta revista, 1969-544).
- (72) C.E., 3 de janeiro de 1958, *sieur Deschamps* (Rec., I, esta revista, 1958-568).
- (73) C.E., 5 de julho de 1967, *ville de Narbonne* (esta revista 1969-696).
- (74) C.E., 4 de outubro de 1968, *sieur et dame Pascal* (esta revista, 1969-545).

- (75) V. sobre a implicação desta distinção no que concerne aos serviços de combate a inundações: C.E., 31 de março de 1965, Consorts Peydassus c. commune de Loudenvielle (Rec., 213); o juiz nota a ausência de culpa simples na concepção do estudo de um plano de defesa contra inundações e a ausência de culpa grave na prescrição das medidas de urgência no decorrer da inundação.
- (76) C.E., 10 de julho de 1957, Ville de Reuil-Malmaison contra Tournier (Rec., 457); considerando que, levados em conta os atos culposos cometidos respectivamente por Mouillade, não procedeu às arrumações que eram necessárias à cidade de Reuil, que não lhe endereçou nenhuma intimação e negligenciou interditar o cinema, será feita uma avaliação das respectivas responsabilidades pelo fato de ter deixado a cargo da cidade de Reuil a metade dos prejuízos indenizáveis que resultaram do incêndio do cinema". Consultar sobre o mesmo assunto, C.E., 9 de março de 1973, Commune de la Souterraine (Rec., 204); delito em equipamentos de segurança.
- (77) C.E., 8 de maio de 1974, Société Agricole et Forestière du Coutin (Rec., 270); esta revista, 1974, 1860; o fato, para os serviços de combate ao incêndio em florestas, de haver se verificado, após controle seguido a regulamentação em vigor, que os "bandes de pare-leu" não estavam em condições, e o fato de permitir a subsistência de focos de fogo constituem-se "em culpas de natureza a vincular a responsabilidade do departamento".
- (78) C.E., 5 de março de 1971, Sieur Fichet (pré-citado); ao omitir-se em chamar a atenção para perigos específicos que apresenta um local público de banho, muito frequentado, a prefeitura comete "um ato culposo que vincula a responsabilidade da comuna".
- (79) C.E. 5 de julho de 1967, Ville de Narbonne (pré-citado); ao abster-se de tomar as medidas necessárias à limpeza e conservação de uma fossa de escoamento de água com obstrução em vários trechos, a prefeitura comete um ato culposo grave que vincula a responsabilidade da comuna. C.E. Sect., 6 de janeiro de 1971, Dame Louvet (A.J.D.A., 1971 687, nota F. Moderne).
- (80) C.E., 4 de outubro de 1968, sieur et dame Pascal (pré-citado); "... a falha dos serviços da cidade de Nice em fazer respeitar os regulamentos municipais relativos a ruídos e a saúde pública não tinha, nas circunstâncias da espécie, o caráter de uma culpa grave de natureza a vincular a responsabilidade da cidade". Ver também: C.E., Ass., 29 de outubro de 1972, Ville de Paris c. sieur Marabout (Rec., 664; A.J.D.A., 1972, 597 e crôn., p. 581).
- (81) C.E., 29 de março de 1946, Caisse départementale d'assurance sociale de Meurthe-et-Moselle (Rec., 100; esta revista, 1946-90 concl. Lefas e nota Jéze; S., 1947, 8, 73, nota Mathiot), 24 de dezembro de 1948, Commune de Champigny-sur-Marne (Rec., 1949, 1949, concl. Guionin); 8 de junho de 1949, ville de Paris (Rec., 273); 6 de março de 1953, ville de Paris (Rec., 119); 17 de janeiro de 1969, sieur Sagot (Rec., 28); 5 de novembro de 1969, Choquet (Rec., 463); C.E. Sect., 13 de março de 1970, Ducroca (Rec., 189); C.E., 5 de janeiro de 1972, Jean et Christian Billot (esta revista, 1972, 1672); 20 de junho de 1973, commune de Châteauneuf-sur-Loire (Rec., 428, esta revista, 1973, 1794).
- (82) C.E., Sect., 8 de junho de 1963, Rapst (Rec., 411); C.E., 24 de janeiro de 1964, Achard (Rec., 43); 13 de junho de 1964, D'André (Rec., 329, esta revista, 1965, 75, nota Wafine).
- (83) C.E., 14 de fevereiro de 1973, Association Diocésaine d'Agen (Rec., 141).
- (84) Mathiot, nota pré-citada.
- (85) C.E., 24 de dezembro de 1948, Commune de Champigny-sur-Marne et conclusions Guionin (pré-citados).
- (86) C.E., 8 de junho de 1949, Ville de Paris (pré-citado); 6 de março de 1953, ville de Paris (pré-citado).
- (87) C.E., 17 de janeiro de 1969, sieur Bagot (pré-citado); o juiz neste caso estima que não há culpa grave.
- (88) C.E., 21 de fevereiro de 1913, Compagnie Parisienne des Tramways (Rec., 248).
- (89) Em 1965, Jacques Moreau verificou que, durante quarenta anos, dentre as decisões publicadas, somente cinco sentenças vincularam a responsabilidade dos serviços fiscais. "Não poderíamos crer que, durante todo este lapso de tempo, os serviços financeiros só tenham cometido cinco erros dignos de ser indenizados, acrescentou o autor". (nota abaixo do C.E., Sect., 16 de outubro de 1964, de Loriot, A.J.D.A., 1965, 177). Desde esta data acrescentou-se somente uma sentença da C.E. que admitisse a existência de uma culpa grave: C.E., 29 de abril de 1966, Ministre des Finances contra Rossi (Rec., 296).
- (90) C.E., 29 de abril de 1966, Ministre des Finances c. Rossi.
- (91) C.E., Sect., 16 de outubro de 1964, de Loriot (pré-citado). C.E., 17 de novembro de 1969, Vilain (Rec., 508; esta revista, 1970, 459).
- (92) Cf. nossos desenvolvimentos, supra, n.º 9 e 10.
- (93) C.E., 17 de novembro de 1969, Vilain (pré-citado).
- (94) Sobre esta explicação, v. J. Moreau, nota pré-citada (A.J.D.A., 1965, 177).
- (95) V. principalmente: A. de Laubadère, Droit administratif, L.S.D.J., tomo I, 6.ª ed., 1973, n.º 1309; C. Debbsch, Droit administratif, Cujas, 1968, p. 347.
- (96) C.E., 8 de fevereiro de 1961, Compagnie Singer (Rec., 84).
- (97) C.E., 18 de abril de 1958, Ministre résident en Algérie c. Herzog (Rec., 217); C.E., 8 de fevereiro de 1961, Compagnie Singer.
- (98) T.A. Nice, 4 de dezembro de 1969, Société Cillréo et Bona (Rec. 770).
- (99) C.E., 26 de março de 1965, Société "L'habitation" (Rec., 210); 2 de junho de 1965, Société Union Économique d'Arnians (Rec., sum. 1053); 7 de março de 1968, Société auxiliaire d'équipement (esta revista, 1968, 1135).
- (100) T.A. Lille, 30 de julho de 1973, sieur Ravisse (Rec., 805).
- (101) Entre as sentenças citadas, uma só reconhecia a presença de uma culpa grave: tratava-se do caso de uma complicidade de fraude da qual era culpado um agente do serviço. A culpa grave era, portanto, constituída por um procedimento que se pode, limitadamente, qualificar de infração penal (C.E., 7 de fevereiro de 1968, Société auxiliaire d'équipement (pré-citado)).
- (102) A. de Laubadère, op. cit., n.º 1309; C. Debbsch, op. cit., p. 347.
- (103) Sob reserva de regras jurisprudenciais que regem o acúmulo das responsabilidades administrativa e pessoal, que aqui não são consideradas.
- (104) "La responsabilité des services publics de lutte contre l'incendie," artigo pré-citado, D., 1957, Crônica p. 97.
- (105) Op. cit., p. 99 e s.
- (106) C.E., 12 de fevereiro de 1947, Mirvielle (Rec., 601).
- (107) C.E., 21 de fevereiro de 1964, La Paternelle et Ville de Watrelot (pré-citado).
- (108) C.E., 27 de fevereiro de 1970, Ville de Lannion (esta revista, 1970, 1249).
- (109) C.E., 9 de março de 1973, Commune de la Souterraine (Rec., 204).
- (110) C.E., 11 de novembro de 1971, Dame veuve Godillone, Ville de Niort.
- (111) C.E., 10 de fevereiro de 1956, Consorts Volmerange (Rec., sum. 751); C.E., 6 de julho de 1960, Ribot (Rec., sum. 1124).
- (112) C.E., 18 de novembro de 1960, Dame Fargeaud d'Épied (Rec., 640).
- (113) C.E., 11 de janeiro de 1957, Dame veuve Étienne (Rec., 27; A.J.D.A., 1957, 1171, concl. Gazier); C.E., 9 de fevereiro de 1972, Société industrielle de tous articles plastiques (pré-citado) C.E., 23 de fevereiro de 1973, Ministre de l'Équipement et du Logement c. Société entreprise Tonine (pré-citado).

- (114) C.E., 14 de fevereiro de 1973, Association diocésaine d'Agen (pré-citado); o juiz considera que nenhuma disposição legislativa ou regulamentar sujeita a contabilidade dos agentes de câmbio ao controle do Estado até a entrada em vigor da ordenança de 19 de outubro de 1958, que a submeteu à supervisão da Comissão de Controle de Bancos.
- (115) C.E., Ass., 7 de maio de 1971, Ministre de l'économie et Ville de Bordeaux c. Sastre (Rec., 334, concl. Gentot, esta revista, 1972, 491).
- (116) C.E., 14 de novembro de 1973, Ministre de la Justice c. Dame Sanzi (esta revista, 1974, 1861).
- (117) C.E., 14 de julho de 1953, Narce (Rec., 384).
- (118) C.E., 21 de maio de 1969, Stern (esta revista, 1969, 1000).
- (119) C.E., Ass., 7 de maio de 1971, Ministre de l'économie et Ville de Bordeaux c. Sastre (pré-citado).
- (120) C.E., Ass., 20 de outubro de 1972, Ville de Paris c. sieur Marabout (pré-citado).
- (121) C.E., 4 de outubro de 1968, sieur et dame Pascal (pré-citado) C.E., 21 de julho de 1970, Ville du Croisic (Rec., 508).
- (122) C.E., 24 de janeiro de 1964, Archard (Rec., 43).
- (123) C.E., 13 de junho de 1964, D'André (Rec., 329, esta revista, 1965, 84, nota Wafine).
- (124) A expressão é de Maurice Hauriou, Précis de Droit Administratif et de Droit public, 8.ª ed., 1914, p. 499.
- (125) Cf. supra, n.º 17 e 18.
- (126) Cf. supra, n.º 23.
- (127) Ver a opinião de Maspétiol e Laroque, La tutelle administrative 1930.
- (128) C.E., 8 de junho de 1949, Ville de Paris (Rec., 273).
- (129) Mathiot, nota abaixo de C.E., 29 de março de 1949, Caisse d'Assurances Sociales de Meurthe-et-Moselle (S., 1947, 3, 73).
- (130) V. entre numerosas sentenças: C.E., 30 de abril de 1969, Ministre de l'intérieur c. Régidor (esta revista, 1969, 1000); Cf. Benoît et Moreau Jot. adm., fasc. 716, n.º 28 a 34 e as sentenças citadas.
- (131) C.E., Ass., 12 de fevereiro de 1971, sieur Rebatel (Rec., 123; A.J.D.A., 1971, 373); requerido pelo diretor de uma prisão para assegurar a execução de uma decisão do tribunal contra um detento, os militares se viram frente a uma rebelião dos co-detentos. Na ocasião da operação, um dos co-detentos, Rebatel, foi ferido a pauladas. Parece que estes golpes lhe foram dirigidos no momento em que, estando ocupado com outro detento cego pela ação de granadas lacrimogênicas, não impôs nenhuma resistência aos membros do serviço de disciplina". Há ato culposo cometido por este serviço.
- (132) C.E., 5 de dezembro de 1969, Commune de Surville (pré-citado, esta revista, 1970, 1248); C.E., 18 de janeiro de 1974, sieur Millet (pré-citado, esta revista, 1974, 1859) no caso, não se tratava de combate ao incêndio, mas de uma operação de salvamento dirigida pelos bombeiros. O juiz aplica neste caso as mesmas regras que aplicaria no caso de combate ao incêndio.
- (133) C.E., 21 de fevereiro de 1964, La Paternelle et Ville de Watrelot (pré-citado). C.E., 27 de fevereiro de 1970, Ville de Lannion (pré-citado).
- (134) Cf. supra, n.º 13.
- (135) C.E., 19 de dezembro de 1973, époux Le Fers (esta revista, 1974, 1855).
- (136) C.E., 6 de julho de 1934, Paillet (Rec., 789).
- (137) C.E., 7 de janeiro de 1970, Ville de Paris c. Dame veuve Sandot (A.J.D.A., 1970, 255).
- (138) C.E., 31 de março de 1971, Dame veuve Petit (Rec. 264; esta revista, 1972, 495).
- (139) C.E., 13 de outubro de 1971, Maubec (esta revista, 1972, 1571).
- (140) C.E., 17 de janeiro de 1964, Sieur Moreau (A.J.D.A., 1964, 577 nota J. Moreau).
- (141) T.A. Clermont-Ferrand, 2 de abril de 1957, Centre hospitalier de Clermont-Ferrand (A.J.D.A., 1957, II, 266).
- (142) C.E., 18 de maio de 1971, Centre Hospitalier Régional de Besançon (Rec., 372; esta revista, 1972, 494); o erro de diagnóstico não constitui uma culpa grave se esta foi estabelecida logo após exames completos feitos com muita seriedade".
- (143) C.E., 18 de novembro de 1966, sieur Cojat (Rec., 613). Ver igualmente C.E., 22 de novembro de 1967, Ciabrin (Rec., 439, esta revista, 1968, 695); o requerente, em seguida a um acidente de trânsito, sofre uma intervenção cirúrgica em que lhe suturam um profundo corte sem que fragmentos de vidro, que aí haviam se alojado, fossem descobertos e extraídos. Entretanto, a radiografia feita no dia seguinte mostrava, ao nível do maxilar superior, uma imagem opaca, interpretada como uma prótese dentária, de maneira que, durante os dois dias que se seguiram, o senhor Ciabrin foi examinado, pelo menos duas vezes por um especialista de otorrinolaringologia, "sem que este constatasse a existência do aparelho dentário suposto, ainda que estivesse capacitado para fazê-lo, se necessário, após ter interrogado o paciente, que estava lúcido. Os destroços do vidro foram extraídos por um outro médico após o paciente ter saído do hospital. A culpa grave resulta do erro de diagnóstico provocado pela ausência de exames acurados destinados a verificar as hipóteses sugeridas pela radiografia.
- (144) C.E., 9 de janeiro de 1970, Carteron (Rec., 171 e Époux Pagés (esta revista, 1970, 1250); "... que ao escolher o método ortopédico para tratar o membro fraturado e ao perseverar neste meio durante 64 dias, o cirurgião adotou uma terapêutica clássica e não cometeu nenhum ato culposo grave único de natureza a vincular a responsabilidade do hospital..." Ver também C.E., 30 de outubro de 1974, Compagnie d'Assurances "La Concorde" (A.J.D.A., 1975, 257).
- (145) C.E., 15 de março de 1974, Centre psychiatrique Sainte-Anne (Rec., 190; esta revista, 1974, 1852).
- (146) A contrário: C.E., 12 de junho de 1970, Dame Nercam (Rec., 406); "... a responsabilidade do hospital não profere ser vinculada, contrariamente ao que sustentava a senhora Nercam, que o interessado não foi avisado das consequências do tratamento, desde que resulta do relatório de avaliação que este tratamento normalmente não comporta perigo e que os resultados, como estes que foram constatados, neste caso, são excepcionais".
- (147) Cf. supra, n.º 13.
- (148) C.E., 30 de outubro de 1974, Époux Tazé (Rec., 526; A.J.D.A., 1975, 258).
- (149) C.E., 6 de fevereiro de 1974, Gomez (esta revista, 1974, 1853).
- (150) C.E., 1.º de março de 1974, Centre hospitalier d'Avignon (Rec., 162 esta revista, 1974, 1853) o médico empregou, para reduzir uma fratura, um método clássico. Não há falta na prescrição do tratamento. Porém, este meio é suscetível de provocar certos danos previsíveis. Uma vigilância médica rigorosa era, portanto, necessária. Ela não foi assegurada, houve, portanto, culpa grave.
- (151) C.E., 9 de janeiro de 1970, sieur Drie (esta revista, 1970, 1250) C.E., 23 de março de 1973, Caisse Primaire d'Assurance Maladie des Bouches-du-Rhône (esta revista, 1973, 1971).
- (152) C.E., 8 de dezembro de 1972, Assistance Publique de Paris c. Époux Zouari (esta revista, 1973, 1789) "o fato de o cirurgião não ter feito, logo após a cesariana, uma intubação destinada a evitar vômitos, constituiu, mesmo levando em conta as informações fornecidas à Senhora Zouari sobre seu estado de jejum", uma culpa grave.
- (153) C.E., 12 de dezembro de 1971, sieur Alips (esta revista, 1972, 1572).
- (154) C.E., 9 de janeiro de 1957, Assistance publique de Marseille (Rec., 22, A.J.D.A., 1957, II, 76, nota Coulet e 188, Crônica Fournier e Braibant); C.E., 13 de outubro de 1965, Impagiazio (rec., sum. 1053).

PENHORABILIDADE DOS BENS DE SÓCIOS DE SOCIEDADES IRREGULARMENTE DISSOLVIDAS

RUY PORTANOVA
Juiz de Direito em Porto Alegre — RS

La loi n'est pas le droit (Gény).

A QUESTÃO

Está-se diante de um fato que a cada dia se repete mais freqüentemente. As sociedades limitadas dissolvem-se faticamente (sem registro na Junta Comercial) e seus credores ficam sistematicamente impotentes de haverem seus créditos. Isso porque, integralizada a cota social, se decide que os bens dos sócios são inalcançáveis para penhora. Este boom já foi detectado no acórdão constante à p. 179 do vol. 39, da Jurisprudência Brasileira: *'Este tem sido, aliás, o procedimento adotado por inúmeras firmas, com o propósito de fraudarem não apenas seus credores comuns, mas principalmente o fisco, já que a regular dissolução (e conseqüente liquidação) de uma sociedade implica necessariamente a obtenção de certidões de quitação fiscal e isso é evitado porque afeta o rateio dos lucros entre os sócios (sublinhei).*

O posicionamento jurisprudencial diante de tal conduta não é uniforme. Assim, é exemplo de decisões negando a possibilidade de penhora nos bens dos sócios a seguinte do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul: **'EMBARGOS DE TERCEIRO. SOCIEDADE POR COTAS. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO.** O sócio em sociedade por responsabilidade limitada não pode ter seus bens particulares atingidos em execução movida contra a empresa, uma vez que o débito não teve origem e nem está diretamente ligado a um ato dele, praticado com excesso de mandato, com infração da lei, contrato ou estatuto social' (Julgados do TARGS, 38/421).

No STF há decisão no mesmo sentido na RTJ, 85/945. Outras decisões conhecidas: Jurisprudência Brasileira, 39/32, 137, 174 (2 vezes), 249, 287, 292 e 312. No sentido de permitir a penhora, encontra-se no nosso Tribunal de Alçada a decisão contida na Julgados do TARGS, 35/287: *'Dissolução irregular de sociedade limitada. Efeito quanto aos sócios. Dissolução irregular de sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Se o sócio se despediu sem dissolução devidamente formalizada pelo levantamento do balanço, liquidação dos débitos, apuração dos haveres e arquivamento na Junta Comercial do instrumento necessário, a sociedade passa à condição de irregular e, como tal, os sócios são solidária, pessoal e ilimitadamente obrigados com terceiros'.*

No STF refere-se o Recurso Extraordinário nº 96.607-2 (sem publicação conhecida a não ser no processo). Diz, referindo-se a crédito fiscal: *'A execução fiscal pode incidir contra o devedor ou contra o responsável tributário'.* Outras decisões conhecidas neste sentido: Jurisprudência Brasileira, 39/117, 179.

SOCIEDADE REGULAR

Como se vê, as decisões que inviabilizam a penhora sobre os bens dos sócios fundam-se na primeira parte do art. 10 do Decreto nº 3.708/19 que diz: *'Os sócios-gerentes ou que derem nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade...'*

Portanto, havendo excesso de mandato e/ou violação de lei ou contrato, a norma incidente já não é aquela referida primeiramente. Incide a continuação do dispositivo. Logo, tratar-se-á a responsabilidade dos sócios nos mesmos efeitos e termos como se tratam as sociedades de fato ou irregulares.

Com efeito, o princípio da personalidade da pessoa jurídica é fator típico das sociedades comerciais. Há, contudo, detalhe importante a ser considerado. O art. 10 tem aplicabilidade no trato das sociedades regulares. Inexistente infração à lei ou ao pacto societário, a sociedade é regular e incide esta parte do dispositivo legal. Convém, inobstante, atentar-se para a continuação do dispositivo: *'...mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados em violação do contrato ou da lei'.*

- (154 bis) C.E., 12 de janeiro de 1953, Administration Générale de l'Assistance Publique de Paris (Rec., 283): "... que na ausência, não constatada pela administração requerente, de qualquer dificuldade particular ou de qualquer circunstância excepcional suscetível de desculpar, tal esquecimento constituiu, de parte do praticante, uma culpa grave".
- (155) V.G. Liet-Veaux (nota R.A., 1957, 252): "... a culpa pessoal de um médico de hospital é uma verdadeira hipótese de aprendizagem. Somente podemos considerá-la nos casos de crimes contra a humanidade, vizinhos da antropofagia".
- (156) T.C., 25 de março de 1957, Chilloux et Isaac Sîmiane (Rec., 816 S. 1957, J. 196, concl. Chardeau).
- (157) C.E., Ass., 7 de março de 1958, Dejous (esta revista, 1958, 1087, concl. Jouvin).
- (158) C.E., Ass., 7 de março de 1958, Dejous (pré-citado). V.A. de Laubadère, op. cit., n.º 1329 e as sentenças citadas e R. Savatier, Responsabilité de l'État dans les accidents de vaccination obligatoire reconnues irréparables (Mélanges Waline, 1974, t. 2, p. 751).
- (159) C.E., 10 de novembro 1967, Augusto (rec., 423): vacinação realizada por creches de Nice; 3 de maio da 1974, Époux Derrebi (Rec., 266): vacinação no centro de reabilitação motiz de Fontainebleau.
- (159) Sobre este assunto verificar A. de Laubadère: crônica A.J.D.A., 1975, 303.
- (161) C.E., Sec. 26 de junho de 1959 (pré-citado)
- (162) C.E., 2 de novembro de 1955, Rustat (Rec., 801): para o juiz, as condições nas quais se realizou uma injeção constituem culpas. Não há verdadeiramente presunção de culpa. C.E., 9 de janeiro de 1957, Hospices civils de Biois (Rec., 23): "... que resulte da instrução e, principalmente, do relatório do médico especialista... que a paralisia que atingiu o braço direito de Coussault após uma intervenção cirúrgica... é imputável a um ato culposo cometido na organização e funcionamento do serviço. A culpa foi estabelecida por exame de peritos, não houve presunção.
- (164) Conclusões pré-citadas
- (165) C.E., 12 de novembro de 1969, Fergani (pré-citado)
- (166) C.E., 23 de fevereiro de 1962, Meier (Rec., 122) "...tratando-se de uma intervenção costumeira e de caráter benigno (injeção intra-venosa) os distúrbios acima mencionados (paralisia do braço) podem ser considerados relevantes mediante um ato culposo cometido na organização ou no funcionamento do serviço".
- (167) C.E., 25 de janeiro de 1974, Centre Hospitalier Sainte-Marthe d'Avignon: "... não foi estabelecida e não procede da instrução que as precauções de isolamento tomadas pelo pessoal do hospital na ocasião dos curativos foram insuficientes" (Rec., 64; A.J.D.A., 1974; 220, crônica Franc e Boyon; D.S., 1975, 86, nota Duprait; J.C.P., II, 18012, nota Debene)
- (168) C.E., 23 de março de 1973, Caïsse primaire d'Assurance Maladie des Bouches-du-Rhône c. Dame Ponel (esta Revista, 1973, 1971).
- (169) J. M. Auby, La Responsabilité des services publics de lutte contre l'incendie (D., 1967, crôn. p. 97)
- (170) Auby, *ibid.*, p. 99.
- (171) C.E., 21 de fevereiro de 1964, Compagnie d'Assurances La Paternelle et Ville de Watrelot (pré-citado).
- (172) C.E., 2 de março de 1962, Commune de Rouquefort-sur-Garonne et Compagnie d'Assurances, "l'Union et le Phénix Espagnol" (Rec., sum. 910).
- (173) C.E., 19 de março de 1965, sieur Fouer (Rec., 183)
- (174) C.E., 7 de outubro de 1966, Société Agricole d'Oyré (Rec., 532).
- (175) C.E., 9 de março de 1973, Commune de La Souterraine (Rec., 204).

N.T.¹ Bandas de pare-feu — espaço sem vegetação destinado a evitar a propagação de incêndios.
N.T.² Centre Agrée — Entidade associada à Previdência Social.

SOCIEDADE IRREGULAR

Conceitua De Plácido e Silva em seu Vocabulário Jurídico: 'SOCIEDADE IRREGULAR. É a sociedade que está funcionando em transgressão às leis, ou sem preencher as formalidades estabelecidas em lei. As sociedades de fato, em princípio, são sociedades irregulares, tendo uma existência desconforme à lei'.

Depois especifica: 'As sociedades irregulares tanto podem surgir, originariamente, como sociedades que não receberam o batismo legal, como podem resultar de sociedades originalmente legais que deixaram de atender a exigências legais, transformando-se em sociedade de fato (sublinhei). Assim, mesmo as sociedades regulares, ou legais, podem transformar-se em sociedades irregulares. É sanção, por exemplo, que se impõe às sociedades que se mantêm em funcionamento, depois que expira o prazo de seu contrato sem que promovam a respectiva renovação, ou as que deixaram de o prorrogar, oportunamente'.

VIOLAÇÃO

Como se lê do art. 338 do Cód. Com., o registro do distrato é de rigor: 'O distrato da sociedade, ou seja voluntário, ou seja judicial, deve ser inserto no registro do comércio, e publicado nos periódicos do domicílio social, ou no mais próximo que houver, e na falta deste por anúncio afixado nos lugares públicos, pena de subsistir a responsabilidade de todos os sócios a respeito de quaisquer obrigações que algum deles possa contrair com terceiro em nome da sociedade' (sublinhei).

Adotado o princípio de registro dos atos societários em Juntas Comerciais, é do sistema a indispensabilidade destes atos e a segurança de terceiros. A partir do registro que se encontra a confiança para negociação com as pessoas jurídicas. Por isto, fundamental o registro.

'A ser diferente, o fisco, os credores e público em geral ficariam sem qualquer tutela e a Junta Comercial transformar-se-ia numa pura inutilidade' (Julgados do TARGS, 35/287). Dissolver regularmente a sociedade é obrigação do sócio. O proceder correto do sócio em caso de insolvência é em contrato no Recurso nº 50.946 do TFR: 'Cumprida ao embargante, verificada a insolvência da empresa que é gerente, promover sua dissolução pelos meios regulares, requerendo sua própria falência ou então pedindo concordata. Em realidade não fez, foi omissivo, administrou mal, infringindo a lei e o contrato social da empresa' (Recurso nº 50.946 do TFR).

Agrega-se lição de Valdemar Ferreira que ensina ser obrigação do sócio 'observar, cumprir e fazer executar os dispositivos do contrato ou estatutos, lei da sociedade' (Tratado, 3/152). Neste caso incide também o art. 16 do Decreto nº 3.708/19: 'As deliberações dos sócios, quando infringentes do contrato social ou da lei, dão responsabilidade ilimitada àqueles que expressamente hajam ajustado tais deliberações contra os preceitos contratuais e legais'.

Com isto, viável a responsabilidade pessoal e ilimitada do sócio, como ensina o Rubem Requião: 'Ultrapassando os preceitos de legalidade, praticando atos como sócio, contrários à lei ou ao contrato, tornam-se pessoal e ilimitadamente responsáveis pelas conseqüências de tais atos'.

Aliás, o ensinamento do mestre embasou a decisão contida na Jurisprudência Brasileira, 39/317 no seguinte sentido: 'Esse direito do sócio em ver intangíveis os seus bens em face das obrigações da sociedade, não é absoluto, todavia. Há casos em que fraudes e abusos de direito são cometidos precisamente através da personalidade jurídica que a sociedade apresenta, ficando impunes de sanções os seus componentes. Por isso é que a doutrina vem pacientemente formulando princípios, que de tempos para cá se cristalizaram na teoria do 'superamento da personalidade jurídica', segundo o qual desconsiderada essa personalidade em termos de serem então responsabilizados os seus integrantes que praticaram aqueles abusos'.

O acórdão refere a chamada 'Disregard Doctrine' que será vista a seguir e que mereceu atenção da Comissão Revisora do CC, inspirando o art. 49 do anteprojeto.

'DISREGARD DOCTRINE'

Inviável ser-se mais preciso, mais profundo, enfim, mais inteligente na explanação do tema que Rubem Requião. Impõe-se por isto remeter o leitor ao 410/12 e segs. da RT. De qualquer forma se esboça tentativa de resenha. O artigo refere doutrina e jurisprudência italiana, norte-americana e alemã que, com fundamento no abuso de direito e fraude, desconsideram o princípio de personalidade jurídica, chegando à conclusão de que: 'Podem os Tribunais chegar a prescindir ou superar a forma externa da pessoa jurídica, para, penetrando através dela, alcançar as pessoas e bens que debaixo de seu véu se cobrem'.

A doutrina não visa a anular a personalidade jurídica, 'mas desconsiderá-la, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem'. Conclui pela natural aplicabilidade no sistema brasileiro, eis que fundada no abuso de direito, 'tanto nos Estados Unidos, na Alemanha ou no Brasil é justo perguntar se o Juiz, deparando-se com tais problemas, deve fechar os olhos ante o fato de que a pessoa jurídica é utilizada para fins contrários ao direito, ou se em semelhante hipótese deve prescindir da posição formal da personalidade jurídica e equiparar o sócio e a sociedade para evitar manobras fraudulentas'. Por conclusão, não parece faltar amparo da doutrina da superação da personalidade jurídica à questão que tão freqüentemente vem ocorrendo e é objeto do presente estudo.

FORMA

Existe, contudo, ainda, uma derradeira controvérsia. É no que pertine à forma como se acionar os sócios. O que mais vem ocorrendo é frustração da execução por falta de bens da sociedade e a conseqüente certidão e o reconhecimento de dissolução irregular da sociedade. Ocorre que doutrina de Theodoro Júnior desautoriza imediata ação contra os sócios. Referindo-se à execução fiscal, leciona: 'A Fazenda Pública, para executar pessoalmente o mesmo sócio pela dívida inscrita apenas contra a pessoa jurídica, deverá primeiro obter a declaração eficaz da responsabilidade individual daquele' (in Processo de Execução).

Em suma, não se poderia usar o processo de execução já instaurado contra a sociedade. O STF, no RE nº 96.607-2 já referido, afastou esta dificuldade. A ementa, após autorizar a execução contra o sócio, refere: 'Não sendo necessário que conste o nome deste na certidão da dívida ativa'. No corpo do acórdão é referida lição de Alcides de Mendonça Lima de 'modalidade incomum de substituição processual que Carnelutti classifica de substancial, pois o substituto não se limita a estar em juízo, na defesa de direito alheio, mas ele é atingido, no seu próprio patrimônio, pelos feitos da execução'.

O embargo formal parece melhor resolvido pelo STF. Como foi dito, está-se diante de uma infração da lei e do contrato praticada pelo sócio quando faz desaparecer a sociedade sem sua prévia dissolução legal e sem o pagamento das dívidas. Ora, a responsabilidade do sócio em caso de infração à lei, à vista dos arts. 10 e 16 do Decreto nº 3.708/19, é 'solidária' e 'ilimitadamente'. Logo, viável, à vista de ilegalidade reconhecida de plano, que responda imediatamente."

EM RESUMO

A falta de registro da dissolução da sociedade comercial é infração à lei. Mais propriamente ao art. 338 do Cód. Com. Diante deste fato, incide a segunda parte do art. 10 c/c. o art. 16 do Decreto nº 3.708/19. Portanto, os sócios são solidária e ilimitadamente responsáveis pelos haveres da sociedade irregularmente dissolvida.

BENS PÚBLICOS. DISPENSABILIDADE DO REGISTRO IMOBILIÁRIO

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

TEMÁRIO: TEMA IV — BENS PÚBLICOS

ITEM 1 — DIREITO PRIVADO E DIREITO PÚBLICO NO REGIME DOS BENS PÚBLICOS

I — APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

Algumas dificuldades se apresentam para a Administração Pública com relação ao seu patrimônio imobiliário não transcrito no registro de imóveis, tombados, ou não, no seu serviço de patrimônio.

São exemplos as inúmeras ações de usucapião intentadas por particulares, objetivando a declaração de domínio sobre as terras devolutas e as ilhas.

Outros problemas se colocam com a delimitação de terrenos públicos confrontantes com terrenos de particulares.

Parte dessas dificuldades decorrem da pouca ampla credibilidade nos registros internos da Administração Pública relativos a seus bens e algumas restrições quanto a sua eficácia para elidir as tentativas de apropriações por particulares.

O tombamento dos imóveis públicos no âmbito da Administração Pública, mais especificamente no seu serviço de patrimônio, apesar das formalidades de que se reveste, tem sido colocado em dúvida, quanto à declaração de domínio e sua prova.

A própria regulamentação administrativa tem se mostrado vacilante a respeito da matéria, ora posicionando-se pela necessidade do registro imobiliário, mediante transcrição dos títulos expedidos pelo Estado e as certidões dos termos lavrados nas repartições públicas (artigo 5º do Decreto nº 19.924, de 27 de abril de 1931; ver, a propósito o Parecer nº 4.674/81-PGE, do Procurador do Estado NEY SÁ), ora dispensando a intervenção do cartório do registro imobiliário na constituição do direito real de enfiteuse sobre bens imóveis da União com a simples lavratura do contrato enfiteutico no livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (S.P.U.) (Conforme artigo 109 do Decreto-lei nº 9.760, de 05 de setembro de 1946).

II — TERRAS DEVOLUTAS. DOMÍNIO PÚBLICO DECORRENTE DE LEI. DISPENSABILIDADE DO REGISTRO IMOBILIÁRIO

Importante para a compreensão da matéria, que é objeto desta tese, a questão referida neste item em particular é por demais conhecida, razão pela qual cingimo-nos a relembrar algumas referências doutrinárias e jurisprudenciais pertinentes, para desenvolver, após, as demais questões.

De início, é interessante referir o conceito de terras devolutas que é dado por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *in verbis*:

"Conceito de terras devolutas pode ser ainda o da Lei de Terras de 1850: as que, incluídas no domínio público, não receberam qualquer uso público nacional, estadual ou municipal. São, portanto, bens públicos dominicais, inafetados". (in Curso de Direito Administrativo, 3ª ed. Rio de Janeiro-São Paulo, Ed. Forense, 1976, p. 268).

Domínio público, *ex vi legis*, que é dispensado do registro imobiliário.

A transcrição no registro imobiliário destina-se às terras particulares. Dita transcrição, na lição de CLÓVIS BEVILAQUA, citado por RUY CIRNE LIMA, é o modo de transferir a propriedade no âmbito do direito privado, em termos:

"O Código Civil — ainda é Bevilaqua quem escreve — deu à transcrição o caráter de modo de adquirir, a ele sujeitando os títulos translativos da propriedade imóvel.

Essa regra, porém, aplica-se aos atos jurídicos, que se desenvolvem na esfera do direito privado". (in Revista dos Tribunais, t. 71. São Paulo, 1930, p. 16 apud RUY CIRNE LIMA in Origens e Aspectos do Regime das Terras no Brasil (Estudo), 1933, p. 105) (grifou-se).

Nota: Ver art. 531 do Código Civil Brasileiro, a respeito do registro dos títulos translativos da propriedade de imóvel, o que pressupõe a derivação da aquisição, fato que não ocorre com os bens originalmente públicos.

Tese apresentada no III Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado em Canela (RS), de 06 a 11 de setembro de 1981.

Assim também o Acórdão da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível nº 100.859, relatado pelo Desembargador HENRIQUE AUGUSTO MACHADO, cuja ementa é a que segue:

"BENS PÚBLICOS — Terras do Estado destinadas a reserva florestal — Domínio derivado fundado em leis — Desnecessidade do registro imobiliário — Dispensa das formalidades referentes aos títulos dominiais particulares". (in Revista dos Tribunais, Vol. 307, maio de 1961, p. 307).

A própria Justificativa nº 4.024/54 de autoria do Deputado HERBERT LEVY, que resultou na Lei Federal nº 3.081, de 22 de setembro de 1956, a qual regulava a ação judicial de discriminação de terras devolutas, hoje revogada pela Lei Federal nº 6.383, de 07 de dezembro de 1976, mas cujos fundamentos permanecem os mesmos, confirma esse raciocínio.

Senão vejamos:

Diz a sobredita Justificativa:

"(...) as terras públicas, em geral, se apuram por exclusão das que devem ser consideradas particulares e não se pode exigir documento ao poder público, para a prova do seu domínio, por exclusão das áreas ocupadas, juridicamente por título hábil, devidamente filiado, nos termos do direito vigente." (conforme JACY DE ASSIS in Processo de Procedimento Edital, p. 196, apud MESSIAS JUNQUEIRA. O Instituto Brasileiro das Terras Devolutas. São Paulo, Edições Leal, 1976, p. 112-13).

No mesmo sentido o voto do então Ministro EVANDRO LINS E SILVA, como Relator no Acórdão do Supremo Tribunal Federal, a propósito do Recurso Extraordinário nº 51.290-GO (in Revista de Direito Administrativo, Vol. 97. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, jul/set. 1969, p. 175), indicando a orientação jurisprudencial a respeito da dispensabilidade de "documento" para a prova de domínio pelo poder público.

Ainda no sobredito Acórdão o então Ministro ALIOMAR BALEEIRO, acompanhando o voto do Relator, pondera o seguinte:

"(...) os Estados, como sucessores da Nação brasileira, e a Nação brasileira, como sucessora do patrimônio pessoal do Rei de Portugal, não necessitam trazer nenhum título (...) O Estado de Goiás não precisa provar nada. A presunção é que a terra é dele. O particular é que tem de provar, por uma cadeia sucessória, que as terras foram desmembradas do patrimônio público. Não há nenhuma dúvida a respeito disso."

O mesmo ALIOMAR BALEEIRO, desta feita como Relator no Acórdão do Supremo, proferido na Ação Cível Originária nº 132, reforça o mesmo entendimento, quando diz que o domínio da União independe de prova, é "pleno jure" e que o particular é que terá o ônus de provar que sua área foi desmembrada legitimamente do patrimônio público em algum tempo por um título idôneo ou por alguma das formas de aquisição toleradas pelo Decreto-lei nº 9.760/46 (in Revista de Direito Administrativo, Vol. 117, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, jul/set. 1974, p. 232).

A definição das terras devolutas por exclusão é decorrência da própria lei. *"O poder público tem na lei — segundo MESSIAS JUNQUEIRA — o seu título de domínio sobre as terras devolutas". (grifou-se) (ob. cit., p. 115).*

Bastante incisivo o ex-Desembargador HERMANN HOMEM DE CARVALHO ROENICK, como Relator no Acórdão sobre os Embargos Infringentes nº 17.317, do 2º Grupo de Câmaras Cíveis — São José do Ouro, diz que:

"A titularidade do Estado é ex vi legis; não precisa o Estado de título dominial expedido por alguma repartição e registrado. Basta que se constate a situação fática de terra devoluta, para que o Estado seja o titular de domínio (CF artigo 5º)." (in Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nº 52, 1975, p. 140).

Seguindo a orientação do Relator, no mesmo Acórdão, o Desembargador PERI RODRIGUES CONDESSA complementa:

"(...) o título do Estado deriva, no caso, da lei, por força da qual as terras se consideram como devolutas se não se prova que foram por qualquer modo adquiridas."

Merece menção, nesse passo, a referência feita pelo Doutor DÉCIO ANTÔNIO ERPEN, juiz titular da Vara dos Registros Públicos, em Porto Alegre, citando, inclusive, o magistrado de HELY LOPES MEIRELLES, na sentença proferida nos autos 9606/1116, em 13 de março de 1979, a saber:

"HELY LOPES MEIRELLES ensina que "o direito patrimonial do Estado sobre seus bens é direito de propriedade, mas direito de propriedade pública, sujeito a um regime administrativo especial", aditando que algumas regras se lhe são aplicadas, mas em caráter supletivo. Mas esclarece que: "(...) as normas civis não regem o domínio público; suprem apenas as omissões das leis administrativas." (Direito Administrativo Brasileiro,

3ª edição, pág. 463-464). Assim, os requisitos constantes da Lei dos Registros Públicos não devem ter o caráter cogente à Administração Pública, quando trata de seu patrimônio."

O que existe em termos de jurisprudência com relação a terras devolutas é uma corrente orientada no sentido de que a inexistência de título transcrito no registro imobiliário não gera, por si só, presunção de domínio pelo Estado como terras devolutas. (cfe. RE 75.459-SP, STF-1ª T, RTJ, vol. 65, set. 1973, pág. 856; RE 84.865-SP, STF-2ª T, DJU, 31 de dezembro de 1976, pág. 11.241; RE 86.234-MG, STF-2ª T, DJU, 31 de dezembro de 1976, pág. 11.244). Assim, caberia ao Estado o ônus da prova de que não existe o domínio de particular sobre as terras tidas como devolutas, e desta forma poderá proceder o Estado, mesmo havendo título transcrito em nome de particular, quando julgue ser devoluta a terra e comprove não ser verdadeiro o domínio constante do título transcrito, solicitando o cancelamento do mesmo.

Dita orientação jurisprudencial, todavia, não é uniforme, nem prevalente.

Por outro lado, em não se tratando de terras devolutas o domínio do Estado sobre imóveis adquiridos de particulares deve ser provado na forma por ele mesmo introduzida, qual seja a do registro imobiliário.

O Estado subordina-se ao regramento privado nas suas relações com os particulares (v.g. contrato de locação de imóvel pertencente a particular).

Esta é, na lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, uma característica de grande relevo do Estado de Direito, "no qual também o Poder Público submete-se à ordem jurídica que instituiu" (in Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973, pág. 62).

A potestade administrativa cinge-se aos limites dos permissivos legais, não podendo ultrapassá-los.

III — EFICÁCIA DO TOMBO PARA A INCORPORAÇÃO DE IMÓVEIS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Diferentemente das declarações de vontade emanadas de particulares, no que se refere à incorporação de bens imóveis ao seu patrimônio, que não pode prescindir do registro imobiliário do respectivo título translativo do domínio (artigos 530 a 535 do Código Civil Brasileiro), dependente, pois, da intervenção notarial, a incorporação dos bens imóveis ao patrimônio público ocorre mediante declaração da autoridade, no chamado Livro Tombo, com relação aos bens públicos legalmente definidos (artigos 65 e 66 do Código Civil Brasileiro; e artigos 4º e 5º da Constituição Federal). Em serido assim, parece insustentável que haja dupla inscrição, a administrativa e a notarial, mormente porque as origens da dominialidade pública e da privada são diferentes. Por isso, os bens imóveis pertencentes ao domínio público, na sua maioria, não constam do registro imobiliário, a não ser aqueles havidos de particulares.

A mesma fé pública de que se revestem os atos notariais decorre da assinatura, ou manifestação expressa do agente da Administração, nos documentos públicos.

O requisito formal para a integração de bem imóvel ao patrimônio de pessoa jurídica de direito público diverge, portanto, da forma exigida para expressar as manifestações de vontade dos particulares quanto ao patrimônio imobiliário.

No primeiro caso, a expressa manifestação de vontade do agente no âmbito interno da Administração garante a autenticidade de seus atos, enquanto, no segundo, é indispensável a participação notarial.

A autenticidade dos "atos de forma administrativa" igual a dos atos notariais já foi sinalada por GASTON JÉZE, a propósito da forma dos contratos da Administração (in Principios Generales del Derecho Administrativo, Vol. IV. Buenos Aires, Depalma, 1950, p. 154-5).

A referência é válida, embora sendo dispensável no sistema francês o registro imobiliário para a transação da propriedade imóvel, já que a forma notarial é exigida nos contratos de venda e outras formas de alienação entre particulares.

No sistema jurídico brasileiro, a exigência formal do registro público para a transcrição do título translativo da propriedade constitui-se não-só no meio de dar conhecimento a terceiros da titularidade dos bens imóveis, mas principalmente no "meio de aquisição" da propriedade que não se realiza sem a participação do Estado através do oficial do Cartório.

Todavia, mesmo revestido de fé pública o registro admite prova em contrário, já que a presunção de veracidade ou legitimidade dele extraída é *juris tantum*.

Assim também, no âmbito do Direito Público o tomo, dotado da mesma fé pública, pode ser contrariado mediante prova idônea. A presunção é *juris tantum* também nesse caso.

O argumento de que o agente notarial estaria transcrevendo, para efeitos de transação de domínio, bens de terceiros, enquanto o agente da Administração registraria os próprios do Estado não pode ser levado em conta pelas seguintes razões:

1º) O agente notarial registra bens privados inclusive os seus próprios, enquanto o agente da Administração registra bens públicos pertencentes a toda coletividade. Não seria uma auto-atribuição, mas uma atribuição em nome de todos;

2º) Para o desempenho do serviço cartorário, como sendo um serviço público, é o Estado que atribui fé pública e presunção de idoneidade, da mesma forma como atribui tais qualidades ao agente da Administração encarregado do tomo no serviço de patrimônio;

3º) O agente da Administração está sujeito à impugnação de seus atos, por erro ou fraude, da mesma forma que o está o agente cartorário através da ação de retificação ou anulação de registro, já que a presunção é *juris tantum*.

De qualquer forma, o tomo no Serviço de Patrimônio não é ato constitutivo da propriedade, mas meramente declaratório, eis que a propriedade preexiste conforme especificação legal.

IV — CRÉDITO FISCAL — LANÇAMENTO UNILATERAL-PRESUNÇÃO DE VERACIDADE

A Certidão da dívida ativa, que se constitui no título executivo fiscal, resulta de uma declaração unilateral de parte do fisco, com relação à dívida do sujeito passivo, através do ato de inscrição.

Tal ato, nos termos do artigo 204 do Código Tributário Nacional, goza da presunção, embora relativa (parágrafo único), de certeza e liquidez, estando, pois, a ressonância do referido ato legalmente prevista.

É o que se chama de autolancamento do crédito fiscal.

De maneira diversa do que ocorre com os créditos fiscais, os quais são declarados unilateralmente pelo fisco, a certeza e liquidez dos demais créditos decorrem de atos bilaterais, quer aqueles concretizados em títulos cambiais com referência ao negócio subjacente, quer em títulos judiciais.

Através do lançamento fiscal atribui-se à Administração Pública o poder de declarar por si própria a existência do crédito fiscal, torná-lo exigível e cobrá-lo até forçadamente através da execução fiscal, sem que ninguém ponha dúvida em tal conduta.

Assim também na declaração de rendimentos para efeito da incidência do imposto de renda da pessoa física ou jurídica, a presunção é de veracidade das informações prestadas pelo contribuinte, que vão resultar na quantia a ser paga a título de tributo.

Em ambos os casos pode haver contrariedade. No primeiro caso, através dos embargos do devedor e, no segundo, pela glosa da declaração.

V — CONCLUSÕES APONTADAS

O registro imobiliário deve ser dispensado com relação aos próprios da Administração Pública.

O Estado só vai necessitar do registro imobiliário no momento de transferir o imóvel a particulares. Neste caso a matrícula será feita com base no tomo administrativo e a transferência de domínio far-se-á por qualquer das formas de alienação previstas na legislação própria (compra-e-venda, doação, permuta, etc.).

Nenhuma dificuldade ocorrerá com pertinência aos bens imóveis havidos de particulares, que já se vincularam ao sistema cartorário.

A intervenção notarial, então, se tornará necessária, porque, daí por diante, as relações pertinentes ao imóvel alienado ficarão adstritas ao domínio privado, envolvendo tão-só a particulares.

Em suma, a proposta é no sentido de se reconhecer a mais ampla eficácia ao tomo realizado pela Administração Pública, com relação aos bens imóveis do seu patrimônio, dispensado o registro imobiliário para a prova do domínio público, que é legal, e revestido da mesma presunção de veracidade, ou fé pública, que é atribuída ao registro imobiliário.

À consideração dos Senhores e das Senhoras Congressistas.

PORTO ALEGRE, 30 de julho de 1981.

RESUMO DA TESE

Por diversas vezes, o tombo no serviço de patrimônio da Administração Pública, com relação aos bens imóveis incorporados ao domínio público, independente do registro imobiliário, que é próprio dos bens pertencentes ao domínio privado, tem sido insuficiente para elidir provocações de particulares ao Judiciário, tentando a apropriação indevida de bens públicos, através de ações de usucapião de terras devolutas, ou de ilhas, e demarcatórias, visando a estender limites de terras particulares sobre terras públicas confrontantes não exatamente delimitadas.

A desigual credibilidade do tombo administrativo em comparação com o registro imobiliário, quando ambos são dotados da mesma fé pública, ou presunção de veracidade, tem dificultado a ação do agente autorizado para efetuar o tombo.

A autenticidade de legitimidade da assinatura ou manifestação expressa do agente administrativo que efetue o tombo é exatamente igual a do agente notarial.

Ambos os registros estão sujeitos a impugnações de particulares, tendo em vista que a presunção é *juris tantum*.

O registro imobiliário, no nosso entender, dispensável para os bens públicos, será necessário apenas no momento da eventual transferência de domínio a particulares.

A proposta da tese é no sentido de se reconhecer a eficácia do tombo para a incorporação de imóveis ao patrimônio público.

PARECERES

DIREITO DE DEFESA

NEY SA

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 5.268

PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR.

Julgamento pelo Conselho Superior de Polícia. Exigência da presença do defensor constituído ou dativo, designado que seja apenas para o julgamento.

Nulidade do julgamento realizado com preterição dessa formalidade.

Vêm ter a este Conselho Superior três processos administrativo-disciplinares emanados do Conselho Superior de Polícia, instaurados, respectivamente, contra C.F.D., F.M. e A.C.M.J., todos servidores policiais, incursos em transgressões disciplinares de natureza vária.

Entretanto, nesses três procedimentos verifica-se a existência de um ponto comum: em todos eles deixaram de estar presentes os respectivos defensores, por ocasião do julgamento realizado pelo Conselho Superior de Polícia, não tendo sido suprida tal ausência pela designação de defensor "ad hoc".

Em um dos processos, onde indiciado o Investigador de Polícia C.F.D., manifestou-se a 2.ª Turma da Equipe de Revisão da Unidade de Processo Administrativo-Disciplinar, desta Procuradoria, pela nulidade do julgamento, usando estas palavras:

Todavia, se certa e indubitosa é a prova, se correta e eficiente foi a defesa até o encerramento da instrução, resta para exame a existência, ou não, de nulidade decorrente da ausência de defensor dativo no ato do julgamento realizado pelo Egrégio Conselho Superior de Polícia. Este, em realidade, o ponto nodal do processo sob exame.

A Lei RS n.º 7.366/80, sob a égide da qual foi desenvolvido o PAD e o parecer do plenário, determina no § 5.º do artigo 119:

'O defensor do acusado será intimado para a sessão de julgamento, quando, querendo, poderá produzir sustentação oral, na forma disposta no Código de Processo Penal.'

Como participante da 2.ª Turma da Equipe de Revisão teve a oportunidade de manifestar posição ou endossar a de colegas no sentido de considerar nulo o julgamento realizado pelo Conselho Superior de Polícia quando, intimado o defensor, não se fazia presente nem era designado outro para atuar "ad hoc". O fulcro de tal posicionamento reside na combinação do disposto na alínea 1, do inciso III, do artigo 564 com o artigo 572, do Código de Processo Penal.

'Art. 564 — A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

'III — por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

'I — a acusação e a defesa na sessão de julgamento.'

'Art. 572 — As nulidades previstas no artigo 564, n.º III, letras d e e, segunda parte, g e h e n.º IV, considerar-se-ão sanadas:

'I — se não forem argüidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior.

'II — se, praticada por outra forma, o ato tiver atingido seu fim;

'III — se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito seus efeitos.

Passo ao exame mais pormenorizado da declaração de nulidade já manifestada, embora sem unanimidade, nesta 2.ª Turma, cuidando de detectar sua procedência, num escrutínio mais aprofundado, tanto para assumir o fato imbuído de melhor certeza, como para ser reverente à atuação do ilustrado Conselho Superior de Polícia, cujos membros, cultos e probos, merecem o dispêndio do tempo maior de estudo que me propus.

Em linha de princípio, cabe verificar se o pronunciamento do Conselho Superior de Polícia é efetivamente um julgamento, como soa na lei estatutária estadual pertinente

aos servidores policiais, compatibilizando-o com os ditames da lei processual federal invocada expressamente.

A leitura atenta do inteiro teor do artigo 119 da Lei RS n.º 7.366/80 deixa à mostra dois posicionamentos advindos da atuação do plenário do CSP, quanto à decisão dos processos administrativo-disciplinares, dicotomizados um no § 2.º e outro no § 3.º, como se transcreve:

§ 2.º — Quando decidir pela absolvição, os autos do processo serão arquivados na Secretaria do Órgão.

§ 3.º — Quando for proposta a aplicação de qualquer das penas previstas nos incisos VI, VII e VIII do artigo 83, o processo, acompanhado da respectiva Resolução, será encaminhado ao Governador do Estado.

Assim, se a manifestação é absolutória há um real e decisivo julgamento, contudo, se a manifestação for pela demissão, demissão a bem do serviço público ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade, então há um opinamento, vez que a atuação decisória caberá ao Chefe do Poder Executivo.

A natureza distinta dos pronunciamentos do CSP induz o intérprete da lei estadual permeada de regras adjetivas federais, a considerar tais pronunciamentos com a rigidez necessária que deflui do Código de Processo Penal em matéria de nulidades, visando a que se faça efetiva e não ilusória a garantia de ampla defesa, consagrada constitucionalmente nos parágrafos 15 e 16 do artigo 153.

Embora a Resolução do CSP que opine pela condenação não seja julgamento em sentido próprio, técnico, sua prolação será o último ato, com participação de defensor, que antecede o possível apenamento que advirá de ato do Governador do Estado, medido, tão-só, do exame, em nível de parecer, à conta da Procuradoria-Geral do Estado. Em assim sendo, é a última oportunidade de manifestação da defesa antes do pronunciamento governamental, por isso a presença do defensor é de rigor para não desguarnecer eventuais direitos do acusado.

Tenha-se presente, na seqüência do raciocínio, que aplicável também é, por força da regra do artigo 116, do Estatuto Policial, o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, que, no que refere ao ponto em exame, dispõe:

Art. 263 — Acarretarão a nulidade do processo:

.....
'c) qualquer restrição à defesa do indiciado;' (Lei RS n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952)

Ausente o defensor inobstante regularmente intimado da data e local do julgamento, para não ferir a Lei Maior se assegure ao acusado ampla defesa; seria imperativo que o Conselho Superior de Polícia designasse um defensor 'ad hoc', nos termos do artigo 265 do CPP, caso não determinasse o adiamento.

Art. 265 — O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, a critério de juiz, sob pena de multa de duzentos cruzeiros a mil cruzeiros.

Parágrafo único — A falta de comparecimento do defensor, ainda que motivada não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo o juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato.

Ao meditar sobre a matéria, tendo em conta a reiteração das ausências de defensores regularmente intimados dos julgamentos do Conselho Superior de Polícia, e que este, ao consignar o fato, ainda assim dá o processo por regular e sem nulidades, incline-me por examinar a situação, desde a garantia constitucional, o Estatuto Policial, as disposições pertinentes do Código de Processo Penal, o Estatuto/RS dito geral (Lei n.º 1.751/52), o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado (publicado no DOE de 14 de janeiro de 1981) e, também, a Lei federal n.º 4.215 de 27 de abril de 1963, que dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e regula o exercício da profissão de advogado.

.....
Deve o acusado estar munido de defensor que autue no julgamento, que, se entender oportuno e necessário, produza sustentação oral, e que exerça a vigilância do ato, pedindo, se for o caso, a palavra pela ordem, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam ou possam influir no julgamento, exatamente na forma da regra encartada no inciso X do artigo 89 do Estatuto da OAB.

Já que a nulidade existe, pela ausência de defensor no julgamento, em razão da potencialidade do prejuízo que prescinde de demonstração, este, exatamente, um dos casos em que, com a máxima vênia, sou levado a apontar a eiva de nulidade. Entendo, trazendo à colação manifestação do eminente Ministro JOÃO LEITÃO DE ABREU no julgamento do Habeas Corpus n.º 56.373-PR, que as normas processuais, notadamente de defesa do acusado, devam ser rigorosamente observadas. Passo a transcrever um lance do mencionado julgamento perante a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, in verbis:

'Permita Vossa Excelência uma última observação. CARULLI, abrindo seu belo livro "La difesa dell'imputato", afirma, registrando uma verdade: a história do processo penal é a história da defesa. Explicito eu: é a história da ampliação da defesa.' (in RTJ, volume 90, p. 915).''

Este parecer foi aprovado pela 2ª Turma da Equipe de Revisão da Unidade de Processo Administrativo-Disciplinar da Procuradoria-Geral do Estado, por maioria, dele tendo divergido a Doutora ANA MARIA FERRUGEM DE OLIVEIRA de cujo voto se destacam as seguintes palavras:

"Nos termos do § 5.º do artigo 119 da Lei n.º 7.366/80, o Defensor do indiciado será intimado para a sessão de julgamento para o fim de produzir, querendo, sustentação oral, na forma do disposto no Código de Processo Penal.

O artigo 116 da Lei n.º 7.366/80, determina que, nos seus casos omissos e naqueles do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, serão aplicados os dispositivos do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado e do CPP.

Segundo o disposto no inciso III, letra "I" do artigo 564 da Lei Adjetiva Penal, ocorrerá a nulidade por falta da acusação e da defesa na sessão de julgamento. Por sua vez, determina o artigo 573 do mesmo Diploma Legal que os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou ratificados.

De efeito vai nulidade no fato do acusado não se ter defendido, quer pela preterição dos prazos concedidos à defesa, ou das formalidades que asseguram no processo penal, a sua legalidade, inclusive no fato resultante da não participação da defesa nos debates por ocasião da sessão de julgamento.

Mas, se para a validade do processo penal, é essencial que se efetive a defesa, penetrada a finalidade prática social dos dispositivos do Código, a questão não tem o mesmo alcance no processo administrativo-disciplinar.

Objetiva o presente processo, por sua natureza, apurar a responsabilidade do funcionário pela prática de ato que importou na quebra do dever do cargo. Essa responsabilidade é disciplinar, não tem o mesmo caráter da responsabilidade penal, pelo que a apuração daquela e dessa última não podem integrar-se em um único ramo procedimental.

Deverão ambos os processos ter tratamento diverso, ainda que em alguns aspectos, inspirem-se ou admitam, mesmo expressamente, a aplicação das regras do outro, conquanto supletivamente.

O fundamento da responsabilidade criminal é a proteção de bens fundamentais do cidadão e da sociedade, ressaltando o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à segurança. Como assinala MÁRIO MAZAGÃO, a propósito:

Muito mais modesto e restrito é o fundamento da responsabilidade disciplinar, que consiste na tutela do bom funcionamento do serviço público e dos fins por ele visados. ('Curso de Direito Administrativo', fls. 225).

Como adverte, no entanto, RIBAS ('Direito Administrativo Brasileiro', pág. 156):

'Conquanto a aplicação do Direito Penal Comum seja da exclusiva competência do Poder Judicial, não se deve privar a Administração Pública da atribuição de reprimir e prevenir pela punição aqueles atos que, embora a consciência da Nação algumas vezes os não qualifique como criminosos, opõem tropeços ao desenvolvimento regular da ação administrativa e prejudicam a causa pública.'

Eis porque escreve GALDINO SIQUEIRA, (Direito Penal Brasileiro — Parte Geral n.º 74, fls. 137).

'Ao lado do Direito Penal Comum encontra lugar o Direito Administrativo Penal, seção ou província do Direito Administrativo, destinada precisamente àquele fim.'

O que compreende essa seção penal do Direito Administrativo?

Ensina RUY CIRNE LIMA ('Princípios de Direito Administrativo', pág. 215):

'O Poder disciplinar exercitado pela Administração Pública, não é de natureza privatística: — é de direito público.

Mas assim é, tão-somente porque o poder disciplinar participa da natureza das atividades a que se opõe. Como forma específica de ação, contudo, não se circunscreve ao direito público, nem ao direito privado (o grifo é nosso). Mais adiante elucidada o autor:

'Ele é menos um instituto jurídico adaptado às categorias do direito, do que uma concomitância necessária de toda formação social.'

Ora, se ao Estado é reconhecido exercitar o poder disciplinar sobre os seus funcionários, também não é menos verdadeiro que esse direito que exerce como Estado que é, não é em essência um poder, tanto que contra as penas disciplinares não se admite o 'habeas corpus', nem o mandado de segurança, salvo para apreciar-lhes a legalidade, porém nem o mérito.

Prossigue CIRNE LIMA (ob. citada, pág. 217):

'Não subsistem, no Direito Administrativo Penal, portanto, os princípios mais característicos do Direito Penal. Subsistem, certo, as noções fundamentais da violação da regra jurídica e da necessidade de reparação do mal assim causado. Mas os princípios de realização dessa restauração da ordem jurídica variam profundamente. Sob a inspiração própria do Direito Administrativo, é que se enunciam as bases práticas do Direito Administrativo Penal. Essa secção do Direito Administrativo não se identifica, desta sorte, com o Direito Penal, nem se reputa ramo desse último; acusa, sem dúvida, algumas as feições dele, que lhe foi origem, mas encontra-se, por outro lado, indissoluvelmente integrada na economia de um outro sistema jurídico, a cuja organização definitivamente pertence e a cujo ritmo evolutivo para sempre obedece.'

Importa distinguir o ato punitivo da Administração, que tem por base o ilícito administrativo, do ato punitivo do Estado que aperia o ilícito criminal. Aquela é medida de auto-tutela da Administração; essa é medida de defesa social.

A punição administrativa disciplinar, endereçada aos servidores públicos e concretizada na ação instaurada contra os seus agentes, não se apóia nem aos princípios de direito público, nem é de natureza privatística. Persegue rito especial.

A apuração da falta disciplinar é indispensável para a legalidade da punição interna da Administração. Deverá essa apurar a falta pelos meios regulares compatíveis com a gravidade da pena a ser imposta, dando-se oportunidade de defesa ao funcionário indiciado.

Sem o atendimento desses dois requisitos, a punição será arbitrária e, como tal, ilegítima e invalidável pelo Judiciário.

Todavia, por não se confundir o direito da Administração de exercitar a disciplina sobre os seus agentes internos com o poder punitivo do Estado, a repressão da Administração é realizada em caráter ordinário interno, abrangendo exclusivamente as infrações administrativas relacionadas com o serviço. Já a punição criminal, aplicada com finalidade social, visando a repressão de crimes e contravenções definidos nas leis penais, é realizada fora da Administração ativa, pelo Poder Judiciário, e sob o império das disposições processuais próprias que por seu cunho são eminentemente de direito público.

Com segurança constata-se, portanto, que é essencialmente diverso o modo de exercer o direito de punir disciplinarmente (concretizado na ação instaurada pela Administração contra os funcionários públicos), do modo de ser exercido pelo Estado o poder punitivo na repressão dos crimes e contravenções assim definidos nas leis penais do País.

Ademais, é de ser esclarecido que a Administração, ao punir disciplinarmente os seus servidores, não profere um julgamento, pois lhe carece o poder de julgar. Tanto assim é que os pareceres, manifestações de ordem técnica de órgãos consultivos da Administração, sobre processos que visam a disciplinar os funcionários públicos, ainda que em instância revisional, têm caráter meramente opinativo. O mesmo se dirá dos Relatórios das Comissões de Inquérito Administrativo-Disciplinar e das deliberações com substanciadas em Resoluções do CSP.

Acresce dizer que o próprio ato subsequente de aprovação de Pareceres ou das Resoluções do CSP, emitido pela superior instância administrativa, ato definido como decisão, fica sujeito não só à anulação pela própria Administração, como também pelo

Poder Judiciário, desde que seja levado à sua apreciação através de processo ordinário ou especial que possibilite o pronunciamento anulatório. E isso porque o controle judicial dos atos administrativos não tem o alcance da 'res judicata' judicial, porque o ato jurisdicional da Administração, proferido na instância superior, é ainda um simples ato decisório, sem a força conclusiva do ato jurisdicional do Poder Judiciário. O poder conclusivo da Justiça comum falta ao ato jurisdicional administrativo, é privativo das decisões judiciais.

Ainda quando o Conselho Superior de Polícia, convencido da impropriedade do ilícito administrativo descrito no Estatuto próprio e da respectiva responsabilidade do indiciado, ordena o arquivamento dos autos na Secretaria do Órgão (situação prevista no § 2º do artigo 119 da Lei nº 7.366/80), não profere julgamento. É bem verdade que a manifestação absolutória do Conselho, denominada 'decisão' nos termos do artigo supracitado, reveste-se de um alcance não reconhecido na deliberação do mesmo Conselho que opina pela aplicação da pena. Embora tratando-se de pronunciamento decisório, não deixará de ser sempre um ato administrativo, não revestido do sentido processual da sentença definitiva oponível 'inter partes'. Os seus efeitos assemelham-se aos da preclusão. O mais que será reconhecido há de ser a irretratabilidade do ato em face da Administração.

A Lei nº 7.366/80 não determina o adiamento da sessão denominada 'de julgamento', em decorrência do não-comparecimento do defensor. Exige, isso sim, que o mesmo seja intimado para a referida audiência para que produza, querendo, sustentação oral. Em virtude da facilidade da defesa de exercer esse direito, é que o Estatuto dos Servidores da Polícia Civil não obriga a nomeação de defensor 'ad hoc', no caso de estar ausente o profissional nomeado pelo indiciado, ou o defensor dativo.

Por que, então, o exegeta invocará, com fundamento na Lei Processual Penal, a nulidade pela falta da defesa na referida sessão, no silêncio do Estatuto, quanto mais que essa audiência não é de julgamento (grifamos), no verdadeiro sentido jurídico, mas sessão na qual se proporá deliberar um juízo meramente opinativo? O artigo 564, inciso III, alínea "1", do CPP, eiva de nulidade a falta da acusação e da defesa na sessão de julgamento, e o artigo 573, por sua vez, do mesmo Diploma Legal, dispõe que os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou ratificados. As regras adjetivas penais, aqui mencionadas, de cunho eminentemente de direito público, dizem respeito aos processos criminais da competência originária do STF e dos Tribunais de Justiça (artigos 556/562) e de 2º grau (artigos 609/618), no julgamento dos recursos em sentido estrito e às apelações. As regras que norteiam o julgamento dos processos de competência originária e recursal do STF e dos Tribunais de Justiça do Estado, embora prevendo a sustentação oral (inciso V do artigo 561 e parágrafo único do artigo 610 do CPP) divergem quanto ao exercício desse direito de defesa, quanto mais que a sessão de julgamento, nos processos de competência recursal do Excelso Pretório e dos Tribunais de Justiça, serão realizadas mesmo sem o comparecimento das partes (parágrafo único do artigo 610, citado). Ainda que presentes as partes, palavra só lhes será concedida pelo Presidente, se a solicitarem.

Da mesma forma, no entanto, que o artigo 116 da Lei nº 7.366/80 remete, nos casos omissos e naqueles do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, aos dispositivos do CPP, manda aplicar as regras do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado. Esse, ao tratar das normas que disciplinam o funcionamento do Tribunal, Seção II, 'Da Ordem dos Trabalhos', dispõe no § 1º do artigo 145, que a sessão de julgamento será realizada com ou sem o comparecimento das partes.

Presentes, essas poderão produzir sustentação oral, se couber, pois nos casos do § 9º do citado artigo, a produção daquela não será permitida. Pela leitura dos dispositivos, entende-se, por sua clareza, que a sustentação oral é reconhecida com o exercício facultativo de um direito. De qualquer modo, sofre o exercício desse direito a proibição imposta pelo § 9º do artigo 145, isto é, no julgamento dos reexames necessários, dos recursos de ofício e dos agravos de instrumento e regimental, dos recursos em sentido estrito e pedidos de exame para verificação de cessação de periculosidade.

Por outro lado, no Título XI, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça (publicado no Diário Oficial de 14 de janeiro de 1981), ao tratar do julgamento dos Processos Criminais de sua competência, no artigo 276, estabelece que por motivo justificado, a critério do julgador, a sessão será adiada, se alguma das partes deixar de comparecer.

Não haverá designação do defensor 'ad hoc', caso ausente o defensor nomeado ou dativo. Ou as partes comparecem realizando-se, então, a sessão, ou não comparecem. Nesse caso, realiza-se de qualquer modo a audiência de julgamento, se a parte ausente não apresentou justificativa, aceita essa pelo Órgão julgador.

Da análise conjugada dos diversos artigos citados, é incontestável a conclusão de que não será reconhecida a nulidade por falta de comparecimento da defesa à sessão dita 'de julgamento' pelo Conselho Superior de Polícia.

Não é de ser esquecido o estatuído no artigo 1º do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, 'in verbis':

"Esse Regimento dispõe sobre o funcionamento do Tribunal de Justiça, estabelece a competência de seus órgãos no que não estiver regulado pelo Código de Organização Judiciária do Estado, regula a instrução e julgamento dos processos e recursos que lhe são atribuídos pelas leis (o gnfo é nosso) e institui disciplina de seus serviços."

Ainda que reconhecêssemos a nulidade, na questão 'sub examine', insistíssemos na aplicação das regras da Lei Processual Penal como únicas a nortear a sessão deliberatória do Conselho Superior de Polícia, o que assim não ocorre porque a Lei n.º 7.366/80 remete também aos dispositivos do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado, o qual, no artigo 1º, estabelece que a instrução e julgamento dos processos e recursos que lhe são atribuídos pelas leis, são por ele regulados, seria, para o caso em estudo, de ser aplicado o disposto no artigo 565 do CPP, primeira parte, 'in verbis':

"Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido..."

Retornando aos autos do processo administrativo-disciplinar, objetivo de nossa análise, verifica-se que o defensor, regularmente intimado, não só esteve ausente à sessão, quanto não apresentou motivo justificado que o impediu de comparecer à audiência. A escusa, se oferecida e aceita pelo Presidente dos trabalhos, poderia ensejar fosse transferida a audiência, nos termos do artigo 276 do RJTJ."

Nessas duas passagens acima transcritas se resumem os argumentos em favor e contra a tese da nulidade do julgamento pelo Conselho Superior de Polícia que se venha a realizar sem a presença do defensor do acusado, ou de quem o substitua.

Tais argumentos, não só pelo brilho com que estão expostos, como, também, pelo próprio conteúdo, criam, de logo, perplexidade face ao tema.

Entretanto, é necessário que esta Procuradoria-Geral se posicione diante da questão, eis que, alteração de composição das Turmas de Revisão face à de processo administrativo-disciplinar, a orientação tem variado, ora opinando num sentido, ora no outro.

Esta a razão por que vieram os três processos administrativo-disciplinares ter a este órgão colegiado, distribuído para o meu exame.

É o relatório.

O argumento que se me afigura mais relevante em prol da tese que sustenta a regularidade do julgamento realizado pelo Conselho Superior de Polícia, mesmo sem a presença de defensor constituído ou dativo consiste na remissão que o Estatuto dos Servidores da Polícia Civil (Lei n.º 7.366, de 29 de março de 1980) faz ao Regimento Interno do Tribunal de Justiça, a par de outros diplomas legais, tal como diz o artigo 116 da lei invocada:

"Nos casos omissos nesta Lei e no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, serão aplicados dispositivos do Regimento Interno do Tribunal de Justiça e do Código de Processo Penal".

Assim, diante dessa disposição, parece ter aplicação o § 1º do artigo 145, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, deste teor:

Art. 145 —

"§ 1º — Feito o pregão, com o comparecimento ou não das partes, o Presidente dará a palavra ao Relator. Concluído o relatório, poderão as partes produzir sustentação oral, se couber, pelo prazo de lei ou deste Regimento, falando em primeiro lugar o réu corrente. Se omissa a lei, o prazo será de dez minutos."

Aplicado tal dispositivo, claro e preciso com respeito à realização do julgamento "com o comparecimento ou não das partes", não haveria maiores dificuldades para o deslinde da questão ora em exame."

Refleti muito a respeito, porque entendo que, no caso, não se deve perder de vista particularidade sumamente importante de que se reveste o julgamento feito pelo Conselho Superior de Polícia, e distingui-lo, profundamente, do julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça em qualquer dos seus

Colegiados e que consiste no fato de que se a decisão administrativa do órgão policial for no sentido da absolvição do acusado, tal decisão é *terminativa*, arquivando-se o processo, sem exame da matéria por qualquer outra autoridade, como decorre dos dizeres do § 2º, do artigo 119 do Estatuto dos Servidores da Polícia Civil.

Desta sorte, diante dessa disposição especial, apóie-se o julgamento em fatos exatos ou não, aprecie-os por forma correta ou não, seja sábio e justa ou, ao contrário, tenha-se apoiado em razões ou argumentos menos corretos, ou menos justos; tal decisão que absolve o acusado das faltas praticadas traz consigo, imanente, os efeitos da preclusão, que não mais pode ser revista, ainda que se tenha feito do branco, preto, do redondo, quadrado.

Trata-se, portanto, de uma disposição legal extremamente favorável ao acusado.

Assim considerado, parece evidente que o julgamento realizado pelo Conselho Superior de Polícia deve se ceifar de todas as cautelas, mesmo as de ordem formal, para se evitar constrangimento ao direito de defesa erigido pelo nosso direito positivo em princípio constitucional, consagrado na Constituição da República, artigo 153, § 15:

Art. 153 —

"§ 15 — A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção."

"A regra do texto" — explicita PONTES DE MIRANDA — "não é regra jurídica vazia, não é, como diriam os juristas alemães, 'leerlaufend'; trata-se de direito subjetivo (constitucional) de defesa. Dela nasce direito constitucional a defender-se ou a ter tido defesa; em consequência disso, é nulo o processo em que se não assegura ao réu a defesa, ainda que tenha o juiz aplicado alguma 'lei.'" (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda de 1969, p. 232 — grifos do original).

"O conceito de defesa" — prossegue o mesmo ilustre jurista — "não é deixado inteiramente à lei. A lei tem de ser concebida de modo tal que nela se assegure a defesa, a que se refere o princípio. Existe, porém, conceito a priori de defesa, pelo qual se tenha de moldar a defesa organizada pelas leis processuais? Tal conceito não existe; mas existe algo de mínimo, a quem do qual não mais existe a defesa. É interessante meditar-se sobre esse ponto que leva os tribunais, na apreciação da constitucionalidade das leis processuais penais, à verificação in casu, diante dos textos, da violação, ou não-violação, do que se prometeu na Constituição. É escusado invocar-se o § 15 quando a lei contém regras jurídicas que ministram meios suficientes e recursos à defesa. Mas é de alta monta quando aos acusados parece que a letra da lei ou a sua interpretação não atendeu ao que o § 15 declara ser direito constitucional. Já dizia JOÃO BARBALHO (Comentários, 323): 'Com plena defesa são incompatíveis e, portanto, inteiramente inadmissíveis os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, a queixa ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado, ou tendo-se dado à produção de testemunhas de acusação sem ao acusado se permitir reinquiri-las, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dele, sob coação de qualquer natureza, por perguntas sugestivas ou capciosas, e em geral todo procedimento que de qualquer maneira embarace a defesa.'" (op. et cit. — grifo do original).

Nem se diga que o mandamento constitucional se limita, tão-só e exclusivamente, aos processos judiciais sem abrangência dos processos administrativos, destituídos do caráter de jurisdicionalidade.

Bem a propósito as palavras do ilustre Desembargador AMARAL BRAGA no voto que proferiu, como Relator, no Agravo de Petição n.º 19.228, da 3ª Câmara Cível, em que se tratou da demissão de um funcionário público através de processo administrativo, em que se reconheceu ter havido restrições à defesa por deficiência da Portaria, que mandou instaurar dito procedimento.

"A Constituição da República Federativa do Brasil" — diz-se no voto em alusão —

"garante, de modo categórico, a ampla defesa nos processos administrativos, ampla defesa que, em resumo, consiste no pleno conhecimento da acusação, das provas apuradas e meios regulares de destruí-las. Como diz Themistocles Cavalcanti, escrevendo sobre o Estatuto de 1946, 'o rigor da apuração e a feição quase jurisdicional da instância administrativa evoluiu com o conceito de estabilidade. É evidente que à estabilidade maior deve corresponder um sistema mais rigoroso de investigação e julgamento, reduzindo-se também o arbítrio da autoridade' ('Constituição Federal comentada', 4/165). Pontes de Miranda assim se expressa: 'Seja judicial, seja judicialiforme, perante o juiz ou perante as autoridades administrativas, a instrução criminal tem de ser, por força da Constituição, contraditória' (Comentários à Constituição de 1946, 3/146). O

certo é que, de acordo com preceitos constitucionais, o processo administrativo assume caráter eminentemente jurisdicional e, processo que é, deve estar em concordância com as normas gerais que informam o Direito Judiciário, que a ele se aplicam. A não se que se queira conservar como um procedimento unilateral, sumário, com apuração arbitrária de faltas, sem as garantias devidas. Já dizia Cândido de Oliveira Filho, in 'Prática do Processo', 1/9, que todos os juristas estão em acordo ao afirmar que as leis do processo civil, comercial, criminal e administrativo fazem parte com o Direito Público Interno, estando o último, conseqüentemente, sujeito aos comandos dos princípios gerais do direito. E para arrematar esta parte, lembro a lição de Merkl 'Teoria Geral de Direito Administrativo', p. 283, quando assegura que o direito administrativo formal depende indiscutivelmente, quanto ao seu conteúdo, do direito judicial, e as diversas vias processuais servem de modelo para diversas vias processuais administrativas, aparentadas com aquelas por seu fim, por exemplo, o Direito Processual Administrativo." (in Rev. de Jurisp. do TJ RS, 39/206/7).

No mesmo sentido, com voto vitorioso que proferiu em condição de Relator, foi a manifestação do Desembargador NIRO TEIXEIRA DE SOUZA na Apelação Civil nº 16.516, da 4ª Câmara Cível e cujo voto se destacam estas palavras elucidativas:

"Tenho presente que existem alguns julgados que entendem que, em se tratando de militar, sujeito a regras próprias, hierarquia e disciplina, a sua situação é regida pelo estatuto próprio e que, assim sendo, dispensável é a aplicação desse princípio de defesa que é constitucional. Esses acórdãos se encontram — inclusive um desta Câmara — no 'R.J.T.J.R.G.S.', 20/176; 32/363, que é da 4ª Câmara e 31/378. Mas, Senhor Presidente, tenho sempre entendido, data venia desses julgados, que não é possível deixar de aplicar-se com toda amplitude o preceito constitucional, artigo 141, § 25, da Constituição Federal de 1946, e artigo 153, § 15, da Constituição Federal de 1969. Segundo esses dispositivos legais, a lei deve assegurar aos acusados, ampla defesa. A lei, no sentido genérico, é toda e qualquer lei, seja civil, seja militar. Não se trata de regra jurídica excepcional, só aplicável aos réus de processo criminal comum, mas sim de regra ampla, asseguratória de direito de defesa a todo e qualquer acusado mesmo aos que respondem inquérito policial militar, como é evidente. A Lei Estatutária da Brigada Militar não pode deixar de ser abrangida também pela citada norma constitucional, sendo, a meu ver, nulo o processo em que tal defesa não seja assegurada amplamente. Vê-se, aliás, respeito, os Comentários de Pontes de Miranda feitos à Constituição Federal tomo V, p. 315. E a colenda 2ª Câmara Cível Especial, em acórdão de que foi relator o Doutor Alac Terra, e o qual Vossa Excelência eminente Presidente, subscreve também, decidiu na forma diversa dos outros julgados, isto é, entendeu também que não é possível punir qualquer funcionário público sem assegurar-lhe previamente o direito de defesa (R.J.T.J.R.G.S., 28/179).

O ensinamento da doutrina não discrepa dessa orientação. Por exemplo, Hely Lopes Meirelles diz: 'Não se exige, para a punição disciplinar, os rigores do processo criminal, nem do contraditório da ação penal, mas é necessário que se conceda ao acusado oportunidade de elidir a acusação. Sem essa possibilidade de defesa, a punição administrativa é nula por afrontar uma garantia constitucional extensiva a todo servidor público acusado de falta ensejadora da pena demissória' (Direito Administrativo Brasileiro, p. 245). (R.J.T.J.R.G.S., 48/207).

Note-se que a divergência verificada nesse acórdão, manifestada no voto do ilustre Desembargador HERMANN HOMEM DE CARVALHO ROENICK, consistiu, apenas, em considerar que no caso concreto se examinava processo administrativo regido pela Lei Estatutária da Brigada Militar, considerando o digno magistrado que nas organizações militares os seus integrantes não podem estar sujeitos às regras comuns porque "se o militar não ficar adstrito às normas regulamentares e não mantiver dentro daqueles padrões de disciplina e de respeito à hierarquia, ele não pode ser tolerado dentro da tropa, sob pena de subverter todo o conjunto".

Essa foi a restrição do voto divergente que, inobstante, ficou vencido.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem, também, se mostrado muito cauteloso na dispensa de requisitos ou atos que possam importar em restrição ao pleno exercício do direito de defesa.

A matéria encontra ressonância na própria Súmula da Jurisprudência Predominante do mais Alto Pretório do País, consignando o verbete nº 523 o princípio consagrado naquela Alta Corte de que

processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

Em tema de Direito Administrativo não é menor o cuidado que tem a Excelsa Corte no acolhimento de processos administrativos contra os quais se podem irrogar ofensa ao princípio da ampla liberdade de defesa.

Cite-se ao propósito o acórdão proferido em Tribunal Pleno, no Mandado de Segurança nº 19.981, por maioria, mas com, apenas, um voto divergente.

Bem expressivo é esse julgado em que se discutia a validade de um processo administrativo desenrolado na Câmara dos Deputados e no qual se concluiu pela demissão do funcionário acusado, por abandono de cargo.

Nesse processo, o relatório da comissão encarregada da apuração dos fatos, concluiu por sugerir a realização de um novo exame médico na pessoa do acusado. A Mesa da Câmara, porém, não se detendo no exame dessa proposição, concluiu pelo apenamento do funcionário.

No julgamento, no Supremo Tribunal Federal, deu-se pela nulidade do processo administrativo, como se pode verificar da leitura do voto vencedor do Ministro RODRIGUES ALCKMIN.

São desse voto as palavras a seguir destacadas:

"À vista desse nomeado 'relatório' que era simples proposta de diligência (dependente de deliberação superior o envio de Junta Médica ao Rio de Janeiro), desde logo lhe impôs, consoante parecer, a Mesa da Câmara, a pena de demissão por abandono de cargo.

Ora, tenho que é formalidade essencial do processo administrativo o relatório em que nos termos do artigo 244 do Estatuto (reproduzido no artigo 203, § 14, da Resolução 67/62, da Câmara dos Deputados), a comissão conclua pela inocência ou responsabilidade do acusado, indicando, se a hipótese for essa última, a disposição legal transgredida.

No caso, não houve esse relatório. Com a denominação de relatório, a comissão propôs tão-somente, a realização de prova médica, a fim de verificar se houve, ou não, abandono do cargo. E sem deliberar sobre a realização dela e sem (se a recusasse) fazer voltar o processo à Comissão para que emitisse, então, relatório sobre a existência ou inexistência da falta atribuída ao impetrante, desde logo se lhe aplicou a pena de demissão.

Entendo, assim, que assiste razão ao impetrante, em termos, quando considera ilegal a decisão, porque ignorou o pedido de exame." (RTJ, 69/37).

Veja-se, pois, o Excelso Supremo Tribunal Federal, em composição plena, contra apenas um voto (que, por sinal, entendeu que o relatório apresentado pela comissão configurava um perfeito relatório), decidiu ser nulo o processo administrativo por não considerar completa a manifestação final da comissão de processo administrativo.

O relatório, a toda a evidência, pode não ter maior repercussão no deslinde do processo, já que se constitui em peça meramente opinativa. Ainda assim, porém, entendeu o STF que a falta desse elemento do processo administrativo era suficiente para caracterizar a nulidade da decisão a que ele deu causa.

O que dizer, então, da ausência de defensor no ato do julgamento, a ser proferido por um colegiado onde a maioria dos seus integrantes não tem contato direto com os autos, submetendo-se ao relatório apresentado e ao qual pode escapar algum elemento talvez decisivo para a maioria e suficiente para inocentar o acusado.

Isto não é incomum mesmo nos processos judiciais onde algumas vezes fica omitido no relatório um fato, um documento ou o seu conteúdo é mal interpretado. E exatamente por ser assim é que o próprio Regimento Interno do nosso Tribunal de Justiça, explicitando disposições de lei, admite a intervenção das partes durante o julgamento, para "esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos ou documentos que possam influir no julgamento" (artigo 147).

Vê-se, portanto, que a palavra do defensor, na sustentação do direito do acusado, pode ser decisiva no resultado a que vai chegar o julgamento.

Estas, em suma, as razões pelas quais, após muito meditar, cheguei ao entendimento de que não se pode dispensar a presença de defensor, constituído ou dativo, designado que seja somente para o ato, a fim de que se processe regularmente o julgamento atribuído ao Conselho Superior de Polícia pelo Estatuto dos Servidores da Polícia Civil, implicando a falta da presença desse defensor em nulidade insanável do ato.

Este é o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 27 de maio de 1983.

SENHOR GOVERNADOR:

Os três expedientes de que trata o parecer n° 5268, e que ora encaminho à consideração de Vossa Excelência, apresentam um ponto em comum: em todos eles deixaram de comparecer os respectivos defensores, por ocasião do julgamento realizado pelo Conselho Superior de Polícia.

Face a essa ausência surgiram teses divergentes: a favor e contra a nulidade da sessão levada a efeito sem a presença do defensor.

Considerando a complexidade do assunto e objetivando uniformizar a jurisprudência administrativa sobre a matéria, encaminhei-a para exame do Conselho Superior desta Procuradoria-Geral.

Após detida discussão, manifestou-se o Conselho Superior, por maioria, em sessões realizadas nos dias 30 de março e 6 de abril do corrente ano, pela nulidade insanável do julgamento realizado sem a presença do defensor do indiciado, caso não se lhe houvesse nomeado, para circunstância, defensor "ad hoc".

Ao submeter a Vossa Excelência o pronunciamento do Conselho Superior, manifesto-lhe, mais uma vez, o meu apreço e minha especial consideração.

FRANCISCO SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

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

SEGURO DE BENS DOS ÓRGÃOS DO PODER PÚBLICO.

MÁRIO BERNARDO SESTA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

PARECER N° 5.668

Seguro de bens pertinentes à Administração Federal Indireta cedidos a órgãos da Administração local. Matéria regida pelo artigo 23 do DL 73/66. Inexistência de conflito entre esse texto legal e o Decreto estadual n° 21.141/71.

1. A Casa Civil da Governadoria encaminha, para apreciação desta Procuradoria-Geral do Estado, dúvida suscitada pela Contadoria e Auditoria-Geral do Estado a respeito de seguro contratado pelo Departamento Estadual de Portos, Rios e Canais — DEPRC — para a cobertura de rebocadores pertencentes à PORTOBRAS e em operação nos portos de Porto Alegre e Rio Grande, sob a administração daquela autarquia estadual.

O seguro em tela foi contratado com a COMIND, indicada pelo Instituto de Resseguros do Brasil — IRB, mediante sorteio.

A dúvida suscitada decorre do fato de a despesa do sobredito seguro ser encargo do Estado e do teor do Decreto estadual n° 21.141 de 1° de junho de 1971, que assim dispõe:

"Artigo 1° — Os seguros de bens, direitos, créditos e serviços de órgãos e entidades estaduais da Administração Direta e Indireta serão contratadas em Companhia sob controle acionário do Estado ou de entidade da Administração Estadual Indireta, em prejuízo da realização, por esta, de cosseguros com as suas congêneres."

"Artigo 3° — O disposto neste artigo aplica-se a sociedades sob controle acionário de entidades da Administração Indireta, bem como aos seguros de bens de terceiros que sejam abrangidos por qualquer plano de cobertura em que os órgãos ou entidades referidas no caput, ou no presente parágrafo, figurem como estipulantes ou beneficiárias."

Ocorre que a contratação com a COMIND, indicada pelo IRB mediante sorteio, obedeceu às disposições do Decreto-lei n° 73, de 21 de novembro de 1966, o qual determina:

"Artigo 23 — Os seguros de bens, direitos, créditos e serviços dos órgãos do Poder Público, bem como os de bens de terceiros que garantam operações dos ditos órgãos, serão contratados diretamente com a Sociedade Seguradora Nacional que for escolhida mediante sorteio".

2. Para elucidar corretamente a dúvida suscitada, cumpre examinar o texto constitucional federal, que, no artigo 8°, INCISO XVII, letra "C", atribui à União competência para legislar "sobre normas gerais de seguro", ressalvando o parágrafo único do mesmo artigo 8° da Constituição Federal que a competência da União não exclui a dos Estados para legislar supletivamente na matéria de que ora se trata, "respeitada a lei federal".

A competência federal na matéria não é inovação do atual texto constitucional, constando em termos quase idênticos nos textos de 1967 (artigo 8°, XVII, c) e 1946 (artigo 5°, XV, b) e, em termos bastante semelhantes, no texto de 1937 (artigo 16, XVIII), omissas na matéria as duas primeiras Constituições da República, bem como a Emenda Constitucional de 1926.

Ora, no exercício de sua competência para fixar *normas gerais sobre seguro*, a União editou diversos textos os quais, ao menos desde 1962, vem incluindo também uma norma que, posto ser sobre seguro, é antes regra de conteúdo administrativo, na medida em que dispõe sobre a administração dos bens da União ou dos órgãos de sua administração descentralizada, no que diz respeito a seu regime de seguro. Atualmente essa norma vem expressa no artigo 23, já transcrito, do Decreto-lei n° 73/66.

Parece-nos indubitável que, sendo o seguro um contrato que busca garantir a integridade do bem segurado, sua reposição ou, ao menos, a reposição de seu valor, é um *accessório* do bem segurado, seguindo-lhe, como tal, o regime de pertinência jurídica. Dessa acessoriedade decorre tratar-se, na matéria, antes do regime de administração dos bens correspondentes e depois de seguro. Assim, alargando os termos para simplificar a fórmula, se o bem é federal, federal há de ser seu regime de se-

guros, valendo o mesmo para o Estado, eis que só a ele compete dispor sobre a administração dos bens pertinentes aos diversos órgãos de sua estrutura.

Nessa linha, o Estado do Rio Grande do Sul, em 1967, mediante o Decreto nº 18.444, de 24 de fevereiro daquele ano, dispusera sobre a matéria seguindo a orientação federal: o artigo 1º desse decreto praticamente reproduz o artigo 1º do Decreto federal nº 59.417/66.

Foi posteriormente, sob o amparo do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, particularmente no que refere às *dispensas de licitação*, que o Estado passou a adotar, na matéria, a orientação ora vigente e diferente daquela que vigora na esfera federal.

3. Inexiste, porém, *conflito* entre os dois textos ou, por assim dizer, entre os dois regimes de seguro adotados na administração dos respectivos bens pela União e pelo Estado do Rio Grande do Sul.

Existe, tão-somente, *diferença*.

Ocorre que, de tudo quanto consta do processo ora em exame, fica claro que os bens de cujo seguro ali se trata pertinem à *Administração Federal*: são propriedades da PORTOBRÁS, órgão da Administração Federal Indireta, tão-somente *cedidos* para uso da autarquia local que cuida dos portos onde o equipamento em tela está operando.

Por outro lado, a *expressão ampla*, contida no artigo 23 do Decreto-lei nº 73/66 — "*órgãos do Poder Público aclara-se com a leitura do artigo 16, do Decreto nº 60.459, de 13 de março de 1967, que de certa forma, aliás, retoma textos anteriores de redação mais acurada*".

Fica claro, também, que a alusão aos seguros de bens de terceiros que sejam abrangidos por qualquer plano de cobertura em que os órgãos ou entidades da Administração Estadual Direta ou Indireta figurem como estipulantes ou beneficiárias, contida no artigo 3º, do Decreto estadual nº 21.141/71, não tem hierarquia para dispor sobre o regime de seguro de bens federais ou da Administração Federal.

4. Em conclusão, entendemos não haver reparos à orientação do DEPRC no que tange ao seguro de rebocadores da PORTOBRÁS sob sua guarda e uso, seguro esse que só pode ser contratado nos termos do artigo 23 do Decreto-lei nº 73/66, sem, com isso, descumprir o Decreto estadual nº 21.141/71, que não tem abrangência para alcançar bens pertinentes à Administração Pública Federal.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 8 de maio de 1984.

Of. Gab. 423/84

SENHOR GOVERNADOR:

Examina-se neste expediente questão suscitada pela Contadoria e Auditoria-Geral do Estado, versando sobre a aplicação do Decreto estadual nº 21.141, de 01 de junho de 1971, aos seguros efetuados pelo Departamento Estadual de Portos, Rios e Canais — DEPRC para a cobertura de rebocadores pertencentes à PORTOBRÁS e em operação nos portos de Porto Alegre e Rio Grande, sob a administração daquela autarquia estadual.

Considerando que a despesa do seguro mencionado é encargo do Estado, não obstante tratar-se de bens de empresa pública federal, surge a questão de saber se, em obediência ao disposto no artigo 1º do Decreto estadual referido, o seguro deve ou não ser efetuado através de Companhia sob controle acionário do Estado.

No caso da presente consulta, tal não ocorreu, tendo o seguro sido contratado com a COMIND, indicada pelo Instituto de Resseguros do Brasil — IRB — mediante sorteio.

Preliminarmente afasta-se, neste pronunciamento, qualquer dúvida quanto à competência do legislador estadual para baixar o Decreto nº 21.141/71, de vez que amparada a mesma no parágrafo único do artigo 8º da Constituição Federal, tendo a União fixado, em diversos textos, as normas gerais sobre seguros. Especificamente, editou a União o Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, tendo a presente contratação obedecido ao disposto no seu artigo 23.

Partindo do exame da natureza dessas normas que, posto serem sobre seguros, são antes regras de conteúdo administrativo no que diz respeito ao regime de seguro dos bens pertinentes a um ou a

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

outro ente da Administração, conclui o Parecer pela compossibilidade dos dois textos legais aqui versados ou, por assim dizer, entre os dois regimes de seguro adotados na administração dos respectivos bens pela União e pelo Estado do Rio Grande do Sul.

Esse pronunciamento, submetido ao Conselho Superior desta Procuradoria-Geral na sessão do dia 22 de fevereiro do corrente ano, foi aprovado por unanimidade, não havendo, assim, reparos a serem feitos à orientação adotada pelo DEPRC.

Submeto-o, contudo, à judiciosa consideração de Vossa Excelência, ao tempo em que lhe manifesto as expressões do meu melhor apreço e acatamento.

NEY SÁ
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

LICENÇA PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE

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

PARECER N.º 5.646

MAGISTÉRIO — ESTÁGIO PROBATÓRIO — LICENÇA PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE.

A licença para acompanhar cônjuge, concedida ainda que por tempo indeterminado, nos termos do artigo 135 da Lei n.º 2.338, de 25 de janeiro de 1954, quando vigente, não pode conduzir à exoneração automática por não cumprimento do estágio probatório como resultado de interrupções, por tempo superior a quatro anos, prevista no artigo 25 da Lei n.º 6.672, de 22 de abril de 1974, superveniente.

J.V.A., ocupando em estágio probatório o cargo de Professor de Ensino Médio II, do Quadro Único do Magistério criado pela Lei n.º 6.181, de 8 de janeiro de 1971, requereu e, por ato inserto em Boletim n.º 312/73, publicado no Diário Oficial de 1.º de março de 1973, obteve licença para, a contar da mesma data de 1.º de março de 1973, acompanhar seu marido, transferido para fora do Estado independentemente de solicitação, com fundamento na então vigente Lei n.º 2.338, de 25 de janeiro de 1954, que era o Estatuto do Magistério.

Entrando em vigor em abril de 1974 o novo Estatuto do Magistério (Lei n.º 6.672, de 22 de abril de 1974), que disciplinou de modo diverso a licença para acompanhar cônjuge, limitando-a a dois anos passíveis de prorrogações sucessivas por iguais períodos, fixou-se na Administração Estadual orientação no sentido de que as licenças concedidas na vigência da legislação anterior permaneciam em curso por tempo indeterminado, considerando-se ocorrer, no caso, ato jurídico perfeito: concedida a licença por tempo indeterminado, em plena sintonia com a legislação vigente à época, a superveniência de legislação limitando a sua duração a dois anos, suscetíveis de sucessivas prorrogações, não a afetava.

Tal orientação foi aplicada ao caso concreto da Professora J., que, havendo requerido a renovação da dita licença, atenta às disposições do novo Estatuto, recebeu de volta os documentos que apresentou com o Ofício n.º 295/75, da 9.ª Delegacia de Educação, datado de 13 de março de 1975, o qual a certa altura informa: "esclarecemos que as licenças requeridas pelo art. 135 da Lei n.º 2.338/54, permanece(sic) em vigência até o retorno de seu esposo para o Rio Grande do Sul."

Em 11 de setembro de 1980, entretanto, a mesma Delegacia de Educação remeteu à Professora J. o ofício n.º 1640, que lhe informava haver a Lei n.º 6.672/74 revogado, por seu artigo 170, a Lei n.º 2.338/54. E prosseguia dizendo haver-se tornado necessário, ante a revogação da Lei n.º 2.338/54, que a professora renovasse, de dois em dois anos o pedido de licença para acompanhar o cônjuge. Cabia-lhe remeter à DE requerimento acompanhado de tais e tais documentos ou requerimento solicitando exoneração do cargo.

A Professora J. atendeu ao explicitado neste último Ofício, encaminhando o pedido de renovação da licença, acompanhado de prova de que persistia o afastamento, do Estado, de seu marido. Datado o pedido de 24 de setembro de 1980, recebeu informação e encaminhamento na 9.ª DE em 10 de outubro de 1980 e três dias depois foi processado no órgão central da Secretaria de Educação e Cultura.

Em novembro, ainda, de 1980, a Supervisão Administrativa da Secretaria de Educação e Cultura encaminhou o expediente à Unidade de Assessoria Jurídica da mesma Secretaria, com dúvida sobre a aplicação, ao caso, do artigo 25 da Lei n.º 6.672 (o novo Estatuto do Magistério), onde se estabelece que o não-cumprimento do estágio probatório, por interrupções sucessivas e equivalentes ao dobro do tempo fixado para esse estágio, resultará na exoneração automática do professor.

Pronunciou-se aquela Unidade no sentido da aplicação, ao caso, do mencionado art. 25, ou seja, no sentido da exoneração. Ao invés de encaminhar o expediente para decisão sobre a matéria, sugeriu que fosse ouvida a requerente. O Senhor Secretário de Estado (Substituto) remeteu cópia desse pronunciamento à requerente, em março de 1981, não se tendo notícia se chegou ao conhecimento da mesma. O expediente foi remetido ao Serviço de Comunicações com despacho de 10 de abril de

1981 para aguardar resposta, por trinta dias, retornando sem ela à Unidade de Assessoria Jurídica em 14 de julho do mesmo ano. Nesta foi ratificada a informação anterior e sugerido o encaminhamento ao Secretário de Estado, para decisão. O Senhor Secretário de Estado acolheu a proposição e determinou a remessa do expediente à Supervisão Administrativa "para as providências cabíveis", em 25 de agosto de 1981.

Tais providências seriam, evidentemente, a lavratura do ato de exoneração e o seu encaminhamento para assinatura da autoridade competente.

O processo foi remetido, entretanto, "à 9.ª DE, solicitando dar ciência à interessada do parecer da AJU/SAE, de folhas 18, 19 e 20, colhendo seu *ciente*." Ao que da 9.ª DE foi respondido que a Professora em pauta se encontrava residindo em Brasília, razão por que não fora possível colher seu *ciente* no processo, sendo-lhe, entretanto, remetida cópia xerox "do despacho nele contido" (?).

A Unidade de Pessoal da Secretaria de Educação, entretanto, devolveu mais uma vez o processo à 9.ª DE, "solicitando providenciar junto à interessada na anexação de um requerimento solicitando exoneração, tendo em vista os termos do parecer da AJU/SAE..." Isso em 7 de outubro de 1981.

Em 04 de março de 1983 retorna o processo da 9.ª DE diretamente para a Assessoria Jurídica da Secretaria de Educação, com o esclarecimento de que da Professora J. se desconhecia o endereço atual e de que não fora obtida resposta ao pedido (da DE) de que a servidora requeresse exoneração.

Em 6 de junho de 1983 a Senhora Coordenadora da Unidade de Assessoria Jurídica remete novamente o processo à Supervisão Administrativa para "as providências cabíveis", de modo a ser cumprido o despacho do titular da Pasta datado de 25 de agosto de 1981.

Nova questão se cria, quanto à data inicial de vigência da exoneração, mas a 15 de julho de 1983 o novo titular da Pasta reitera despacho no sentido da exoneração da Professora J. a contar de 1.º de março de 1977, data em que se escoaram quatro anos do afastamento do exercício.

Na Unidade de Pessoal da Secretaria, entretanto, nova informação é prolatada, concluindo "pelo deferimento da presente petição, exonerando, a partir de 01 de março de 1977 à (sic) J.V.A.,..."

Finalmente o Diário Oficial de 8 de setembro de 1983 publica o Boletim n.º 5.602/83, no qual figura ato que exonera J.V.A. do cargo de Professor, classe A, nível 5, nos termos do artigo 25 da Lei n.º 6.672/74. Não há menção, no ato, da discutida data a partir da qual se verificaria a exoneração.

Em 29 de agosto de 1983, alguns dias antes, pois, de publicado o ato de exoneração, a Professora J. ingressou na Casa Civil com petição ao Governador do Estado, acompanhada de diversos documentos, solicitando, em suma, reexame do assunto e regularização de sua situação funcional, para que pudesse reassumir de imediato o seu cargo, uma vez que cessara (como prova) o afastamento, do Estado, de seu marido.

Alega, de um lado, o tempo de exercício de magistério privado e estadual, como contratada, que pretende considerado seja para efeito de estágio probatório, e, de outro, a insegurança da Administração Estadual, que lhe devolvera o pedido quando pretendeu renovar a licença, para posteriormente exigir novo pedido de licença e, por fim, um pedido de exoneração.

Após algumas diligências, esse pedido, acompanhado do processo que resultara (entretantes) na exoneração da Professora J., retorna à Casa Civil, que pede pronunciamento desta Procuradoria.

É o relatório, longo porque um tanto minucioso visando a evidenciar na acumulação dos desacertos ocorrida na consideração do presente caso.

Simplex parece, entretanto, a solução jurídica da questão que subjaz a toda essa complexa e demorada tramitação.

Com efeito, já a Constituição da República, no parágrafo 3.º do artigo 153, assegura que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada", mantendo no nível constitucional norma contida no caput do artigo 6.º do Decreto-lei federal n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942, com a redação dada pela Lei n.º 3.238, de 1.º de agosto de 1957:

"A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada".

E o § 1.º desse artigo objetiva conceituar ato jurídico perfeito, dispondo:

"Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetivou".

É precisamente o ocorrido no caso das concessões de licença para acompanhar cônjuge realizadas por tempo indeterminado na vigência do artigo 135 da Lei n.º 2.338, de 25 de janeiro de 1954, que assim as previa.

O ato de concessão da licença consumou-se ao tempo da vigência da Lei n.º 2.338 e de acordo com essa lei foi praticado.

A superveniência de lei que não mais prevê tal licença senão por tempo certo, máximo de dois anos, não prejudica a concessão anteriormente feita; apenas impede novas concessões em termos diversos dos estabelecidos na lei nova.

Houvesse a nova lei abolido, expressa ou tacitamente, tal tipo de licença, igualmente não perderiam efeito as concessões realizadas anteriormente.

Estabelecida assim a permanência, por tempo indeterminado, da licença para acompanhar seu cônjuge transferido independentemente de solicitação, concedida à Professora J. cumpre verificar se sobre o caso incide, ou não, a regra constante do artigo 25 do novo Estatuto do Magistério, superveniente, como se viu, à concessão daquela licença por tempo indeterminado.

A aplicação, pura e simples, da regra desse artigo 25, que determina a exoneração automática do professora em estágio probatório que o interromper por lapsos de tempo cuja soma alcance quatro anos, igualmente parece impossível, eis que incompatível com a concessão de licença, por tempo indeterminado, realizada *antes* de vigente dito dispositivo.

Quando a licença foi concedida à Professora J., foi-o em consonância não só com o artigo 135 da Lei n.º 2.338, mas com todo o sistema estatutário então vigente, que não continha tal restrição ao cumprimento do estágio probatório.

A lei nova, ao criar posteriormente exigência incompatível com a situação jurídica anteriormente consolidada em ato jurídico perfeito, não pode atingi-lo, ainda que indiretamente, para frustrar o gozo pleno do direito assegurado por aquele ato.

As licenças para acompanhar cônjuge deferidas na vigência do novo Estatuto a professores em estágio probatório, por dois anos, prorrogáveis por outros dois, são deferidas dentro do novo sistema estatutário, e por isso a sua concessão, embora renovada, é vulnerável à norma do artigo 25, que integra o sistema. Não, porém, as deferidas anteriormente.

Conclui-se, pois:

1. A licença a membro do magistério estadual, por tempo indeterminado, concedida de acordo com o artigo 135 da Lei n.º 2.338, de 25 de janeiro de 1954, à época em que tal lei vigorava, não foi afetada pela superveniente revogação do dispositivo.

2. A concessão por tempo indeterminado, na vigência da referida Lei n.º 2.338, de tal licença, não permite a aplicação, ao membro do magistério por ela beneficiado, da exoneração automática determinada pela superveniente Lei n.º 6.672, de 22 de abril de 1974, em seu artigo 25.

3. Merece provimento o recurso da Professora J.V.A., recebido como pedido de reconsideração do Ato da Senhora Secretária de Estado da Administração que a exonerou, de modo a que:

- a) seja tornado sem efeito esse ato;
- b) seja, a partir da data em que foi a petição protocolizada (29 de agosto de 1983), revogada a concessão da licença;
- c) considere-se a requerente efetiva, desde então e até a data em que tomar ciência formal da declaração de nulidade da exoneração, uma vez que o obstáculo ao exercício decorreu de atos da própria Administração Estadual.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 11 de abril de 1984.

Of. Gab. 321/84

Porto Alegre, 11 de abril de 1984.

SENHOR GOVERNADOR:

No expediente se examina a situação funcional de J.V.A. que, ocupando em estágio probatório o cargo de Professor do Ensino Médio II, do Quadro Único do Magistério, tendo obtido licença para acompanhar o cônjuge, por tempo indeterminado, sob a vigência da Lei n.º 2.338, de 28 de janeiro de 1954 — depois revogada —, foi exonerada por não cumprimento do estágio probatório, em virtude de sucessivas interrupções por tempo superior a quatro anos, segundo regra constante do artigo 25 da Lei n.º 6.672, de 22 de abril de 1974, superveniente.

O Parecer n.º 5646, ao concluir, entende que merece provimento o recurso interposto pela professora contra o ato de exoneração automática, considerando inaplicável, no caso, a exigência do artigo 25 mencionado, porque incompatível com direito subjetivo consolidado em ato jurídico perfeito praticado na vigência da lei anterior. Assim sugere o Parecer:

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

a) seja tornado sem efeito esse ato;

b) seja, a partir da data em que foi a petição protocolizada — 29 de agosto de 1983 —, revogada a concessão da licença;

c) considere-se efetiva, desde então e até a data em que tomar ciência formal da declaração de nulidade da exoneração, uma vez que o obstáculo ao exercício decorreu de atos da própria Administração Estadual.

Dito pronunciamento foi aprovado, por unanimidade, pelo Conselho Superior desta Procuradoria-Geral na sessão do dia 28 de março do corrente ano, por mim presidida.

Ao submeter a matéria à decisão de Vossa Excelência, renovo meus protestos de grande estima e apreço.

Ney Sá
Procurador-Geral do Estado

ESTABILIDADE E EFETIVAÇÃO

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

PARECER Nº 5.687

EFETIVAÇÃO. A estabilidade constitucional é pressuposto jurídico básico para gerar o direito à efetivação especial prevista na Lei nº 7.133, de 13 de janeiro de 1978.

Vem a exame neste Conselho Superior expediente em que L.S.R., Professora do Ensino Médio II, padrão M-4, contratada, com regime de trabalho de 22 horas semanais e em exercício na 13ª Delegacia de Educação de Caçapava do Sul, requer estabilidade excepcional prevista no artigo 177, § 2º da Constituição da República e as vantagens de efetivação previstas nas Leis nº 7.133, de 13 de janeiro de 1978 e nº 7.511, de 15 de junho de 1981.

A Secretaria da Administração através da Unidade de Registro Funcional entendeu que à requerente não cabe a estabilização pretendida em face do "não preenchimento do requisito da atualidade do vínculo funcional", indeferindo portanto sua postulação.

Inconformada com essa decisão, a interessada encaminhou pedido de reconsideração ao Senhor Secretário de Estado da Administração com base no princípio da isonomia, alegando que no Processo nº 29127/78/SA, versando sobre situação idêntica, à matéria foi dado outro tratamento administrativo.

Como a situação indicada como paradigma pela professora requerente havia sido encaminhada à Casa Civil e posteriormente a esta Procuradoria-Geral, a Subchefia da Casa Civil para Assuntos Jurídicos e Legislativos solicitou o apensamento, se fosse o caso, desse expediente aos processos de nº 29127/78 e nº 41.434/80, que tramitam conjuntamente neste Órgão consultivo e para este relator se acham distribuídos para exame e parecer.

É o relatório.

Em primeiro lugar, cumpre dizer que não foi apensado o expediente da Professora L.S.R. ao citado paradigma porque, embora a pretensão inicial seja idêntica, a situação fática é completamente diversa, cabendo o exame em separado da matéria.

Pretende a requerente ter declarada sua estabilidade no serviço público nos termos do artigo 177, § 2º da Constituição Federal e obter por via de consequência o benefício das Leis nº 7.133, de 13 de janeiro de 1978, e nº 7.511, de 15 de junho de 1981, que regulam a efetivação de servidores estaduais já estáveis por força de disposição constitucional.

O artigo 1º da Lei nº 7.133/78, que se transcreve para melhor visualização, assinalou o prazo decenal de 180 dias para que servidores da Administração Direta e de Autarquias do Estado, já estabilizados por força constitucional, requeressem efetivação.

"Art. 1º — Os atuais servidores da Administração Direta e das Autarquias, estáveis em decorrência de disposição constitucional serão considerados efetivos desde que, sob pena de decadência do direito ora conferido, o requeriram no prazo de 180 dias do início da vigência desta Lei."

Posteriormente as Leis nº 7.199, de 30 de outubro de 1978 e nº 7.511, de 15 de junho de 1981 reabriram o prazo para o exercício do direito à efetivação e, ainda, esse último dispositivo interpretando o artigo retrotranscrito declarou que estáveis também deverão ser considerados para fins dessa efetivação os servidores que adquiriram estabilidade em decorrência do disposto no artigo 165, item XIII da vigente Constituição da República.

Isso quer significar que pela legislação estadual citada terão direito à efetivação os servidores estabilizados por força de disposição constitucional.

O artigo 177, § 2º da Constituição da República de 1967 estabeleceu como pressupostos básicos à aquisição dessa estabilidade a existência de vínculo jurídico do servidor com Administração Federal, Estadual ou Municipal, direta ou autárquica, em 24 de janeiro de 1967 e o período de 5 anos de serviço público quer sob regime estatutário ou trabalhista.

"§ 2º — São estáveis os atuais servidores da União, dos Estados e dos Municípios da Administração Centralizada ou Autárquica que à data da promulgação desta Constituição, contem, pelo menos, 5 anos de serviço público."

Procurando adequar a regra constitucional da estabilidade à situação funcional constante do expediente, ou seja a verificação do tempo de serviço e demais pressupostos emergentes do mandado constitucional, constata-se das certidões trazidas como suporte fático que a requerente ingres-

sou no serviço público municipal em 1946, como professora de 1ª entrância, da Prefeitura Municipal de Caçapava do Sul, e à época da promulgação da Constituição de 1967, mantinha esse vínculo com a Administração Municipal.

Em 1º de janeiro de 1969, *exonerou-se, a pedido*, do cargo de professor municipal, ficando em exercício como contratada pelo DIMEP no Município, até 28 de fevereiro de 1970.

A partir de março de 1970, foi contratada como professora municipal pelo DIMEP, pela Prefeitura de Santa Maria onde permaneceu até 28 de fevereiro de 1975. Em 1º de março de 1975 a 19 de março de 1976 foi novamente contratada pela Prefeitura Municipal de Caçapava do Sul, data em que se desvinculou do município pela rescisão desse contrato.

O início do vínculo com a Administração Estadual iniciou em 17 de março de 1976 como professora do Ensino Médio II, contratada, na 13ª Delegacia de Educação de Caçapava do Sul e se mantém atualmente. É com base nessa posição funcional que a professora peticionária postulou sua estabilidade e conseqüente efetivação no Estado.

O artigo 177, § 2º da Constituição da República ao considerar estáveis os servidores da Administração Estadual, Municipal ou Federal que contassem pelo menos cinco anos de serviço público em 24 de janeiro de 1967, especificou como destinatários os *atuais servidores*, ou seja, aqueles que àquela data mantivessem vínculo com o poder público. Condição que à época a servidora requerente possuía em relação ao poder público municipal. No entanto, ao se exonerar das funções de professora municipal em 1969 e iniciar nova trajetória funcional em 1976, agora vinculada à Administração Estadual, rompeu a continuidade administrativa que lhe asseguraria o benefício da estabilidade excepcional prevista no § 2º do artigo 177 da Constituição Federal.

Esse o entendimento do Recurso Extraordinário nº 77.510, que teve como Relator o Ministro Oswaldo Nogueira e que, à unanimidade, acolhendo Parecer da Procuradoria-Geral da República assim transcreveu *in verbis* no relatório:

"Cabe finalmente, acrescentar que, no caso, o recorrido, à vista do artigo 177, § 2º da Constituição, não tem direito a ver reconhecida a sua estabilidade nem como funcionário nem como contratado.

De fato, quanto aos cargos que ocupava na data da promulgação da Constituição, o recorrido como ele próprio expôs (fls. 2) deles se exonerou, a pedido. Com relação ao que ocupava (e possivelmente ainda ocupa) quando do ajuizamento da causa, no mesmo foi admitido só em 4 de julho de 1968, isto é, posteriormente à promulgação da Carta Magna de 1967.

É mais adiante ao proferir seu voto, o insigne relator decidiu:

Por outro lado, é evidente o descumprimento do disposto no artigo 177, § 2º da Constituição de 1967, que somente concedeu estabilidade aos servidores que a 24 de janeiro daquele ano contassem cinco anos de serviço público. Ora o recorrido não pode ser estabilizado na situação que tinha em 1967, porque pediu exoneração em 1968, dos cargos e funções que ocupava. Nestas condições não poderia pleitear estabilidade a posteriori, quando já não integrava os quadros do serviço público, sob o regime estatutário." (Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, volume 121, julho/setembro de 1975, página 196).

Tendo presente o exposto, pode-se afirmar que prejudicada se acha com relação à requerente a buscada efetivação com base nas Leis nº 7.133, de 13 de janeiro de 1978, e nº 7.511, de 15 de julho de 1981, uma vez que o pressuposto legal da estabilidade no serviço público não se insere na sua situação funcional, razão porque se opina pelo indeferimento do pedido de reconsideração interposto pela professora do Ensino Médio II, L.S.R.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 23 de maio de 1984.

Of. Gab. 522/84

Porto Alegre, 23 de maio de 1984.

SENHOR GOVERNADOR:

Examinou o Conselho Superior desta Procuradoria-Geral expediente em que L.S.R., Professora do Ensino Médio II, contratada, com regime de 22 horas semanais de trabalho, requer seja-lhe decla-

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

Finalmente, ainda na Secretaria da Segurança Pública, DPI-ASSESP-DAE-DPI, no Parecer nº 06/83, Decreto estadual nº 28.656, de 22 de março de 1979 (Regimento Interno), no artigo 371, XI, dá ao Diretor de Departamento certas competências, mas não aquela sob exame, expressamente. Segue que a Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, subsidiária da Lei nº 7.366/80, no artigo 1º, parágrafo único, refere ao exercício e no artigo 33 e artigo 166, § 2º, dá a solução adequada: "em casos excepcionais, far-se-á justificação administrativa, perante comissão", sendo que tal comissão, na Polícia Civil, seria o Conselho Superior (artigo 124, item VII, da Lei nº 7.366/80).

Ante a divergência de soluções, vem a matéria à audita da Procuradoria-Geral do Estado. É o relatório.

Para introdução entendo necessário mencionar que a totalidade dos interessados ingressou na Escola de Polícia e obteve posterior nomeação para os cargos após a vigência da Lei nº 5.600, de 8 de janeiro de 1968, que regulou detalhadamente os direitos e deveres do aluno servidor e do aluno estagiário ao serviço público, categoria a qual pertencem os requerentes.

Eis as normas de interesse:

"Art. 8º — O aluno matriculado regularmente em qualquer dos cursos de formação, ficará a partir da data do início das aulas, que são de frequência obrigatória, sujeito, exclusivamente, ao regime escolar, percebendo vantagens mensais correspondentes a cinquenta por cento (50%) do vencimento básico do cargo respectivo.

§ 1º — Concluído o curso, os alunos aprovados e classificados para as vagas existentes no cargo respectivo, terão direito à percepção das vantagens de que trata o presente artigo, no período compreendido entre a data da conclusão do dito curso e a data da nomeação e posse do cargo referido, sendo aproveitados, nesse período, a título de estágio para treinamento prático.

"Art. 9º — Contar-se-á como tempo de efetivo serviço público, para todos os efeitos de lei, o período de duração dos respectivos cursos de formação da Escola de Polícia."

Tomando por base a legislação acima transcrita, a Secretaria da Segurança Pública, acertadamente, passou a expedir certidões de tempo de serviço, relativamente ao aluno da Escola de Polícia, considerando duas etapas: a efetividade do aluno bolsista, baseada na frequência ao curso completada com a efetividade do aluno estagiário que se estende até o limite legal permitido: a posse no cargo, contado tal tempo como de efetivo serviço público para todos os efeitos de lei.

Uma vez empossado no cargo, não se há de examinar a situação dos solicitantes como alunos, pois não mais o são, mas como funcionários públicos, qualidade na qual se lhes investiu a lei com o implemento das formalidades.

Para o funcionário A.A.C., Radiotelegrafista Policial, nomeado em 31 de outubro de 1968, aplicavam-se as disposições da Lei nº 1.752, de 22 de fevereiro de 1952 (Estatuto dos Servidores da Polícia Civil), as quais, além da incidência subsidiária da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952 (artigo 2º), ainda previa:

"Art. 16 — Os funcionários policiais deverão tomar posse de seu cargo no prazo de quinze dias, contados da data da publicação do ato de nomeação no órgão oficial. (...)

§ 1º — A posse do servidor da Polícia Civil do Estado será solene, compreendendo na primeira investidura, o "Compromisso Policial", a assinatura da ata de posse e, se for funcionário policial, a entrega das credenciais e do distintivo, além de qualquer outra formalidade prevista no Estatuto dos Funcionários Cíveis do Estado. (...)

§ 4º — O exercício do cargo policial terá início dentro de quinze dias, contados da data da posse ou da publicação oficial nos casos de remoção ou promoção. No interesse do serviço, o Chefe de Polícia poderá determinar que o funcionário policial assumirá sem demora o exercício do cargo.

Diz a propósito, com proficiência, RUY CIRNE LIMA, que "a investidura do funcionário não subjetiva, de um golpe, todos os direitos que o direito objetivo lhe enuncia, incorporando-os, desde logo ao conteúdo da relação jurídica, que se estabelece entre ele e o Estado. Pela investidura, o indivíduo adquire, antes de tudo, o 'status' de funcionário, — mero requisito para que se lhe tornem aplicáveis aquelas disposições de direito objetivo, à proporção que se verificarem os demais pressupostos de sua aplicação" (Princípios de Direito Administrativo, Sulina, 1964, p. 166).

Ao enunciar em separado a disciplina jurídica da nomeação, da posse e do exercício, dando a cada qual contornos próprios, quis o legislador, como dito na lição do ilustre RUY, decorrentemente reservar-lhes conseqüências particularizadas: então, "vencimento é a retribuição para o funcionário pelo efetivo exercício do cargo" (artigo 70, Lei nº 1.751, de 1952), ou "ao funcionário que, durante

dez (10) anos ininterruptos, não se houver afastado do exercício de suas funções estaduais, é assegurado o direito de gozar licença-prêmio" (artigo 162), ou, na apuração do tempo de serviço normal para a promoção, aposentadoria e gratificações adicionais "serão computados os dias de efetivo exercício, à vista das folhas de pagamento ou das fichas funcionais" (artigo 166, § 1º). Então, ao inaugurar a relação institucional, a nomeação serve de termo inicial para a posse, ao passo que com esta o cidadão se investe em cargo público e ela marca o termo inicial do prazo para a entrada em exercício; "a entrada em exercício é que põe o indivíduo na plenitude do estado de funcionário e a ele, é a regra geral, está ligada pelo nexo de causa e efeito, a aquisição de direitos e vantagens garantidos ao servidor público" (VASCONCELOS, Justino, Legislação Aplicável à Função Pública, Sulina, 1952, p. 131).

Enumerando os direitos dos funcionários públicos, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, fundamentado em lição de BIELSA, lembra que há, além do direito ao exercício, como gênero do direito ao trabalho, os "direitos que se fundam no exercício", de "várias espécies: a contagem do tempo de serviço, para vários efeitos, além do constitucionalmente previsto, a estabilidade, as férias, as licenças e a percepção dos vencimentos" ("Curso de Direito Administrativo", Forense, 1976, p. 232).

Manifesta A. A. CONTREIRAS DE CARVALHO, a seu turno:

"Em nosso Direito, a posse marca o momento em que o cidadão manifesta a sua vontade de aceitar o cargo para o qual foi nomeado. Mas, se, por um lado, a posse marca esse momento, investindo a pessoa nomeada na qualidade de 'funcionário', por outro lado, somente o exercício gera propriamente direitos para o servidor, como, por exemplo, o de vencimento ou remuneração, que é a retribuição paga pelo Estado pelo efetivo 'exercício' do cargo. Também a contagem de tempo de serviço, para os seus diversos efeitos, é feita desde a data do início do exercício e não da posse, daí a importância do registro, no assentamento individual do funcionário, do início das interrupções e do reinício do exercício do cargo." (O Estatuto dos Funcionários Públicos Interpretado, Livraria Freitas Bastos S.A., 1957, v. 1/187).

No mesmo sentido a lição de MIGUEL MARIENHOFF:

"Uma coisa é o que se refere quando fica 'aperfeiçoada' a relação jurídica entre o Estado e seu agente público e outra muito distinta é quando nascem ou começam os 'direitos' do funcionário ou empregado público. Estes nascem quando o agente toma posse de seu emprego e começa a exercer as respectivas funções. Assim, o direito à percepção do vencimento, à contagem da antiguidade, seja para promoções ou aposentadoria, etc. não começam senão desde esta tomada de posse e do efetivo exercício das funções: do contrário, os direitos que pretendesse o funcionário careceriam de 'causa' jurídica. Dir-se-ia que entre os direitos que pretendesse o agente público e a posse efetiva do emprego, existe a mesma relação que entre a posse de uma coisa e os direitos que sobre ela pretendesse o seu proprietário: assim como os direitos do último só nascem depois da tradição ou posse material da coisa (Código Civil, artigos 577 e 3265), do mesmo modo o direito do funcionário ou empregado público somente nasce da posse efetiva do seu emprego. Trata-se de um ponto onde as soluções do direito privado e do direito público coincidem." (Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Tomo III-B, p. 214).

Dai impor-se a conclusão de que o exercício real do cargo ou o seu exercício ficto — nas hipóteses enumeradas em lei — é que servem de base à aquisição dos direitos pelo funcionário público.

No caso do servidor A.A.C., o exercício real do cargo iniciou em 14 de novembro de 1968, enquanto, fundada em exercício ficto, a relação protraíra ao "início das aulas" no curso respectivo na Escola de Polícia estendendo-se para frente até a "posse no cargo", ou seja, até 12 de novembro de 1968, computando-se tal período como se de efetivo serviço público se tratasse, porque assim o mandam os artigos 8º e 9º da Lei nº 5.600, de 8 de janeiro de 1968, em vigor e incidentes sobre a relação jurídica à época em que se deram tais fatos.

Quando entrou no exercício real, em 14 de novembro de 1968, deixou o servidor policial, por descuido, uma lacuna de dois dias na sua efetividade, provocando o reinício da contagem do tempo de "exercício ininterrupto" para a aquisição de vantagens funcionais determinadas, como v.g.; a licença-prêmio.

Este lapso, segundo entendimento manifestado no órgão consulente, corresponde a "período de trânsito" equivalente a efetivo exercício por presunção legal (à época, o artigo 117, § 2º, Lei nº 1.751, de 1952). No entanto, vale considerar que o nominado "período de trânsito" é disposição acessória do cabeçalho do artigo 117, da Lei nº 1.751, que concede ajuda de custo ao funcionário que passar a ter exercício em "nova sede", em virtude de "transferência", "remoção" ou "nomeação para cargo em comissão".

Na hipótese do aluno egresso da Escola de Polícia, não há como falar-se em "nova sede", porque a frequência às aulas já é um tempo de serviço presumido, e não se há de presumir por extensão que o aluno esteja "sediado" em Porto Alegre.

Demais disso, para o servidor no caso em tela, não se dá "transferência" ou "remoção", ou "nomeação para cargo em comissão", mas "lotação" nas delegacias regionais no interior do Estado.

Sendo dissemelhantes os institutos é impossível estender-se o § 2º do artigo para acobertar situação não prevista em lei como de exercício ficto.

Acenou a Secretaria da Segurança com outra alternativa, seja, a de que se realizasse justificação de tempo de serviço perante o Conselho Superior de Polícia, por tratar-se aqui de "casos excepcionais" como alude o artigo 166, § 2º, da Lei nº 1.751, de 1952.

Todavia, o artigo 166, invocado, manda apurar em dias o tempo de serviço normal, para efeito de promoção, aposentadoria e gratificações adicionais, utilizando-se, para tanto, as folhas de pagamento ou as fichas funcionais. Não as havendo mais, como no caso de extravio, destruição ou perda, e esses são os casos excepcionais de que trata a Lei, far-se-á uma justificação, comprovando por meios outros (que não os assentos financeiros ou funcionais) a prestação do trabalho e a contraprestação pecuniária dos cofres públicos.

A hipótese sob exame, entretanto, não se coaduna com a justificação prevista no Estatuto, justamente porque é consabido, de antemão, que não houve o fato prestação e o fato contraprestação pelo servidor e pela Administração, respectivamente.

Aliás, em consonância com este entendimento, expressara o extinto Conselho de Serviço Público, no Parecer nº 3431, que a justificação admitida excepcionalmente pelo Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado visa a "resguardar a situação daqueles funcionários que, em virtude de um sinistro, tivessem perdido todos os elementos de prova de sua vida funcional", acrescentando: "a lei permite que, por exceção, em casos especiais, se supra, mediante justificação, a falta das folhas de pagamento ou ficha funcional no que se refere ao tempo de serviço. Mas, em hipótese nenhuma, que a admissão ou ingresso, documentalmente provado, se faça retroagir vários meses".

Correta, então, é a orientação adotada na prática pela Secretaria da Segurança Pública, como relatado na Secretaria da Administração: ao tomar posse, o servidor policial deve encaminhar-se ao Departamento de Polícia do Interior, para fins de lotação, correndo por responsabilidade do DPI a efetividade do servidor até a assunção no cargo, no prazo máximo de quinze dias, findos os quais o ato de nomeação poderá ser revogado.

Convém trazer à compulsão, demais disso, a circunstância de que os demais servidores ingressaram na Polícia Civil, como funcionários públicos, sob a égide da Lei nº 6.194, de 15 de janeiro de 1971, que, tratando dos direitos do aluno da Escola de Polícia, prescreveu:

"Art. 9º — O aluno matriculado regularmente em qualquer um dos cursos de formação ficará sujeito ao regime escolar, percebendo as vantagens estabelecidas em Lei.
Parágrafo único — A frequência aos cursos de formação profissionais da Escola de Polícia, para primeira investidura, é considerada como tempo de serviço efetivo para todos os efeitos legais, exceção feita a estágio probatório e férias."

Colacionada com a disposição original — artigo 9º da Lei nº 5.600, de 8 de janeiro de 1968 — nota-se que o Estatuto dos Servidores da Polícia Civil de 1971 (Lei nº 6.194, de 15 de janeiro de 1971) foi mais restritivo, pois, ao invés de computar o tempo da Escola de Polícia "para todos os efeitos de lei", colocou-lhe duas exceções: não é computável para estágio probatório nem para férias.

Ao disciplinar a posse e o exercício, em seções próprias, a Lei nº 6.194 tornou a utilizar as concepções clássicas, ao dizer:

"Art. 10 — Os servidores nomeados deverão tomar posse no cargo no prazo de quinze (15) dias, contados da data da publicação do ato de nomeação no Diário Oficial (...)"

Art. 11 — A posse será solene, compreendendo na primeira investidura, o compromisso policial, a assinatura da ata de posse e a entrega de credenciais e de arma de uso pessoal (...)"

"Art. 12 — O exercício do cargo terá início dentro de quinze (15) dias, contados da data da posse ou, da publicação oficial do ato, nos casos de remoção e transferência (...)"

Dispôs, ademais, no artigo 13:

"Art. 13 — Em princípio os servidores integrantes das carreiras policiais terão exercício em unidades de trabalho no interior do Estado, enquanto não se tornarem efetivos nos cargos.

Parágrafo único — Excepcionalmente, e atendendo a casos especiais, poderá ser

dispensada, no interesse da administração policial, a determinação contida neste artigo, por ato do Secretário da Segurança Pública."

Finalmente, em seu artigo 116, revoga expressamente a Lei nº 1.752, de 1952, permitindo, no entanto, a aplicação subsidiária da Lei nº 1.751, de 1952, por autorização contida no artigo 3º.

No que concerne a "períodos de trânsito", a Lei nº 6.194 é silente, mesmo quando trata da concessão de ajuda de custo. Daí, provavelmente, a adoção, pela Secretaria da Segurança Pública, ou a continuação da orientação no sentido de, através da lotação feita pelo Departamento de Polícia do Interior, caber a este setor proporcionar efetividades ao servidor — mediante exercício presumido ou ficto — nos dias que, entrando em exercício na Capital, leva para deslocar-se para as unidades de trabalho no interior do Estado.

Interessa considerar, diversamente de que alhures entendeu o órgão consultante através do SAE-DAP, que a Administração Pública, ao pretender a observância das regras especiais, relativamente à nomeação, posse e exercício na Polícia Civil — aliás, muito mais solene do que dos demais funcionários — quer resguardar-se como prestadora do serviço público e quer resguardar os direitos do prestador do serviço público. Não há cabimento para a alegação de "ubiquidade", quando o funcionário policial toma posse, solenemente, em um setor da Secretaria e dirige-se a outro, onde lhe é conferida lotação nas delegacias regionais do interior e lhe é assinalado o prazo — máximo de quinze dias —, com assecuração plena da efetividade, até o início do exercício real da função.

Se, como nos casos tratados nos processos, os interessados, após as formalidades da posse, esqueceram ou descuidaram em procurar o setor responsável por sua lotação e efetividade, resta-lhes senão arcar com as consequências da interrupção do exercício.

Tampouco milita em prol dos requerentes a superveniência de novo Estatuto dos Servidores da Polícia Civil — Lei nº 7.366, de 29 de março de 1980.

Seguindo a esteira da legislação antecedente, o atual Estatuto acolhe a aplicação subsidiária da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952 (artigo 1º, parágrafo único), regula, em seções separadas a nomeação e posse (artigos 9º a 11) e o exercício (artigos 12 a 14). Ao tratar, no entanto, especificamente das "remoções" e "substituições", nos artigos 17 a 22, determina no artigo 18 que o "período de trânsito", duração máxima de quinze dias, seria computado como de "efetivo serviço". Daí o cabimento das questões tais: seria este o período correspondente ao lapso na efetividade dos postulantes e, caso afirmativo, aplica-se a lei nova a situações consolidadas ao tempo do Estatuto anterior? Ora, os institutos da "lotação", da "remoção" e da "transferência" são perfeitamente distintos na concepção juspublicística, cada qual guarnecido com atributos e consequências peculiares.

Por "lotação", diz o Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, aqui incidente, artigo 36, entende-se "o número de funcionários que devam ter exercício em cada repartição ou unidade de trabalho"; no caso dos servidores policiais egressos da Escola de Polícia — primeira investidura —, aqui tratado, a lotação far-se-ia em unidades de trabalho no interior do Estado (artigo 13, Lei nº 6.194, de 1971), por determinação de lei, como visto.

"Remoção" consiste no "deslocamento de funcionário de uma repartição para outra, sem alteração de seu 'status', dentro do quadro a que pertence" (CRETELLA JÚNIOR, José, 'Dicionário de Direito Administrativo', Forense, 1978, p. 450), operando-se a pedido, de ofício por conveniência do serviço ou por conveniência da disciplina (artigo 17, Lei nº 7.366, de 1980), pressupondo: lotação anterior (o que inoocorre com os peticionários) e o deslocamento subsequente por um dos três motivos legais, após um ano de exercício na localidade, situações que concretamente não se delinearam.

Quanto à "substituição" é "processo pelo qual o superior hierárquico ocupa o cargo de inferior hierárquico, ou vice-versa, executando os atos de competência deste" (CRETELLA JÚNIOR, José, op. cit., p. 499), podendo ser feita por Delegado de Polícia em relação ao titular da Delegacia de Polícia ou por Comissário, Inspetor ou Escrivão de Polícia, em Delegacia de Polícia de 1ª categoria, para responder pelo expediente (artigo 22, Lei nº 7.366, de 1980), situação totalmente diversa daquela trazida nos processos.

Destarte, quando há o deslocamento permanente do servidor policial de uma para outra sede ou o provisório, para substituição, sempre pressupondo uma lotação e exercícios anteriores, o período em que o policial se desloca é considerado "trânsito" e se lhe remunera e conta como de serviço público, sem quaisquer prejuízos, desde que não ultrapasse quinze dias ou mais de trinta dias, em casos especiais de prorrogação.

Nada tem a ver, consequentemente, com as hipóteses sob exame.

É impertinente, demais disso, analisar as implicações intertemporais da vigência de três Estatutos distintos sobre as relações jurídicas enfocadas, porquanto, justamente naquilo que aos solicitantes interessa, a matéria não sofreu ao longo desses anos alteração substancial ou alteração capaz de render-lhes ensejo ao aproveitamento, como se de serviço real ou ficto se tratasse, das frações de

tempo que se intercalaram entre a posse dos interessados nos cargos respectivos e a entrada — material ou presumidamente — no exercício das respectivas atribuições.

A falha na efetividade é fato incontroverso, insuscetível de ser ora sanada, salvo por futura disposição expressa de lei, resultando daí a convicção de que o pedido não reúne condições de ser acolhido, sendo no sentido indeferitório minha conclusão.

PORTO ALEGRE, 31 de maio de 1983.

Of. Gab. 715/83

SENHOR GOVERNADOR:

A.R. e OUTROS, todos servidores policiais, pleitearam fosse considerado como de efetivo exercício o período entre a posse nos respectivos cargos e a entrada no exercício real das suas atribuições, considerando que foram lotados em regiões policiais no interior do Estado, sendo-lhes necessário o deslocamento.

A matéria foi examinada em diversos setores da Polícia Civil e da Administração Superior da Secretaria da Segurança Pública, vindo, afinal, a esta Procuradoria.

O Parecer nº 5.271, que ora submeto à apreciação de Vossa Excelência, conclui que tanto sob a égide da Lei nº 6.194, de 15 de janeiro de 1971 (anterior Estatuto dos Servidores Policiais), como da Lei nº 7.366, de 29 de março de 1980, o período que medeia entre a posse do policial no cargo para o qual foi nomeado e o início de seu real exercício, não constitui "trânsito", no sentido legal, não podendo, portanto, ser computado como de efetivo exercício ou serviço, com tal fundamento, não existindo qualquer norma legal que abrigue tal pretensão.

Endosso essa conclusão.

Ao ensejo, renovo a Vossa Excelência a manifestação de meu apreço.

FRANCISCO SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

A Sua Excelência o Senhor Doutor JAIR SOARES
DD. GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PALÁCIO PIRATINI

ACUMULAÇÃO DE CARGOS E FUNÇÕES

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

PARECER Nº 5.697

ACÚMULO INDEVIDO.

A COMPANHIA UNIÃO DE SEGUROS GERAIS não deve ser considerada como sociedade de economia mista para os efeitos específicos do § 2º do artigo 99 da Constituição Federal. A percepção de gratificação de equivalência por servidor que foi colocado, pela Companhia antes referida, à disposição da Casa Civil do Gabinete do Senhor Governador, e que exerce cumulativamente cargo de professor estadual, configura acúmulo vedado pelo "caput" do artigo 99 mencionado.

A Senhora SECRETÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO solicita parecer sobre o enquadramento ou não da COMPANHIA UNIÃO DE SEGUROS GERAIS no artigo 99, § 2º, da Constituição Federal, que estende as regras sobre acúmulo às sociedades de economia mista.

A indagação prende-se ao fato do servidor F. D. B. apresentar a seguinte situação funcional:

a — Professor efetivo do Ensino Médio II (Cadeira de História).

b — Assessor II da Companhia União de Seguros Gerais (onde, por último, exercia o cargo de Supervisor) e atualmente em exercício na Casa Civil do Gabinete do Governador, para onde foi designado (na condição de Assessor II), percebendo gratificação mensal equivalente ao valor do AS-6.

É o relatório.

2. A COMPANHIA UNIÃO DE SEGUROS GERAIS é uma sociedade seguradora, de capital aberto, funcionando nos moldes da Lei das Sociedades Anônimas, fundada em 1981, e integrante do Sistema Nacional de Seguros Privados.

Quando a entidade já contava em 77 anos de existência, o Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A, em Assembléia Geral Extraordinária, em 25 de outubro de 1968, adquiriu seu controle acionário, numa operação normal de mercado e sem autorização legislativa.

Não contém ela qualquer participação acionária direta do Estado.

3. Para podermos enquadrar a COMPANHIA UNIÃO na parte final do § 2º do artigo 99 da Constituição Federal, que estende a proibição do acúmulo, dirigida aos funcionários públicos, em relação às posições exercidas na Administração Indireta (— regra restritiva que, de acordo com os melhores princípios de hermenêutica, deve merecer interpretação estrita —), mister é precisar se tal Companhia pode ser considerada, para tal efeito, como sociedade de economia mista, espécie que não se constitui em novo modelo societário, mas simples modalidade de constituição do capital social de uma sociedade anônima.

Para tanto, imperioso é deter-nos nas disposições legais que regem a matéria.

De acordo com a Lei federal nº 6.404, 15 de dezembro de 1976, artigo 236, "caput", as sociedades de economia mista serão tão-somente aquelas cuja constituição for autorizada por via legislativa.

O Decreto-lei nº 200/67, que dispôs a respeito da Reforma Administrativa Federal, mesmo permitindo que o acionista majoritário de tais entidades possa ser tão-somente outra entidade da Administração Indireta, exige igualmente a participação do Legislativo no ato de criação de uma sociedade de economia mista (artigos 4º e 5º).

Já no Estado do Rio Grande do Sul, uma vez que não são vinculativos para os Estados-membros os conceitos do Decreto-lei nº 200/67, adotou-se definição mais restrita de Administração Indireta. Pela redação do artigo 1º, § 2º do Decreto nº 19.801, de 8 de agosto de 1969, deduz-se que será tão-somente integrante da Administração Indireta Estadual aquelas entidades de direito público ou privado cujo controle acionário pertença ao Estado, pessoa jurídica de direito público interno. Foi o que já se sustentou nesta Procuradoria-Geral do Estado, no Parecer nº 5122, do Procurador do Estado, EULÁLIA MARIA GUIMARÃES, examinando a situação da BANRISUL ARMAZENS GERAIS. Na mesma linha, o Procurador do Estado, ELIANA DONATELLI DE MOURA analisando, em trabalho de doutrina, as sociedades de economia mista frente à nova Lei de S/A refere que "outro aspecto importante reside no fato de que, no âmbito administrativo federal, o conceito de sociedade mista possui maior abrangência, na medida em que compreende não só as companhias sujeitas a controle acionário per-

manente da União, mas também as sujeitas a dito controle por parte da Administração Indireta Federal". Já no Rio Grande do Sul, segundo ela, o conceito de sociedade de economia mista "é mais restrito, só abrangendo as companhias que, atendidos os demais requisitos conceituais, estejam sob controle acionário do Estado. Existem sociedades anônimas, sob controle acionário, por exemplo, do Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A, este havido como companhia mista, enquanto aqueles são reputados sociedades anônimas comuns (Sociedades de Economia Mista na nova Lei das Sociedades Anônimas (O Acionariado do Estado) POA, Atrium, 1978, p.26).

4. Segundo a doutrina, a necessidade de lei especifica para que se criem sociedades mistas "não advém apenas da exigência de legitimar o emprego de recursos do orçamento público, mas da razão a justificar o intervencionismo mediante a exploração direta da atividade econômica, em caráter suplementar da iniciativa privada (artigos 163 e 170 da Constituição Federal)" (LUIZ RAFAEL MAYER, "Participação de Sociedades de Economia Mista em outras sociedades" — RDP, vol. 61, p. 66-71).

Quanto aos demais requisitos que caracterizam uma companhia mista, tais como a circunstância de ficar em mãos do Estado, seja direta ou indiretamente, o controle da sociedade, pelo maior ingresso de capital público, ou ainda, pela afetação da sociedade a uma finalidade pública, a doutrina não assimila critérios uniformes. No que tange, porém, ao requisito da criação legal, o entendimento doutrinário é tranqüilo pelo menos após a edição da Lei federal n.º 6.404/76. Não será, por certo, este único aspecto que irá caracterizar uma sociedade mista, mas de qualquer modo, é uma exigência inarredável (v. Parecer do Procurador do Estado, ALMIRO DO COUTO E SILVA, "Controle de Empresas Estaduais, RDP, vol. 55-56, p. 113-128).

5. Mesmo em relação às subsidiárias de economia mista, também denominadas pela doutrina de sociedades de economia mista de 2º grau, ou seja, aquelas cujo controle pertence a uma outra companhia mista, esta exigência se faz presente. Se a subsidiária for criada por lei ou so, pelo menos a entidade matriz possuir autorização legal para criar subsidiárias, teremos uma sociedade de economia mista. Caso contrário, a Companhia obedecerá o regime das sociedades anônimas comuns (Cf. ARNOLD WALD — "As Sociedades de Economia Mista e a nova Lei de S/A", RF, vol. 268, 1979, p. 395-404, SERGIO ANDREA FERREIRA, "O Direito Administrativo das Empresas Governamentais Brasileiras", RDA, vol. 136, p. 18-22; WALTER DOUGLAS STUBER, "Natureza jurídica da subsidiária de sociedade de economia mista", RDA, vol. 150, p. 18-34).

6. Agora as economias mistas de 1º e as de 2º graus, as subsidiárias mistas, a doutrina considera ainda as meras participações acionárias do Poder Público, seja diretamente, seja através de sua Administração Indireta, mediante a simples aquisição de ações de outras empresas privadas, sem que ocorra a criação de uma nova companhia mista. Nestes casos a situação do acionista é meramente transitória e esporádica, e pode cessar independente da lei ou decreto.

Denomina SÉRGIO ANDREA FERREIRA tais espécies de "entidades de participação" que podem, no máximo constituírem-se em "antes de cooperação," *verbis*:

"A participação do Poder Público, mediante a aquisição de ações de empresas privadas, pode constituir mera participação acionária ou financeira, representativa de simples investimento ou garantia especial de negócios jurídicos, do que é exemplo a tomada de ações por bancos de desenvolvimento federais, regionais e estaduais, de empresas beneficiárias de financiamentos seus (...). Não ocorre, no caso, a transmutação em sociedade de economia mista.

Com efeito, se a entidade criada, ou de que venha a participar a sociedade de economia mista, não preencher os requisitos e pressupostos caracterizadores dessa espécie, teremos simples participação acionária ou financeira daquela primeira entidade particular (que continua como tal), ou no máximo, o surgimento de um ente de cooperação, processo pelo qual surgem os entes paradministrativos, isto é, próprios, mas fora da AP." (RDA, vol. 136, 1979, p. 18-22).

A nova Lei de S/A trata especificamente destas "empresas de participação de economias mistas" no artigo 237, § 2º, e, a fim de tentar coibir que as companhias mistas explorem atividades não previstas na respectiva autorização legislativa, dispõe:

"Art. 237, § 1º — A companhia mista somente poderá participar de outras sociedades quando autorizadas por lei, ou no exercício de opção legal para aplicar imposto de renda em investimento para desenvolvimento regional ou setorial." (grifei)

7. Não podemos deixar de considerar que o legislador federal, em disposição transitória (artigo 296, § 6º, da Lei n.º 6.404/76), afastou, para as participações existentes à data da lei, a exigência de autorização legal referida no anterior artigo 237, § 1º. Veja-se, no entanto que foi afastada apenas a autorização legal para participação e não para criação de uma economia mista.

8. Não podemos, igualmente, desconsiderar a inafastável incidência do § 2º do artigo 235 da mesma lei quando determina a não-aplicação das disposições especiais destinadas, no capítulo próprio, às sociedades de economia mista, "às companhias de que participarem majoritariamente ou minoritariamente, as sociedades de economia mista", que, por isso mesmo, ficarão sujeitas ao regime das sociedades anônimas comuns.

Não é outro o ensinamento de doutrina (DARCY ARRUDA MIRANDA JUNIOR, *Breves Comentários à Lei de Sociedades por Ações*, Saraiva, 1977, p. 321; FRAN MARTINS, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, RJ, Forense, 1978, vol. III, p. 198).

9. Em face destes postulados legais e doutrinários, entendo que, para os efeitos específicos contidos no § 2º do artigo 99 da Constituição Federal, que como antes vimos deve merecer interpretação estrita, a COMPANHIA UNIÃO DE SEGUROS, por não ter sido criada por lei, ainda que a participação acionária do Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A, operada em termos normais de mercado, tenha ocorrido em data anterior à vigência da Lei n.º 6.404/76, não deve ser considerada como economia mista, mas uma sociedade anônima comum que se constitui em mera "empresa de participação" da entidade financeira antes referida.

10. Tratando de caracterizar entidades cuja participação tenha ocorrido em data anterior à vigência da Lei n.º 6.404/76, ou mesmo do Decreto-lei n.º 200/67, a jurisprudência do Pretório Excelso não tem dado solução diversa da ora esposada (RDA, vol. 143, p. 118-120; vol. 145, p. 170-172, RTJ, vol. 100, p. 75).

11. Ressalvo, no entanto, que o exame da natureza jurídica da COMPANHIA UNIÃO DE SEGUROS GERAIS ocorre, neste parecer, tão-somente para os efeitos próprios e específicos do § 2º do artigo 99 da Constituição Federal, que contém enumeração taxativa, não aplicável por legislação ordinária, conforme orientação já preconizada nesta Procuradoria-Geral do Estado, através do Parecer n.º 4303, do Procurador do Estado, Doutor ALMIRO DO COUTO E SILVA, publicado na Revista da Procuradoria-Geral do Estado, vol. 27, p. 93-95. Afastado, deste modo, restou o exame de outras situações de intervenção e controle do Poder Público, bem como para o efeito de fiscalização financeira e orçamentária do Tribunal de Contas, nos termos da Lei federal n.º 6.223, de 14 de julho de 1975, artigo 7º.

12. Apreciada tal questão, que constitui, aliás, a razão principal da solicitação de parecer por parte da Titular da Pasta da Administração, deparemos-nos com situação peculiar no caso dos autos que nos leva a concluir, na hipótese, por acúmulo indevido de funções públicas.

13. Acontece que o professor em questão, na condição de Assessor II da COMPANHIA UNIÃO DE SEGUROS GERAIS, foi designado para ter exercício na Casa Civil do Gabinete do Governador e lá percebe uma gratificação mensal equivalente ao valor do AS-6.

Esta atribuição tem por fundamento legal o artigo 5º da Lei n.º 6.417, de 22 de setembro de 1972, que possibilita "a todos os servidores em exercício no Gabinete do Governador" a percepção da vantagem de que trata a Lei n.º 2.331, de 16 de janeiro de 1954.

Se a situação de empregado da COMPANHIA UNIÃO DE SEGUROS GERAIS é insuficiente para caracterizar um acúmulo indevido em relação à posição de professor estadual, por não se enquadrar aquela entidade, em termos estritos, na enumeração taxativa do § 2º do artigo 99 da Constituição Federal, o mesmo já não acontece em relação à posição do magistério estadual cumulada com a de servidor em exercício no Gabinete do Senhor Governador, com atribuição de gratificação, ainda que esta vantagem possa ser considerada como um *plus* em relação à remuneração que percebe como empregado da Companhia de Seguros, vez que na hipótese ocorre um acúmulo remunerado de cargo e função pública, vedado pelo *caput* do artigo 99 da Carta Magna.

14. Ainda que o servidor tenha ingressado com pedido de licença para tratamento de interesses particulares, na linha funcional de magistério, tal situação, de acordo com a orientação desta Procuradoria-Geral do Estado, traçada no Parecer n.º 4941, não elide o vínculo funcional, persistindo, por isso, o acúmulo ilícito.

15. No entanto, se o servidor tivesse sido colocado à disposição do Gabinete do Governador, na condição de professor, e não como empregado da Companhia de Seguros referida, não ocorreria acúmulo indevido.

EM CONCLUSÃO, opino:

1º — A COMPANHIA UNIÃO DE SEGUROS GERAIS não deve ser considerada, para os efeitos específicos do artigo 99, § 2º da Constituição Federal, como sociedade de economia mista, mas sociedade anônima comum;

2º — O servidor que detém cargo de professor estadual e cumulativamente relação de emprego com a COMPANHIA UNIÃO DE SEGUROS GERAIS e, nesta última posição, foi colocado à disposi-

ção do Gabinete do Senhor Governador, com percepção de gratificação de equivalência, incide em acúmulo vedado pelo *caput* do artigo 99 da Constituição Federal;

3º — A situação de acúmulo vedado não fica elidida com o ingresso de pedido de licença para tratamento de interesses particulares; e

4º — Ao servidor que se encontra, em boa-fé, em situação de acúmulo proibido, a Administração deve oportunizar a possibilidade de opção pela posição mais favorável.

PORTO ALEGRE, 29 de maio de 1984.

Acolho as conclusões do Parecer n.º 5697, subscrito pelo Procurador do Estado Doutora ROSA MARIA CAMPOS ARANOVICH.

Encaminhe-se o expediente à Excelentíssima Senhora Secretária da Administração.

Em 29-05-84.

NEY SÁ
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

CORREÇÃO MONETÁRIA DE CUSTAS

JACQUES TÁVORA ALFONSIN
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Civil na UNISINOS

PARECER N.º 5.666

Correção monetária de custas. Incidência sobre o montante devido ao Estado, pelo sistema oficializado de remuneração, e não recolhido, pontualmente, pelo servidor público encarregado de fazê-lo.

A questão submetida à consideração desta Unidade da Procuradoria-Geral do Estado deriva de consulta feita à Corregedoria-Geral da Justiça (fls. 2), pelo Sr. Coordenador-Geral da Arrecadação, sobre se o não recolhimento pontual de custas, cobradas pelo sistema oficializado de remuneração, aos cofres do Estado, impõe, ou não, ao servidor responsável pela mora, a obrigação de pagar multa e correção monetária sobre o montante não recolhido; caso positivo, que base legal sustenta tais acréscimos.

Após a resposta da Egrégia Corregedoria (fl. 3), que permaneceu no condicional 'se legalmente possível', informa a Coordenadoria-Geral da Arrecadação (fl. 5) que a orientação lá vigente 'a respeito da exigência do gravame adicional sobre as custas, é de que, por absoluta falta de sustentação legal, não cabe a imposição'.

O problema comporta, com a vênua devida, abordagem um pouco mais abrangente:

1. Análise das regras jurídicas aplicáveis aos Serviços Auxiliares de Justiça.
- 1.1. Os chamados ofícios distritais são 'serviços auxiliares de justiça' (foro extrajudicial, de regra) e, como tais, disciplinados, também, pelo COJE (Lei estadual 7.356, de 1.º de fevereiro de 1980), conforme se pode ver, entre outros, nos artigos 1.º e 92, 9.º, da referida lei.
- 1.2. O mesmo COJE, não obstante preveja, no seu art. 147, que 'os oficiais distritais exercerão, na área territorial correspondente ao seu ofício, as funções próprias dos tabeliães, excetuadas as do art. 133, e as dos oficiais do Registro Civil das Pessoas Naturais', ressalva, no art. 96, § único, a possibilidade de o mesmo Oficial exercer função típica do foro judicial, como a de contador judiciário, entre cujas atribuições específicas se encontram:

"Contar salários, emolumentos e custas judiciais, de acordo com o respectivo Regimento, expedindo guias de recolhimento, ao Tesouro do Estado, quando for o caso".
(Inciso I, do art. 112 do mesmo COJE).

- 1.3. De que o Sr. Oficial Distrital, no caso, também recebia custas devidas ao foro judicial, parece claro, na informação prestada pelo Sr. Coordenador-Geral da Arrecadação, à fl. 5. Sublinha-se o fato como indicativo de que a lei, para tal tipo de servidor, abre a possibilidade de recebimento de custas, tanto judiciais, como extrajudiciais, o que lhe amplia a responsabilidade e atrai, para o exercício da sua função, as disciplinas legais próprias de uma e outra espécie de custas.
- 1.4. Uma constatação inicial parece inquestionável: seja para custas judiciais, seja para custas extrajudiciais, que devem ser recolhidas aos cofres do Estado, algumas disposições legais e atos normativos são bastante claros quanto à pontualidade que deve presidir a atividade do servidor enquadrado no sistema oficializado de remuneração.

A Lei estadual 7.305, de 6 de dezembro de 1979, dispõe:

"Artigo 17 — Os servidores judiciais e extrajudiciais que auferem custas poderão optar pela percepção de remuneração paga exclusivamente pelos cofres públicos.

§ 1.º —

§ 3.º — As custas devidas, segundo os valores fixados na Tabela do Regimento de Custas e outros emolumentos, legalmente previstos, serão recolhidos aos cofres estaduais."

- 1.5. A Corregedoria-Geral da Justiça, que recebeu do COJE a competência para baixar provimentos sobre as atribuições desses servidores (art. 44), exerceu dita competência, em 15 de agosto de 1981, com o Provimento 06/81, o qual dispôs:

"Considerando a necessidade de disciplinar a forma de contar, cobrar e recolher as custas devidas ao Tesouro do Estado, em virtude da Oficialização das Serventias Judiciais e Extrajudiciais, instituída pelo art. 206, da C.F., e pela Lei estadual n.º 7.305, de 6 de dezembro de 1979:

EDITA ESTE PROVIMENTO

I — DO FORO JUDICIAL

Artigo 1º — As custas correspondentes a atos judiciais conhecidos de realização, serão contadas, cobradas e recolhidas, antecipadamente, pelo contador.

Artigo 4º — As parcelas destinadas ao Erário e a cada servidor serão recolhidas, mediante guias, à rede bancária, até o primeiro dia útil seguinte ao do pagamento pela parte.

§ 1º — Todos os recolhimentos serão feitos à Caixa Econômica Estadual ou ao Banco do Estado do Rio Grande do Sul; e, na falta destes, à Caixa Econômica Federal, ao Banco do Brasil S.A., ou a qualquer Banco oficial de outro Estado da Federação.

§ 2º — Não havendo banco oficial, os recolhimentos serão feitos a banco privado local.

II — DO FORO EXTRAJUDICIAL

Artigo 10 — Nos escritórios de Registros Públicos, tabelionatos e escritórios distritais, as custas, taxas e emolumentos devidos ao Erário serão contados, cobrados e recolhidos, aos estabelecimentos bancários acima definidos pelo respectivo titular ou por quem suas vezes fizer.

Artigo 11 — As parcelas devidas ao Erário serão recolhidas, mediante guias, até o primeiro dia útil seguinte ao do pagamento feito pela parte para conta especial em nome do Tesouro do Estado.

Parágrafo único — Nos escritórios distritais e de sede municipal, situados em localidades que não possuam estabelecimento bancário, os oficiais farão o recolhimento das aludidas parcelas, obedecendo a seguinte forma:

I — sempre que a arrecadação, pelo ingresso de custas, taxas e emolumentos, atingir soma igual ou superior a cinco vezes o salário mínimo regional, até cinco dias da data em que ocorrer esse importe;

II — se durante o mês a importância arrecadada não atingir soma igual ou superior a cinco vezes o salário mínimo regional, o recolhimento deverá ser feito, de qualquer importância, até o dia cinco do mês seguinte ao vencido.

1.6. Não resta a menor dúvida, portanto, de que, diante dos precedentes normativos supra-alinhados, as custas devidas ao Erário, quer as judiciais, quer as extrajudiciais, têm forma e prazo de recolhimento tão minuciosamente previstos, que até os Escritórios Distritais de localidades que não são servidas por estabelecimentos bancários sabem como proceder para fazer o dito recolhimento.

1.7. Que tais prazos não podem ser ultrapassados impunemente, deduz-se de mais de um diploma legal pertinente à matéria. O Estatuto dos Servidores da Justiça, nas disposições mantidas em vigor pelo art. da Lei estadual 7.305, de 6 de dezembro de 1979, disposições essas que são as da Lei estadual 5.266 de 2/8/66, determina:

"Artigo 743 — Além dos deveres comuns a todos os funcionários do Estado, os servidores da Justiça têm o dever especial de exercer com zelo e dignidade as funções que lhes são atribuídas em lei, obedecendo as ordens de seus superiores hierárquicos, cumprindo a lei e observando fielmente o Regimento de Custas."

"Artigo 744 — Aos servidores, com relação aos serviços da Justiça, cumpre:

I — dar às partes, independentemente de pedido, recibo discriminado de custas e cotar, nos autos do processo, nos livros ou nos papéis que fornecer, a quantia recebida, parcela por parcela, correspondente a cada ato ou serviço realizado.

Parágrafo único — A falta de cumprimento das obrigações previstas neste artigo sujeita o servidor à multa de três dias de remuneração mensal, paga em selos estaduais inutilizados em ofício dirigido ao Diretor do foro."

Entre os 'deveres comuns' a tais funcionários, o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado (Lei 1.751 de 22 de fevereiro de 1952) arrola:

"Artigo 204 — O funcionário é responsável por todos os prejuízos que causar à Fazenda Estadual, por dolo, negligência, imprudência, imperícia ou omissão.

Parágrafo único — Caracteriza-se especialmente a responsabilidade:

I — pela sonegação de valores ou objetos confiados à sua guarda ou responsabilidade, ou por não prestar contas, ou por não as tomar, na forma e no prazo estabelecido nas leis, regulamentos, regimentos, instruções e ordens de serviço;

IV — por qualquer diferença de cálculo ou redução contra a Fazenda Estadual.

Artigo 205 — Nos casos de indenização à Fazenda Estadual, o funcionário será obrigado a repor, de uma só vez, a importância do prejuízo causado em virtude do alcance, desfalque, remissão ou omissão em efetuar recolhimento ou entradas nos prazos legais.

Artigo 206 — Fora dos casos aludidos no artigo anterior, a importância da indenização poderá ser descontada dos vencimentos, não excedendo o desconto à quinta parte de sua importância líquida.

Parágrafo único — No caso do item IV, do parágrafo único, do art. 204, não tendo havido má fé, será aplicada a pena de repreensão e, na reincidência, a de suspensão.

Artigo 208 — A responsabilidade administrativa não exime o funcionário da responsabilidade civil, ou criminal, que no caso couber, nem o pagamento da indenização a que ficar obrigado na forma dos arts. 205 e 206 exime da pena disciplinar em que incorrer."

O Regimento de Custas do Estado, de outra parte, Lei estadual 6.906, de 21.10.75, não fica alheio à questão, pelo menos no que tange ao relacionamento jurídico do servidor público, com as partes:

"Artigo 15 — O servidor que, após o preparo, não der andamento regular ao feito, ou não praticar o ato, sujeitar-se-á à multa de Cr\$ 15,00 diários, recolhida por guia aos cofres do Estado.

Artigo 17 — Sem prejuízo do disposto no art. 15, a inobservância dos preceitos dos dispositivos anteriores constitui falta grave para os efeitos disciplinares."

1.8. Se essas disposições regimentais são válidas para as partes, podem, quando menos, reforçar a argumentação que a seguir se fará (n.º 2 infra), quando o Estado for o prejudicado.

1.9. Em todo o caso, uma primeira conclusão já se impõe: existe farta previsão legal, no Estado, sobre a) prazos e formas de recolhimento de custas judiciais e extrajudiciais, ao Erário, segundo sistema oficializado; b) responsabilidade administrativa, civil e, até, criminal, do servidor que fica em mora de cumprir tais prazos e formas, sujeitando-se o mesmo a cobrir 'todos os prejuízos que causar à Fazenda Estadual'... (art. 204 do Estatuto, Lei 1.751/52).

2. A correção monetária, legalmente prevista, dos valores relativos às custas devidas pela parte sucumbente, em pleito judicial, e o respeito devido ao princípio jurídico da isonomia.

2.1. É dispensável reestudar-se, aqui, o truismo justificativo da correção monetária, tanto em relação às dívidas de valor, quanto em relação às dívidas de dinheiro. Qualquer do povo sabe que, quem paga com atraso, num regime de violenta erosão do valor da moeda, sob o qual vive o país, deve acrescer ao valor nominal do débito o índice oficial correspondente à atualização do mesmo, sob pena de locupletar-se ilicitamente o devedor com o prejuízo real do credor.

2.2. Para melhor fundamentação da resposta à consulta feita, porém, é útil a lembrança de que o respeito ao princípio geral de direito, garantidor do tratamento isonômico das pessoas, acolhido pela Constituição Federal no art. 153, § 1º, foi dos fatores mais importantes para o acolhimento, pelo legislador, da correção monetária:

"ADROALDO MESQUITA DA COSTA, quando Consultor-Geral da República, opinou pela inconstitucionalidade da Lei 4686, de 1965, visto que mandava aplicar a norma da correção monetária a um único tipo de processo (desapropriações), com ofensa ao princípio da igualdade perante a lei. Cabe, agora, o mesmo raciocínio, ao inverso. Não a inconstitucionalidade da correção monetária porque privilegiava um determinado tipo de credor, mas a inconstitucionalidade da não-correção, hoje amplamente empregada, com discriminação dos credores que não são amparados por ela. O Supremo Tribunal Federal, embora atingindo-se a uma espécie, foi sensível ao princípio da isonomia: mandou que se aplicasse a correção monetária, nos acidentes de trabalho, antes que a lei consagrasse o preceito, porque a legislação já amparava com correção as indenizações trabalhistas." (HERKENHOFF, João Baptista, A correção monetária

nos processos judiciais, independentemente de leis específicas, in *Ajuris*, P. Alegre, Di-
retoria da Revista de Jurisprudência e outros impressos do Tribunal de Justiça-RS,
1975, 4: 144).

2.3. Respeitando-se tão ilustrados precedentes, é possível comparar-se o dever jurídico do servidor público, que não recolheu, pontualmente, as custas recebidas, com o mesmo dever jurídico de outros obrigados, postos em situação idêntica:

O art. 1º da Lei federal 6.899, de 8 de abril de 1981, dispõe:

"A correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios."

É evidente, portanto, que, se as custas devidas ao Estado credor, pelo sistema de remuneração oficializado, decorrentes de decisão judicial, são pagas com atraso, pela parte devedora, ele somente receberá sem prejuízo, e legalmente, ditas custas, se a elas for acrescida a correção monetária.

2.4. É o caso de se testar, então, a resistência da tese segundo a qual o servidor público atrasado no recolhimento das custas não deve correção monetária à Fazenda Pública (sistema de remuneração oficializado), opondo-lhe duas questões: a) Que diferença faz, para o Estado credor, se o atraso no pagamento das custas que lhe são devidas é provocado pela parte, ou por seu servidor?; b) Se ditas custas fossem devidas a ele, servidor, como ainda acontece comumente com vários escrivães nomeados antes do estabelecimento do sistema de remuneração oficializado, e que não optaram pelo novo sistema, ele receberia essas custas sem correção monetária?

2.5. Se o Estado reembolsa custas com correção monetária, por força de lei (6.899, de 81), nada justifica o tratamento discriminatório de, quando for ele o credor de custas atrasadas, receber as mesmas, sem correção.

2.6. Pode-se objetar que a última hipótese é muito pouco provável pelo fato de a Fazenda Pública nunca necessitar antecipar custas, por força do art. 27 do CPC; acontece que a correção em causa não vale, apenas, para custas já desembolsadas, "data venia" da ilustrada Circular 01/82, da Egrégia Corregedoria-Geral da Justiça, em sentido contrário. É frequente, por exemplo, elaborar-se cálculo de liquidação de custas a que um contribuinte que litigou com a Fazenda Estadual deva pagar, hoje, e a citação e penhora chegar às mãos dele daqui a mais de um ano, quando, evidentemente, tal cálculo deverá ser corrigido, para que o pagamento se faça integralmente, e possa se dar baixa nos autos de execução.

2.7. Uma segunda conclusão, então, já aparece como decorrência lógica das disposições legais supra-analisadas: a incidência da correção monetária sobre valores devidos pelo atraso no pagamento de custas decorre de lei que não faz distinção quanto ao agente responsável pelo dito atraso, e tal lei não fere, como poderia parecer à primeira vista, o princípio constitucional da autonomia legislativa dos Estados:

"A inclusão de regras de despesas no Código de Processo Civil serve de base aos Regimentos de Custas, correspondentes às diferentes Organizações Judiciárias. Não invadem, como pensam alguns, o campo deles. Não são todas essas normas, de modo nenhum, regras jurídicas de organização judiciária. Trata-se, evidentemente, de princípios que concernem mesmo à parte material, excepcionalíssima, do direito processual, parte que por isso mesmo se poderia por em leis de direito material. Atribuem-se direitos, dão-se direitos subjetivos, pretensões, ações, concernentes a custas. Algumas regras são apenas sombras de regras de direito civil no plano do processo." (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, Rio, 1974, I: 411).

2.8. Como se observa, já não serve de obstáculo à correção monetária das custas objeto da consulta nem mesmo o disposto no art. 1º da Lei federal 5.670, de 2 de julho de 1971, que exige anterioridade de lei concessiva da mesma correção, pois, a rigor, não faltam regras jurídicas capazes de sustentar, aqui no Estado, também, a atualização do crédito de custas.

3. As custas como crédito não-tributário do Estado, as disposições processuais relativas à sua cobrança. A questão relativa à aplicação de multa.

3.1. Ensina o Professor RUY CIRNE LIMA:

"Graças ao progresso da ciência de Direito Processual, compreendeu-se, então, que as custas são um dos elementos da relação jurídica processual; a bem dizer, o elemento mais duradouro, o elemento residual desta, o que fica depois de sua extinção pela sentença final." (*Parceres, (Direito Público)*, Sulina, P. Alegre, 1963, p. 151).

3.2. Devidas, pois, ao servidor público não integrado no sistema oficializado de remuneração, ou ao Estado, no sistema oficializado de remuneração, elas constituem crédito dos mesmos e, se foram antecipadas pela parte, no caso específico das custas processuais, constituem crédito desta contra a parte sucumbente.

3.3. Ora, como visto acima — itens 1.1 a 1.10 —, especialmente, o Estado possui legislação detalhada sobre a pontualidade que deve presidir o recolhimento de custas por parte dos seus servidores. Se isso não ocorre, particularmente por responsabilidade daqueles que estão integrados no sistema oficializado de remuneração, nenhum impedimento existe para que o crédito respectivo, embora não-tributário, seja inscrito em dívida ativa, depois de apurado administrativamente; e o § 2º do art. 2º da Lei federal 6.830, de 22 de setembro de 1980, dispõe:

"A dívida ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato."

3.4. O Código de Processo Civil, por sua vez, já determinara:

"Art. 585 — São títulos executivos extrajudiciais:

I — o crédito de serventário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial;

VI — a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei."

3.5. Inquestionável, pois, em qualquer cobrança executiva enquadrável nesses casos, a exigência da correção monetária, hoje. As disposições processuais, normas adjetivas, instrumentos do direito substantivo ('Material' como também refere PONTES DE MIRANDA), impõem coativamente a eficácia do último, quando esse não for respeitado pelas partes, cujas relações por ele são disciplinadas.

3.6. Assim, já que as custas, também as extrajudiciais, podem ser objeto de inscrição em dívida ativa, a elas e às judiciais serve a observação do Professor CIRNE LIMA, acima lembrada, pois ambas podem acabar, no processo de sua cobrança executiva, como resíduo de uma sentença que tenha decidido, até, sobre a legitimidade própria de uma e de outra.

3.7. Sabido, de outra parte, pelo art. 204 do C.T.N., que a dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída, ao sujeito passivo é que se transferirá, inteiramente, o ônus de provar que a obrigação que deu origem ao título (fosse ela derivada de custas judiciais ou extrajudiciais) ou inexistiu, ou é nula, ou é inválida ou é ineficaz.

3.8. O que precisa ficar claro é que o título de crédito do Estado, no caso, não-tributário, tanto pode derivar de custas judiciais, como de custas extrajudiciais, e a função exercida pelo servidor Oficial Distrital, no caso, compreende o recebimento de umas e de outras, à luz da lei que lhe disciplina o trabalho.

3.9. A consulta encaminhada a esta Unidade também pretende esclarecer-se sobre se, ao servidor moioso, deve-se cobrar multa, além da correção monetária. Como visto em 1.7 supra, tanto a Lei estadual 7.305/79, como a Lei estadual 6.906/75 (Regimento de Custas do Estado) dispõem de artigos expressos a respeito de multa.

3.10. A conveniência, ou não, da aplicação de tal penalidade, no caso, parece depender, porém, da Egrégia Corregedoria-Geral da Justiça, não só porque o presente processo não fornece elementos sobre os motivos que levaram o servidor público a deixar de recolher as custas, como, principalmente, pelo que dispõe o COJE, a respeito:

"Art. 44 — Ao Corregedor-Geral incumbe a correção permanente dos serviços judiciários de primeira instância, zelando pelo bom funcionamento da Justiça, com as seguintes atribuições, além das constantes do Regimento Interno do Tribunal de Justiça:

XV — julgar sindicâncias e processos administrativos de sua competência, determinando as medidas necessárias ao cumprimento da decisão.

XVI — aplicar penas disciplinares e, quando for o caso, julgar os recursos das que forem impostas pelos Juizes."

3.11. É que a multa é penalidade, e como toda a penalidade, precisa ser apurada com um rigor de investigação, que proporcione ao servidor acusado a mais ampla defesa, coisa que o processo, aqui, não fornece meios de averiguar se houve, ou não. Trata-se de aspecto diferente da simples mensuração de custas, que não foram pagas, dentro do prazo, e que, por esse simples fato, devem ser acrescidas de correção monetária. PONTES DE MIRANDA apanha muito bem a diferença:

"As multas são penalidades. Aqui, a condenação envolve a falta de alguém, em vez de condenação nas custas, que é simples discriminação de direitos e obrigações quanto às custas do processo." (Ob.cit. p.411).

Conclusão.

Salvo melhor juízo, incide a correção monetária sobre custas não-recolhidas, dentro do prazo legal, pelo servidor público J.G.R., tenham elas origem judicial, tenham elas origem extrajudicial. Indí-

ce das ORTNs, que tem sido usado para atualização de custas judiciais (Lei 6.899/81, já lembrada, em interpretação sistemática com as outras leis e atos normativos supralembrados). Termo inicial, data em que as custas deveriam ter sido recolhidas e não o foram. Termo final, data do efetivo pagamento. Não nos pronunciamos sobre as multas, pelos motivos arrolados em 3.10 e 3.11 supra.

PORTO ALEGRE, 30 de abril de 1984.

Acolho as conclusões do Parecer n° 5.666, subscrito pelo Procurador do Estado Doutor JACQUES TÁVORA ALFON SIN.

Encaminhe-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário da Fazenda.
Em 30.04.84.

NEY SÁ
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

INTEGRALIZAÇÃO DE AÇÕES DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

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

PARECER N° 5.650

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA.

Capitalização da reserva decorrente da correção monetária do capital realizado. O novo valor das ações só passa a vigorar após a deliberação da Assembléia Geral Ordinária, que aprovar o balanço e homologar a correção monetária do capital (Cfe. artigo 167 da Lei n° 6.404/76).

O CONTADOR E AUDITOR-GERAL DO ESTADO solicita um pronunciamento de parte da Procuradoria-Geral do Estado, a respeito de matéria relativa à integralização de ações da CORLAC — Companhia Rio-grandense de Laticínios e Correlatos, sociedade anônima de economia mista e de capital autorizado (Cfe. artigo 1° do Estatuto Social), pelo Estado do Rio Grande do Sul, na qualidade de Acionista Majoritário, em razão de divergências de entendimento ocorridas dentro daquele órgão técnico do Estado, como se depreende das manifestações da Contadoria Seccional (Cfe. Inf. n° 40/83, de fls. 20 e 21) e da Auditoria Setorial (Cfe. Parecer de fl. 22).

2 De acordo com o Boletim de Subscrição, junto ao expediente (Cfe. fl.9), o Estado subscreveu, em 30 de julho de 1982, 16.203.704 (dezesesseis milhões, duzentas e três mil, setecentas e quatro) Ações Ordinárias Nominativas do capital social da CORLAC, no valor de Cr\$ 2,16 (dois cruzeiros e dezesseis centavos) cada uma, comprometendo-se a pagá-las em uma única parcela no valor de Cr\$ 35.000.000,00 (trinta e cinco milhões de cruzeiros).

3 A integralização dessas ações pelo Estado ocorreu em 07 de outubro de 1982, através da Ordem de Pagamento n° 082713 (Cfe. fl.5), creditada em conta para a CORLAC.

4 Ocorre que, segundo informações contidas no expediente, a CORLAC, na Assembléia Geral Ordinária (AGO) realizada em 29 de outubro de 1982, "para a capitalização da Reserva de Correção Monetária do Capital Realizado", constituída por ocasião do Balanço de 30 de junho de 1983, data esta que marca o término do exercício social, alterou o valor nominal de suas ações, que passaram a valer Cr\$ 3,98 (três cruzeiros e noventa e oito centavos) cada uma. Em vista disso, o Conselho de Administração da Companhia, em reunião realizada em 17 de dezembro de 1982 (Cfe. Ata n° 29, de fl.4), resolveu retificar o valor das ações, cuja emissão havia autorizado em 17 de junho de 1982, para o novo valor fixado pela AGO, que resultaria numa diminuição para o Estado de 7.409.734 (sete milhões, quatrocentos e nove mil, setecentas e trinta e quatro) ações, decorrente da alteração de valor, com o que não concordou o Estado acionista, uma vez que a subscrição e a integralização das ações pelo valor antes fixado já haviam sido efetivadas anteriormente à AGO, que corrigiu o valor nominal das ações.

5 Segundo consta do expediente às fls. 22 e 23, "a CORLAC, no dia 07 de outubro de 1982, desembolsou Cr\$ 4.872.304,81 para a complementação de Cr\$ 35.000.000,00, relativo à dação em pagamento para aumento de capital, referente ao débito para com o ICM, devidamente acrescido pela penalização dos atrasos, totalizando Cr\$ 39.872.304,81".

6 Posteriormente, a CORLAC, através de Carta enviada em 24 de janeiro de 1983 ao Contador e Auditor-Geral do Estado, encaminha o título múltiplo n° 3.801, representativo de 8.793.970 ações ordinárias, referente à subscrição pelo Estado acionista no valor de Cr\$ 35.000.000,00, concretizada em 07 de outubro de 1982, considerando "inválido e insubsistente o boletim de subscrição originalmente elaborado, com data de 30 de julho de 1982", suscitando, tal procedimento, dúvida de parte da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado, sobre a qual solicita um parecer conclusivo e final, por parte desta Procuradoria-Geral do Estado, embora, formalmente, já tenha o Estado recusado o novo título (Cfe. fls. 17).

É o relatório.

7. A integralização das ações emitidas em 17 de junho de 1982, de acordo com a Ata nº 28, da Reunião do Conselho de Administração da CORLAC (Cfe. fl.8), deveria ocorrer no prazo de 12 (doze) meses, com o mínimo inicial de 20% (vinte por cento).

Tal não ocorreu em relação ao Estado acionista, que, comprometendo-se em 30 de julho de 1982 a pagar o montante das ações subscritas em prestação única, só foi efetivar o pagamento em 07 de outubro de 1982.

8. A mora do acionista é tratada nos artigos 106 e 107 da Lei de Sociedade por Ações (Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976), que submete o acionista inadimplente ao pagamento dos juros, da correção monetária e da multa que o Estatuto determinar. No caso da CORLAC, o Estatuto Social em seu artigo 13, § 1º, estabelece juros de mora no valor de 12% a.a. (doze por cento ao ano), além da correção monetária, e, no § 2º deste mesmo artigo, multa de 10% (dez por cento) do valor da prestação.

Pela falta da prestação devida pelo Estado acionista, poderia a CORLAC ter optado pela (a) cobrança judicial do débito, nos termos do inciso II, do artigo 107 da Lei das Sociedades Anônimas, que atribui ao boletim de subscrição, liquidez, certeza e exigibilidade, para os efeitos do artigo 585 do CPC, que trata dos títulos extrajudiciais; ou pela (b) venda em leilão das ações, por conta e risco do subscritor inadimplente, sem prejuízo, todavia, do controle acionário, por se tratar de companhia mista. Sem cogitar-se do interesse do Estado acionista na manutenção da proporcionalidade de suas ações.

Embora não sujeita à falência, por expressa vedação legal, nem à intervenção e à liquidação extrajudicial, a companhia mista poderá sofrer a execução de seus bens de acordo com o artigo 242 da mesma Lei.

MODESTO CARVALHOSA, ao comentar o artigo 106 da Lei das S.A., diz o seguinte:

"A não-constituição do acionista em mora, tão logo decorrido o prazo assinado para pagamento de parcela subscrita, deve ser considerada mera tolerância do ponto de vista das relações contratuais existentes entre a companhia credora e o acionista devedor."

"Do ponto de vista da responsabilidade da administração, a quem cabe constituir o acionista em mora, não pode ela conceder nem tolerar a demora, sob pena de incorrer em responsabilidade por não cumprimento do dever de diligência (artigos 153, 158 e 159)."

Assim, de um lado, a aceitação do pagamento pela CORLAC, em nosso entendimento, desonerou o Estado das penalizações previstas no Estatuto aplicáveis ao acionista em mora. De outro lado, a renúncia em aplicá-las poderia, eventualmente, resultar em responsabilização da Administração da companhia, mas nunca em invalidação do Boletim de Subscrição, como seria pretensão da CORLAC.

9. Já a modificação do capital social decorrente da correção monetária é regulada nos artigos 167 a 169, 182 e 185, da Lei de Sociedades Anônimas.

A Lei exige que o capital social seja corrigido anualmente, tendo por base as variações das ORTNs (Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional), não havendo deliberação da AGO sobre a correção, mas, tão-só, homologação dos índices, de acordo com a lei.

O aumento de capital, nestas condições (Cfe. artigo 5º, parágrafo único), não implica, contudo, contribuição efetiva para o capital. Isto significa que o aumento do valor nominal das ações já emitidas far-se-á sem que haja revalorização ou aumento no número de ações, sendo a reserva resultante capitalizada em favor dessas ações.

Diz, a respeito, JOSÉ WASHINGTON COELHO:

"O objetivo da correção monetária do capital realizado é manter íntegro este, compensando por acréscimo nominal o decréscimo real provocado pela perda de valor da moeda sob efeito da inflação. Por se tratar de aumento puramente nominal (correção e não valorização), deve ser feito, obrigatoriamente, sem modificação do número de ações nas companhias abertas, sendo que, nas fechadas a lei deixa a decisão à Assembleia Geral." (in A nova Lei das Sociedades Anônimas Interpretada. SP. Ed. Resenha Universitária, 1977, p.74).

Segundo especialistas, é preferível fazer o aumento de capital sem aumentar o número de ações para que tenham melhor cotação na bolsa, já que o valor real das ações é obtido mediante a divisão do patrimônio pelo número de ações.

10. De acordo com o artigo 169 da Lei, o aumento de capital mediante capitalização de lucros ou de reservas pode resultar em alteração do valor nominal das ações ou distribuição de ações novas aos acionistas, proporcionalmente ao número de ações que possuírem.

11. As sociedades de economia mista, que, antes da promulgação da Lei das S.A., não estavam obrigadas à correção monetária do ativo imobilizado, podem, segundo o artigo 241 da Lei, lim-

tar a correção do ativo permanente (artigo 185) ao montante necessário para compensar a correção das contas do patrimônio líquido.

A Exposição de Motivos afirma que o artigo 241 evita a variação abrupta dos valores contábeis, que seria contrária ao interesse do Estado e do mercado. Tal fórmula permite a passagem gradual de valores históricos a valores corrigidos (v. JOSÉ WASHINGTON COELHO, ob. cit., p.197).

Cabe acrescentar que a norma do artigo 241, ao condicionar a limitação da correção monetária na companhia mista à autorização pelo "Ministério a que estiver vinculada", deve referir-se, no âmbito dos Estados-Membros e Municípios, às Secretarias respectivas (Cfe. meu livro "Sociedades de Economia Mista na Nova Lei das Sociedades Anônimas. (O Acionariado do Estado)". P.A., Ed. Afrium, 1978, p.70).

12. No caso da CORLAC, tem o Conselho de Administração competência para, nos termos do artigo 26, item VII, do Estatuto Social, "deliberar sobre a emissão, dentro do limite de aumento do capital autorizado, de ações ou bônus de subscrição".

Não há mais a necessidade que havia na lei anterior de prévia aprovação da Assembleia Geral ou da diretoria para a emissão e colocação das ações.

13. A Assembleia Geral que homologou a correção monetária do capital realizou-se no prazo marcado pelo Estatuto Social — quatro meses seguintes ao encerramento do exercício social. Só então é que passou a vigorar o novo preço das ações.

14. Não há que confundir o período de doze meses tem o seu início estabelecido no Estatuto, como o novo período administrativo, que se conta a partir da Assembleia Geral ordinária, realizada após o término do exercício social e que aprova o Balanço.

15. Os dois órgãos (o Conselho de Administração e a Assembleia Geral) agiram dentro de suas competências e nos prazos marcados em lei.

16. Ressalte-se que a autorização pelo Conselho de Administração para que fossem emitidas ações no valor ainda não corrigido (Cr\$ 2,16), foi dada em reunião de 17 de junho de 1982, antes, portanto, do término do exercício social. Inexiste razão para invalidar-se o Boletim de Subscrição adveniente.

É o típico caso de "direito perfeito", o qual, na concepção de LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, é impossível de ser modificado, tornando irreversível a situação dele resultante, e cuja exemplificação, citando RENATO ALESSI (in Principi di Diritto Amministrativo. Vol. 1. Milano, 1971, La Revoca, p. 105 apud LÚCIA VALLE FIGUEIREDO in Revogação dos Atos Administrativos. Revista de Direito Público nº 67: 76-86, jul./set. 1983), retrata a hipótese sub examine, como se transcreve abaixo:

"Há direito perfeito quando a situação já se tornou irreversível. Dá Alessi o exemplo da autorização para o aumento de capital de uma sociedade anônima quando esta se faça necessária. Essa autorização, como condicionante de ato posterior, é um direito perfeito, e como tal insuscetível de modificação." (grifou-se)

EM CONCLUSÃO:

Há dois aspectos a serem considerados.

O primeiro relaciona-se com a mora do Estado acionista na integralização das ações. A tolerância da empresa em aceitar o pagamento das ações subscritas sem quaisquer penalizações poderia, no máximo, resultar em responsabilização da Administração da Companhia, em nada prejudicando a subscrição e a integralização das ações, já efetivadas.

Quanto ao novo valor das ações resultante da capitalização da correção monetária, só pode o mesmo vigorar a partir da homologação pela Assembleia Geral Ordinária que, no prazo legal, se reúne para aprovar o Balanço.

Incabível a invalidação do Boletim de Subscrição a pretexto de ajustá-lo ao novo preço das ações.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 24 de abril de 1984.

Acolho as conclusões do Parecer nº 5650, do Procurador do Estado Doutora ELIANA DONATELLI DE MOURA. Restitua-se o expediente à Secretaria da Fazenda.

Em 24-04-84.

NEY SÁ
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

INFRAÇÕES SANITÁRIAS

VERENA NYGAARD

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 5.632

INFRAÇÕES SANITÁRIAS. PENALIDADES.

Procedimento administrativo para aplicação das penalidades previstas na Lei federal n.º 6.437, de 20 de agosto de 1977.

O DIRETOR DO DEPARTAMENTO DO MEIO AMBIENTE da Secretaria da Saúde e Meio Ambiente formula consulta versando sobre o procedimento administrativo adequado para a aplicação da penalidade de multa diária pelo não atendimento de determinação constante de Edital, publicado na conformidade dos artigos 18 e 19 da Lei 6.437, de 20 de agosto de 1977, e, em especial, do cabimento de defesa por parte da infratora em face da imposição desta penalidade.

É o relatório.

1. A Lei 6.437/77, que configura infrações à legislação sanitária federal e estabeleceu as sanções respectivas foi recebida no direito positivo estadual por força do disposto no artigo 10 da Lei 7.747/82, que dispõe sobre o controle de agrotóxicos e outros biocidas.

Esta última lei instituiu o cadastramento dos produtos agrotóxicos junto ao Departamento do Meio Ambiente, criando, para as empresas produtoras ou manipuladoras destes produtos, a obrigação de procederem ao cadastramento dos mesmos, sem o que não poderão distribuí-los ou comercializá-los no território do Estado. As sanções para o descumprimento da obrigação de efetuar o cadastro são as previstas na mencionada Lei federal que, no seu Título II, disciplina o procedimento para a sua aplicação.

A dúvida suscitada pelo consulente prende-se, especificamente, à interpretação dos artigos 18 e 19 desta lei, que dispõem, "in verbis":

"Art. 18 — Quando, apesar da lavratura do auto de infração, subsistir, ainda, para o infrator, obrigação a cumprir, será expedido edital fixando o prazo de 30 (trinta) dias para o seu cumprimento, observado o disposto no § 2.º do artigo 17.

Parágrafo único —

Art. 19 — A desobediência à determinação contida no edital a que alude o artigo 10 desta Lei, além de sua execução forçada, acarretará a imposição de multa diária, arbitrada de acordo com os valores correspondentes à classificação da infração, até o exato cumprimento da obrigação, sem prejuízo de outras penalidades previstas na legislação vigente".

2. A nosso ver, não há cogitar de prazo para defesa pelo administrado nesta fase procedimental. A previsão relativa ao Edital é feita paralelamente à disciplina minuciosa de um procedimento destinado à apuração da infração e aplicação da penalidade que se inicia com a lavratura de auto de infração (artigo 12) e que assegura ampla defesa ao autuado.

Com efeito, a lei possibilita não só que o interessado ofereça defesa ou impugnação ao auto de infração, abrindo-lhe, para tanto, o prazo de 15 dias contados da notificação (artigo 22), como também lhe oferece toda a gama de recursos administrativos, desde o pedido de reconsideração até o recurso hierárquico ao Governador do Estado (artigos 30 a 32).

Assim sendo, não tem sentido entender-se caber recurso relativamente ao Edital, sob pena de duplicidade supérflua de procedimentos. Além do mais, ao tratar da defesa, o artigo 22 é claro ao estatuir que "o infrator poderá oferecer defesa ou impugnação do auto de infração", omitindo qualquer referência a defesa relativa ao Edital.

3. O que se precisa ter presente para resguardar a eficácia do direito à ampla defesa do administrado, isso sim, é o preceito do artigo 32, segundo o qual os recursos têm efeito suspensivo relativamente ao pagamento da pena pecuniária, conquanto não impeçam a imediata exigibilidade do cumprimento da obrigação que é objeto do Edital.

Nessas condições, a multa diária somente poderá ser exigida após a decisão condenatória definitiva emitida pelo Governador ao recurso hierárquico. Para esse efeito, será então expedida notificação para pagamento em 30 dias a que alude o artigo 33, sob pena de cobrança judicial da multa.

4. Nesta oportunidade, afigura-se-nos conveniente chamar a atenção do Departamento do Meio Ambiente para um outro aspecto, conquanto não abordado diretamente na consulta. Trata-se do texto do auto de infração a que se referem os artigos 12 e 13 da Lei 6.437 e, em especial, ao requisito que dele deve constar, pertinente à descrição da infração e menção do dispositivo legal ou regulamentar transgredido (artigo 13, III).

Diferentemente do que foi feito relativamente às empresas produtoras e distribuidoras de agrotóxicos, a nosso ver não é necessário que o auto de infração mencione qualquer dos itens do artigo 10 da Lei federal. Basta que descreva a infração, que a classifique em leve, grave ou gravíssima, indicando, para tanto, as circunstâncias atenuantes ou agravantes previstas naquela lei e mencione o artigo 1.º da Lei 7.747/82.

5. Com efeito, o dispositivo legal transgredido é tão-somente este artigo 1.º, que institui o dever de cadastramento e tal circunstância basta para acarretar a aplicação das penalidades da lei federal, conforme determina o artigo 10 da Lei 7.747. Ou seja, a definição da infração é feita pela própria lei estadual que se reporta à lei federal apenas no que concerne às espécies de penalidades e, por via de consequência, ao procedimento para a sua aplicação. Isso é o que textualmente prescreve o artigo 10 da Lei 7.747. Como a penalidade é graduada em função da menor ou maior gravidade da infração, incidem também os artigos da Lei 6.437 relativos à classificação das infrações.

Assim, tendo em vista a natureza e gravidade da infração, a autoridade autuante aplicará uma dentre as penalidades enumeradas no artigo 2.º da Lei 6.437, sem que precise ater-se às penalidades previstas no artigo 10 desta lei para cada tipo de infração que descreve.

6. De outra parte, este artigo 10 merece sérias críticas por utilizar, em direito administrativo, técnica de direito penal relativa à tipificação dos delitos penais. E isso faz em vão, porque, após enumerar 28 "tipos fechados", anula todo o rol mediante a caracterização de um "tipo aberto" no qual cabem todos os anteriores, consistente em "transgredir outras normas legais e regulamentares destinadas a proteção da saúde" (art. 10, XXIX). E não poderia ser diferente, porque a infração de natureza administrativa, como é a sanitária, diversamente do delito penal, se configura toda vez que alguém transgredir norma de natureza administrativa, proibitiva ou impositiva de dever. Em lugar do princípio "nullum crimen sine lege" vigente no direito penal, vige, no direito administrativo, o princípio da proporcionalidade entre a infração e a penalidade aplicada.

Exemplifiquemos, para tornar mais clara a diferença. Enquanto a norma sanitária, por hipótese, preceitua que "é vedado o lançamento de quaisquer substâncias poluentes no meio ambiente" ou que "nenhuma indústria pode ser instalada no território do Estado sem a licença do Departamento do Meio Ambiente", a norma de direito penal não diz que "é proibido matar", mas sim, tipifica o delito "homicídio simples", desde logo prescrevendo a pena adequada para puni-lo. De certa forma a norma penal não é passível de transgressão, mas incide no instante em que a conduta do agente realiza o tipo penal para efeito de aplicação da pena.

Em síntese, para que o rol do artigo 10 da Lei 6.437 surtisse o efeito pretendido, seria necessário que, tendo em conta todas as proibições e deveres de toda a legislação sanitária vigente, capitulasse todas as infrações possíveis. O absurdo da situação salta aos olhos, inclusive porque a todo instante esse rol necessitaria ser atualizado.

Sequer o item XXIX convém ser mencionado, já que, inexplicavelmente, esta infração, que é a mais ampla possível, não comporta a aplicação da penalidade de multa.

7. Em conclusão e resumindo as idéias expostas:

a) a Lei 6.437 prevê um procedimento que assegura ampla defesa por parte do interessado relativamente ao auto de infração, não prevendo defesa no que diz respeito ao Edital de que tratam os artigos 18 e 19;

b) para que seja eficaz a defesa apresentada ao auto de infração e observando do disposto no artigo 32, a penalidade de multa diária somente poderá ser exigida após a decisão definitiva do Governador do Estado ao apreciar o recurso hierárquico;

c) é desnecessário e inconveniente que o auto de infração mencione qualquer dos itens do artigo 10 da Lei 6.437, devendo conter, para os efeitos do artigo 13, III: a descrição da infração, sua classificação com a indicação das circunstâncias atenuantes e/ou agravantes, bem como do dispositivo transgredido que, no caso, é o artigo 1.º da Lei 7.747.

Por fim, impõe-se advertir o consulente de que a matéria pertinente ao direito de defesa no procedimento administrativo previsto na Lei 6.437 está "sub judice", uma vez que é objeto do mandado de segurança impetrado por F. Indústria e Comércio e outras.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 28 de março de 1984.

Aprovo o Parecer nº 5632, subscrito pelo Procurador do Estado VERENA NYGAARD, da Unidade de Defesa do Domínio Público Estadual.

Encaminhe-se o processo à Secretaria da Saúde e do Meio Ambiente.

Em 28.03.84.

NEY SÁ
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

DISPENSÁRIOS DE MEDICAMENTOS DE PEQUENAS UNIDADES HOSPITALARES

ADNOR GOULART
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Civil na UNISINOS

PARECER Nº 5.461

DISPENSÁRIOS DE MEDICAMENTOS DE PEQUENAS UNIDADES HOSPITALARES

Hipóteses em que estão obrigados ou dispensados de manter farmacêutico para proceder à dispensação de medicamentos às pessoas internadas em tais estabelecimentos.

Análise da Lei federal nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, e demais comandos normativos que disciplinam a matéria.

A solução do problema à luz dos ensinamentos doutrinários.

O Senhor Secretário da Saúde e do Meio Ambiente encaminha consulta a esta Procuradoria-Geral, desejando saber se, face aos termos da Lei federal nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, e de outros textos legais disciplinadores da matéria, estão os dispensários de medicamentos das pequenas unidades hospitalares obrigados ou não a manter em suas dependências farmacêutico para proceder a dispensação de medicamentos a pessoas que lá se encontram internadas.

A consulta em causa está inserida no Processo nº 1.968, e teve origem na divergência que se estabeleceu entre a Associação dos Hospitais do Estado do Rio Grande do Sul e sobredita Secretaria do Estado, a respeito da exata interpretação que se deva dar aos comandos legais que estabeleceram a obrigatoriedade ou não da manutenção de prefalados responsáveis profissionais nos estabelecimentos hospitalares de que se cogita.

É o relatório.

Preliminarmente, cumpre ressaltar que a legislação disciplinadora da matéria, sobre ser bastante extensa e complexa, padece de certa falta de clareza, merecendo, por isso mesmo, uma análise acurada para, só então, se ter uma resposta à consulta formulada.

Num primeiro cotejo, deve-se confrontar os artigos 15 e 19 da Lei federal nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, os quais estão redigidos nos seguintes termos:

"Art. 15 — A farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da Lei.

Art. 19 — Não dependerá de assistência técnica e responsabilidade profissional o posto de medicamentos e a unidade volante."

Ainda, o mesmo diploma legal definiu, em seu artigo 4º, incisos X, XI, XIII e XIV, o que se deveria entender por FARMÁCIA, DROGARIA, POSTO DE MEDICAMENTOS, UNIDADE VOLANTE e DISPENSÁRIO DE MEDICAMENTOS, nos seguintes termos:

"X — Farmácia — estabelecimento de manipulação de fórmulas magistrais e oficinas, de comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, COMPREENDENDO O DE DISPENSAÇÃO E O DE ATENDIMENTO PRIVATIVO DE UNIDADE HOSPITALAR (grifei) ou de qualquer outra equivalente de assistência médica;

XI — Drogaria — estabelecimento de dispensação e comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos em suas embalagens originais;

XIII — Posto de medicamentos e unidades volantes — estabelecimento destinado exclusivamente à venda de medicamentos industrializados em suas embalagens originais e constantes de relação elaborada pelo órgão sanitário federal, publicada na imprensa oficial, para atendimento a localidades desprovidas de farmácia ou drogaria;

XIV — Dispensário de medicamentos-setor de fornecimento de medicamentos industrializados, PRIVATIVO DE PEQUENA UNIDADE HOSPITALAR OU EQUIVALENTE" (grifei).

Analisando supracitadas disposições normativas, conclui-se ter a lei autorizado a praticar atos de dispensação de medicamentos (além de outras que não referiremos por não interessar ao deslinde da presente questão), as seguintes entidades:

- 1 — as farmácias;
- 2 — os estabelecimentos privativos de unidades hospitalares ou de quaisquer outras equivalentes de assistência médica;
- 3 — as drogarias;
- 4 — os postos de medicamentos;
- 5 — as unidades volantes;
- 6 — os dispensários de medicamentos privativos das pequenas unidades hospitalares ou equivalentes.

De outro lado, e agora quanto à obrigatoriedade ou não de manutenção de farmacêutico como responsável profissional pela dispensação de medicamentos, a lei foi categórica, ao estabelecer aquela para as farmácias e drogarias (art. 15) e ao dispensá-la para os postos de medicamentos e unidades volantes (art. 19).

Tendo silenciado a respeito dos dispensários de medicamentos, como deve ser interpretada tal omissão: aqui, outras interrogantes se impõem em ordem a que se descubra qual foi o real intento do legislador. Tais seriam: Essa omissão é real ou apenas aparente? Foi ela deliberada ou ocorreu por descuido? Em decorrência dela poder-se-á afirmar que as entidades em relevo estão isentas daquela obrigação, ou não?

As duas primeiras perguntas, a resposta que se impõe é a de que o legislador, propositadamente, deixou de incluir os excogitados dispensários de medicamentos, quer num ou noutro dos mandamentos legais supra-indicados. Noutros termos, essa omissão é só aparente.

Com referência à terceira interrogante, não desejou e nem poderia o legislador impor uma solução absoluta, como o fez com os demais estabelecimentos, face à diversidade de situações fácticas que se podem configurar e que determinarão, ora a obrigatoriedade ora não, pendentes as mesmas da incidência de outros textos normativos cuja obediência se impuser ou não a tais entidades.

Isso equivale dizer que, a nosso juízo, em certas circunstâncias as pequenas unidades hospitalares deverão manter tais profissionais, enquanto que, em outras, não.

É a respeito disso que discorreremos, a seguir:

Do que já foi exposto, resta indubitado que sobredita Lei n.º 5.991, de 17 de dezembro de 1973, pretendu dar um tratamento diferenciado aos dispensários de medicamentos das pequenas unidades hospitalares.

Tanto isso é verdade que, aqueles hospitais que, não sendo de pequenas dimensões e mantêm em suas dependências estabelecimento objetivando a dispensação e o atendimento privativo de seus pacientes, estão abrangidos pelo artigo 15 da Lei, já que, ao apresentar a definição de "farmácia", no item X, do artigo 4.º, da mesma Lei, cuidou o legislador de aí incluir tais estabelecimentos, donde se conclui que os equiparou à farmácia.

Vale dizer, caso não desejasse dar um tratamento diferenciado, tocante à exigibilidade de técnico responsável ao dispensário de medicamentos privativo de pequenas unidades hospitalares ou equivalentes, por certo não teria, primeiro, definido, no item XIV, do artigo 4.º de predita Lei tal figura, e, segundo, teria incluído o mesmo no item X do citado mandamento legal.

Da mesma forma, caso pretendesse equiparar esse mesmo dispensário ao posto de medicamentos e unidades volantes, para o efeito da inexigibilidade de manutenção do mesmo técnico, certamente tê-lo-ia incluído no artigo 19.

Assim sendo, a conclusão a que se há de chegar é a de que o legislador, deliberadamente, excluiu da incidência dos artigos 15 e 19 da Lei em tela os dispensários de medicamentos das pequenas unidades hospitalares, tratando-as diferentemente como um *tertius genus*, e mais, que conforme já se salientou, dependendo da hipótese fáctica que se configurar, tal exigência legal ora terá que ser cumprida, ora não. Releve-se, entretanto, que, na dúvida, deverá ser exigido o cumprimento, como forma de atendimento ao interesse público, conforme adiante se verá.

Ainda, tal conclusão se impõe, não só em vista da maneira como foi disciplinada a matéria, como também pelos ensinamentos da doutrina a respeito, quando cogita da interpretação da lei.

Assim, segundo CARLOS MAXIMILIANO ("Hermenêutica e Aplicação do Direito", Livraria Freitas Bastos S.A. Rio de Janeiro — São Paulo. 8.ª edição, 1965, P. 245/246).

"283 — ENUMERAÇÃO. Quando se depara uma enumeração de hipóteses, cumpre distinguir: se os motivos e os fins do dispositivo se restringem aos casos expressos, ou se o próprio texto deixa perceber claramente que a linguagem é taxativa (grifo do autor), dá-se exegese estrita; o contrário se pratica em verificando fortes presunções de ser a especificação feita com o intuito de esclarecer, isto é, exemplificativa (grifo do autor) apenas.

O próprio contexto auxilia o intérprete; indica se o intuito é — especificar, ou — exemplificar, completar o ensinamento com o auxílio de exemplos (grifo do autor). Não se presume o caráter de uma regra; por isto os termos de mesma incidem precisamente se a enumeração de casos é taxativa." (grifo do autor).

A citação acima é deveras esclarecedora a respeito da interpretação que se deva dar ao já mencionado artigo 15. Será o mesmo taxativo, no que respeita às entidades que ali arrola, ou meramente exemplificativo? É evidente sua taxatividade! Claros indícios dela encontramos nos seguintes fatos:

1.º — porque os motivos que anteriormente apontamos, a ela conduzem fatalmente;

2.º — porque nenhum elemento há em aludidos regramentos que aponte para a hipótese de uma enumeração meramente exemplificativa; pelo contrário, a lógica nos aponta que, caso o legislador estivesse diante de muitas situações que pretendesse ver abrangidas por aquelas delas, por exemplo, pela imprecisão, a conclusão, é óbvio, seria no sentido da não-taxatividade.

Mas, ante um número tão reduzido de estabelecimentos que tinha à sua frente, por que não refeitos todos? Aliás foi exatamente isso que fez.

Quanto ao artigo 19, a mesma conclusão se impõe, ao se ouvir a palavra abalizada do mesmo autor, quando afirma:

285 — DISPENSA. Quando um ato dispensa de praticar o estabelecido em lei, regulamento, ou ordem geral, assume o caráter de exceção, interpreta-se em tom limitativo, aplica-se às pessoas e aos casos e tempos expressos, exclusivamente." (op. cit., p. 246).

Doutra parte, é imperioso ressaltar que os dispositivos antes apontados e que foram objeto de análise, não podem ser interpretados isoladamente. Pelo contrário; há que se efetuar uma interpretação integrativa dos mesmos, assim como de preceitos legais inseridos em regramentos outros, além dos já citados para, só então, ter-se seu exato significado, descobrindo-se, dessa sorte, as hipóteses fácticas que os mesmos pretendiam abranger, assim também, como se solucionar o problema frente aos dispensários de medicamentos das pequenas unidades hospitalares.

Das considerações até aqui expendidas infere-se que descabe, na espécie, a utilização de quaisquer dos processos de integração da regra jurídica, na tentativa de descobrir-se a *mens legis*, eis que não se está, *in casu*, diante de lacuna da lei. Somente a existência de tal lacuna é que autorizaria o recurso a esses processos, já que, expressamente autorizada a utilização dos mesmos pelo artigo da Lei de Introdução ao Código Civil, *verbis*:

"Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito."

De conseqüência, para a descoberta do objetivo pretendido pelo legislador, temos que nos valer de outros meios e, dentre eles, do processo de interpretação lógico-sistemático, segundo alguns, ou simplesmente sistemático, no entender de outros autores.

É esse o conselho que nos dá, por exemplo, VICENTE RAO, através da seguinte lição:

"369 — PROCESSO LÓGICO-SISTEMÁTICO. O processo lógico-sistemático em mais não consiste senão no processo comparativo, ensinado pela lógica e revestido de certas peculiaridades próprias das ciências jurídicas. Os processos filosófico e lógico-analítico se detêm no conteúdo do texto, ou disposição, ao passo que o processo lógico-sistemático introduz, no exame dos textos, elementos estranhos, pois realiza o confronto de um texto com outro texto da mesma lei (exame do contexto da lei), ou com os textos de outras leis do mesmo sistema jurídico, ou, até mesmo, com textos de outros sistemas jurídicos positivos (direito comparado), desde que todos versem sobre o mesmo instituto, ou a mesma relação.

Melhor se apura o pensamento contido em uma sentença, quando se a enquadra na ordem sistemática do conjunto de disposições de que faz parte, ou quando se a confronta com disposições outras, mas ligadas, todas, entre si, por identidade ou afinidade de princípios." (in "O Direito e a Vida dos Direitos", Vol. I, Tomo II, 6.º milheiro — reedição, Max Limonad, S. Paulo, 1960, p. 581).

Doutrinação na mesma direção, diz também CARLOS MAXIMILIANO:

"130 — Consiste o processo sistemático em comparar o dispositivo sujeito à exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto.

Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as conseqüentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma.

Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço.

133 — Aplica-se modernamente o processo tradicional, porém com amplitude maior do que a de outrora: atende à conexão entre as partes do dispositivo, e entre este e outras prescrições da mesma lei, ou de outras leis; bem como à relação entre uma ou várias normas e o complexo das idéias dominantes na época. A verdade inteira resulta do contexto, e não de uma parte truncada, quiçá defeituosa, mal redigida; examine-se a norma na íntegra, e mais ainda: o Direito todo, referente ao assunto. Além de comparar o dispositivo com outros afins, que formam o mesmo instituto jurídico, e com os referentes a institutos análogos; força é, também, afinal por tudo em relação com os princípios gerais, o conjunto do sistema em vigor." (op. cit., p. 139, 140, 141 e 142).

Utilizando-nos do processo de interpretação aconselhando nas transcrições há pouco feitas, vejamos o que impõe o legislador em outros regramentos.

Estabelece, primeiramente, o parágrafo único do artigo 35, ainda da mesma Lei federal nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973:

"O receituário de medicamentos entorpecentes ou a estes equiparados e os demais sob regime de controle, de acordo com a sua classificação, OBEDECERÁ ÀS DISPOSIÇÕES DA LEGISLAÇÃO FEDERAL ESPECÍFICA." (grifei).

A seu turno, preceituam os artigos 6º e 36 da Lei federal nº 6.363, de 21 de outubro de 1976:

"Art. 6º — Compete privativamente ao Ministério da Saúde, através de seus órgãos especializados, baixar instruções de caráter geral ou especial sobre proibição, limitação, fiscalização e controle da produção, do comércio e do uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e de especialidades farmacêuticas que as contenham."

"Art. 36 — Para os fins desta Lei serão consideradas substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica aquelas que assim forem especificadas em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde."

Com respaldo nas regras legais supra-referidas, expediu o órgão competente do Ministério da Saúde, primeiramente a Portaria nº 19, datada de 06 de setembro de 1977, a qual consignava instruções sobre proibição, limitação, fiscalização e controle da produção, do comércio e do uso de substâncias entorpecentes e de medicamentos que as contenham.

Desse provimento, releva trazer a lume, por sua pertinência com a matéria que está sendo objeto de análise, os itens 4.1, 12, 13.1 e 23.4 redigidos nos seguintes termos:

"4.1 — O encaminhamento das receitas de que trata este item será feito através de relação em duplicata, por ordem numérica de registro, sendo uma das vias devidamente autenticada pela autoridade sanitária competente, DEVOLVIDA AO FARMACÊUTICO COMO COMPROVANTE DE ENTREGA (Grifei).

12. — Sempre que for solicitada pelos interessados, o FARMACÊUTICO (grifei) fornecerá cópia autêntica da receita que contiver substância entorpecente da Lista II, com indicação do número e data do aviamento e rubrica do responsável.

13.1 — As receitas que contiverem substâncias entorpecentes da Lista II poderão ser repetidas desde que seja apresentada a cópia autêntica a que se refere o item anterior, DEVENDO O FARMACÊUTICO (grifei) proceder como se se tratasse de receita original.

23.4 — O "Dispensário de Medicamentos" de estabelecimento que utilize medicamentos entorpecentes DEVERÁ CONTAR COM A ASSISTÊNCIA E RESPONSABILIDADE DE FARMACÊUTICO (grifei) ou de outro profissional habilitado na forma na lei..."

Na mesma data da anterior, o aludido órgão aprovou outra Portaria, a de número 20, que, embora não tenha revogado expressamente nenhum dos preceitos da anterior, — conforme se depreende da leitura de seu item 77 —, alterou-a em alguns pontos, estabelecendo em seus itens 11.3, 55 e 64, o seguinte:

"11.3 — O "Dispensário de Medicamentos" de estabelecimento que utilize medicamentos constantes da Lista II desta Portaria DEVERÁ CONTAR COM A ASSISTÊNCIA E A RESPONSABILIDADE DE FARMACÊUTICO (grifei) ou de outro profissional habilitado na forma da lei.

55 — Aplica-se às substâncias e/ou medicamentos constantes das Listas IV e V o disposto nos itens 11.3 (isso é, aquele que impõe a obrigatoriedade de assistência e responsabilidade de farmacêutico — o parêntesis é nosso, 12.1, 13, 13.1 e 14 desta Portaria.

64 — Os medicamentos contendo as substâncias clorbenzorex, dietilpropiona, fenfluramina, fenproporex e mefenorex, constantes da Lista II, foram relacionadas na Lista V FICANDO SUJEITOS AO DISPOSTO NO CAPÍTULO III (grifei) desta Portaria."

Abra-se aqui um parêntesis para referir que, no capítulo III, a que faz menção o item 64, está inserto o item 55, o qual, a sua vez, conforme antes visto, remete, dentre outros, ao item 11.3 que outro não é, senão aquele que determina a obrigatoriedade aos dispensários de medicamentos de contarem com assistência e responsabilidade técnica de farmacêutico.

De tudo o que foi visto, constata-se que esta última Portaria Ministerial só excluiu da obrigatoriedade estabelecida em seu item 11.3 os medicamentos constantes da Lista I, na qual, esclareça-se, somente constam substâncias proscritas.

A referência a todas essas disposições das Portarias 19 e 20, assim como uma passada d'olhos, embora de leigo, na nominata dos medicamentos arrolados nas Listas delas constantes, conduzem-nos a uma inafastável conclusão: a de que, na prática é, senão impossível, pelo menos extremamente improvável que os dispensários de medicamentos das pequenas unidades hospitalares deixem de terem seus estoques, não uma ou algumas, mas muitas das drogas enumeradas nas referidas Listas, as quais, esclareça-se, contêm, aproximadamente, cinco centenas delas.

Mas logicamente isso se constitui em matéria de fato, cuja averiguação deverá ser levada a termo pelo Órgão Fiscalizador competente para, a partir daí, impor a exigência ou não da presença do profissional responsável, como determinado em lei.

Releve-se, ainda, o que a realidade nos aponta, face à grande sofisticação a que chegaram a medicina e a farmacologia nos dias atuais, à dizer, dificilmente algum hospital, independentemente de suas dimensões, mantém um setor de fornecimento que se caracterize como "dispensário de medicamentos", pelo menos nos termos em que este deve ser entendido e foi definido pelo inciso XIV, do artigo 4º, da Lei federal nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973.

Entretanto, aqui também a situação é fáctica e sua constatação penderá da mesma providência já antes apontada.

De outra parte, para se chegar a uma perfeita conclusão a respeito da matéria em exame, também não é de se desprezar a interpretação teleológica, posta nos seguintes termos, ainda pelo eminente CARLOS MAXIMILIANO:

"Toda prescrição legal tem provavelmente um escopo, e presume-se que a este pretenderam corresponder os autores da mesma, isto é, quiseram tornar eficiente, converter em realidade o objetivo ideado. A regra positiva deve ser entendida de modo que satisfaça àquele propósito; quando assim se não procedia construíam a obra do hermenauta sobre a areia movediça do processo gramatical.

Considera-se o direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística (grifo do autor); por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica (grifo do autor). O hermenauta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa conjunto de providências protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela do interesse para a qual foi regida.

Protege-se o patrimônio físico e moral do indivíduo a princípio; da coletividade, acima de tudo". (op. cit., p. 163, 164 e 165).

Atento a esses ensinamentos, cabe indagar: qual o fim, o objetivo, dos comandos normativos sob análise? Na medida em que, consoante esclarecem suas ementas, os mesmos vão dispor "sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos" e, ainda, sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica", não resta nenhuma dúvida que a finalidade por eles pretendida é a de proteção à saúde pública.

De conseqüência, as atividades que se encontram sob a inflexão de tais mandamentos legislativos não de se acomodar às suas determinações, e mais, que a interpretação que se faça deles deverá atender, antes de mais, àquela finalidade.

Corolário do que se afirmou é que, se para o atendimento ao fim há pouco posto em realce, ou já referidos dispensários de medicamentos tiverem que manter um farmacêutico responsável pela dispensação dos mesmos, ainda que duvidosa a exigência legal — o que, *in casu*, incorre —, o certo seria atender àquela exigência, em homenagem ao objetivo emergente.

Somente uma hipótese determinaria atitude contrária: a exclusão expressa de tal exigência pela lei, face ao princípio da legalidade.

Auxilia, doutra sorte, a exata compreensão da matéria em exame, o fato de os preceitos que estão sendo objeto de interpretação apresentarem a natureza de comandos de ordem pública, o que equivale dizer que tutelam, primordialmente, o interesse público — aliás como já se ressaltou, alhures —, e só a nível subsidiário, o particular.

Tal natureza resalta, não só porque têm eles por escopo a proteção à saúde da coletividade, como também por se inserirem na órbita do Direito Público.

E, sobre a prevalência acima posta em relevo discursa, ainda uma vez, CARLOS MAXIMILIANO que, após aduzir expressamente serem de ordem pública as normas em foco, taxativamente declara:

"A distinção entre prescrições de ordem pública (grifo do autor) e de ordem privada (grifo do autor) consiste no seguinte: entre as primeiras o interesse da sociedade coletivamente considerada sobreleva a tudo, a tutela do mesmo constitui o fim principal (grifo do autor) do preceito obrigatório; é evidente que apenas de modo indireto a norma aproveita aos cidadãos isolados, porque se inspira antes no bem da comunidade do que no do indivíduo;" (op. cit., pág. 228).

Aliás, a lição do eminente autor está em estrita sintonia com o conteúdo do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual,

"Na aplicação da lei o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Conclua-se, aqui, no mesmo sentido em que já se concluiu, quando se cogitou da interpretação teleológica.

Para completar as indagações que nos propusemos levar a termo resta, ainda, analisar a PORTARIA n° 316, de 20 de agosto de 1977, expedida pelo Senhor Ministro da Saúde e que ao definir a "pequena unidade hospitalar ou equivalente", rendeu ensejo a muitas controvérsias entre os interessados.

Em consonância com o seu item I,

"Para os efeitos do disposto no item XIV, do artigo 4º, da Lei n° 5.991, de 17 de dezembro de 1973, e do item XIV, do artigo 2º, do Decreto n° 74.170, de 10 de junho de 1974 entende-se como 'pequena unidade hospitalar ou equivalente' aquela que possua até 200 (duzentos) leitos".

Diante da controvérsia que se estabeleceu entre os hospitais e os Órgãos de Fiscalização do Poder Público, a respeito da correta interpretação que se deva dar àquele provimento administrativo, foi solicitada a se pronunciar a própria Autoridade que o expediu, isto é, o Senhor Ministro da Saúde, tendo então o mesmo prestado os seguintes esclarecimentos, em correspondência que remeteu ao Presidente da Academia Nacional de Farmácia, datada de 08 de novembro de 1977:

"... Aquela portaria revoga apenas as exigências relativas à existência de farmácia em hospitais com menos de 200 leitos e que não manipulem medicamentos;

... refere-se portanto exclusivamente à área construída e equipamento para manipulação;

... não se refere ao farmacêutico, cuja presença não poderia ser dispensada através de simples portaria, em estabelecimentos hospitalares onde existam estoques de medicamentos controlados;

... não se refere às demais funções, e funções relevantes, que o farmacêutico pode desempenhar em um hospital de qualquer porte.

Qualquer outra interpretação seria infundada.

Acredito mesmo ser necessário um trabalho efetivo para a integração do farmacêutico na equipe hospitalar, divulgando-se e valorizando-se a inestimável colaboração técnico-científica que poderá oferecer, superando-se a posição degradante de mero locador do próprio nome.

É evidente que a compra, armazenamento e dispensação de medicamentos controlados requer a supervisão de farmacêutico".

Face aos termos do pronunciamento que acaba de ser transcrito, desnecessário se torna alinhavar qualquer argumento no sentido de esclarecer o real alcance da Portaria n° 316.

Aliás, esse pronunciamento só vem corroborar todas as afirmações e argumentos desenvolvidos no presente trabalho e, muito principalmente, aqueles com os quais se procurou deixar claro que, primeiro, o fato de não terem sido incluídos os dispensários de medicamentos das pequenas unidades hospitalares, quer no artigo 15 ou no 19 da Lei n° 5.991, de 17 de dezembro de 1973, longe de constituir uma omissão involuntária do legislador, foi produto de sua deliberação; e, segundo, que, este assim obrou porque a realidade dos fatos inadmitia, para a hipótese em tela, uma solução absoluta e uniforme para todos os casos, visto a existência da legislação sobre a proibição, fiscalização, controle da produção, comércio e uso de drogas capazes de determinar dependência física ou psíquica.

Como bem explicita a mesma correspondência, a dispensa ou exigência de preditos profissionais em unidades hospitalares é tarefa que incumbe à lei, e não a um simples provimento administrativo.

O critério determinador delas, por isso mesmo se faz presente no texto normativo tantas vezes citado, sendo de fácil constatação. Basta confrontar-se os incisos X e XIV do artigo 4º e ter-se presente referida legislação pertinente à proibição, fiscalização, controle de produção, comércio e uso de drogas que determinam dependência física ou psíquica, para se extrair aludido critério.

Diante de tais elementos e servindo como conclusão ao presente pronunciamento delinea-se o quadro abaixo apresentado.

1. É OBRIGATÓRIA A PRESEÇA DE FARMACÊUTICO

a) nas unidades hospitalares que, além de terem em estoque para fornecimento a seus pacientes medicamentos industrializados, insumos farmacêuticos e correlatos, manipularem também fórmulas magistrais e oficiais e, naturalmente, utilizarem medicamentos que causem dependência física ou psíquica (artigo 4º, item X, da Lei federal n° 5.991, de 17 de dezembro de 1973, e legislação atinente aos medicamentos que causem dependência física ou psíquica);

b) nas unidades hospitalares que, embora de pequenas dimensões e contando apenas com dispensário que tenha em estoque somente medicamentos industrializados, mas forneçam também a seus pacientes as já citadas drogas causadoras de dependência física ou psíquica (artigo 4º, item XIV, da Lei federal n° 5.991, de 17 de dezembro de 1973 e legislação respeitante aos medicamentos que causem a aludida dependência física ou psíquica);

c) na ocorrência de alguma hipótese duvidosa, face à emergência do interesse público (em conformidade com o entendimento doutrinário).

2. DISPENSA-SE A PRESEÇA DE FARMACÊUTICO

— Nos dispensários de medicamentos de unidades hospitalares que forneçam a seus pacientes apenas drogas industrializadas, desde que, entre elas, não estejam incluídas as causadoras de dependência física ou psíquica (art. 4º, inciso XIV, da Lei federal n° 5.991, de 17 de dezembro de 1973).

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 21 de novembro de 1983.

Of. Gab. 1440/83

Porto Alegre, 21 de novembro de 1983.

SENHOR GOVERNADOR:

Face à diversidade de orientação preconizada pela Associação dos Hospitais do Estado do Rio Grande do Sul e pela Secretaria de Estado da Saúde e Meio Ambiente quanto à obrigatoriedade ou não de se manter um farmacêutico junto aos dispensários de medicamentos das pequenas unidades hospitalares foi solicitado, por aquela Secretaria, um pronunciamento a respeito da exata interpretação da legislação disciplinadora da matéria.

O Parecer n° 5.641, examinando as disposições da Lei federal n° 5.991, de 17 de dezembro de 1973, e considerando a variedade das situações fáticas que a ela podem ser subsumidas ou pendentes

A Sua Excelência o Senhor Doutor JAIR SOARES

DD. Governador do Estado do Rio Grande do Sul

PALÁCIO PIRATINI

da incidência de outros textos normativos conclui, sob a luz dos princípios informadores da hermenêutica jurídica, pela inexigibilidade da presença de farmacêutico "nos dispensários de medicamentos de unidades hospitalares que forneçam a seus pacientes apenas drogas industrializadas, desde que, entre elas, não estejam incluídas as causadoras de dependência física ou psíquica".

Acolhendo as conclusões desse pronunciamento, submeto-o à superior consideração de Vossa Excelência, ao tempo em que lhe manifesto as expressões do meu especial apreço e consideração.

FRANCISCO SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

CÔMPUTO DE TEMPO FICTO DE SERVIÇO

EUNICE NEQUETE MACHADO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.686

DESVIO DE FUNÇÃO. TEMPO FICTO. PRESCRIÇÃO QÜINQUÊNAL.

Ao servidor que, de boa-fé, ainda que em desvio de função, obrou por vinte e cinco anos em alguma das circunstâncias a que a Lei nº 2.455, de 6 de novembro de 1954, confere o acréscimo de 2/5 de tempo ficto (artigo 1º, I, letras "a" a "e"), é devida tal abreviação de tempo para fins de aposentadoria, como medida de proteção à sua própria saúde.

Admissibilidade de conhecimento e arguição de prescrição qüinquenal para decisão na via administrativa.

H.M., servidor extranumerário do DEPRC, inativou-se pelo Instituto Nacional de Previdência Social, em 1967, com base no artigo 58, do Regulamento Geral da Previdência Social, como instalador.

Por falta de tempo de serviço, perdeu o vínculo com a autarquia, a qual expressamente lhe negou aposentadoria, de acordo com o artigo 178 do Estatuto do Funcionário Público, já que contava com menos de trinta e cinco anos de serviço, sem reconhecer-lhe direito a qualquer outro acréscimo de tempo ficto, exceto 1/6, nos termos do artigo 1º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 4.585, de 14 de outubro de 1963.

Em novembro de 1976, manifestou o ex-servidor sua desconformidade com a perda do vínculo com o Departamento, requerendo, para restabelecê-lo, o acréscimo temporal previsto pelo artigo 1º, item I, letra "c", da Lei nº 2.455, de 6 de novembro de 1954, eis que teria exercido as funções de funileiro.

Em 1981, foi designada Comissão de Justificação Administrativa, que concluiu que o servidor sempre exercera serviços de funilaria.

Remetidos os autos à CIMOR — Comissão de Infortunistica, Medicina Ocupacional e de Readaptação —, manifestou-se esta contrariamente ao pedido, face ao desvio de função em que se encontrava o postulante.

Inconformado, o servidor dirige seu pedido ao Chefe do Poder Executivo.

Da Casa Civil, foram os autos novamente remetidos à CIMOR, para que prestasse esclarecimentos quanto à insalubridade das funções de instalador, nas quais formalmente se deveria enquadrar o servidor, manifestando-se a mesma pela confirmação de seu anterior parecer, sem pronúncia acerca do solicitado.

De volta à Casa Civil, veio o expediente a este Órgão Consultivo, para exame e parecer.

E, depois de examinado, voltou para reapreciação em conjunto com o Processo nº 14173-24.00/82-SEA.

É o relatório.

2. Preliminarmente, em face da delegação de competência operada pelo Decreto nº 30.509, de 28 de dezembro de 1981, em favor do Chefe da Casa Civil do Gabinete do Governador, para autorizar o cômputo dos acréscimos de tempo ficto de que cuidou a Lei nº 2.455, de 6 de novembro de 1954, deve o presente pedido ser encaminhado à apreciação da referida autoridade.

3. A seguir, dada a vinculação expressa da consulta realizada no Processo nº 14173-24.00/82-SEA ao presente, na qual é questionada a possibilidade de prescrição do postulado, passamos ao exame desta matéria.

Efetivamente, decorreram mais de cinco anos entre a aposentadoria e o conseqüente desligamento de H.M. de autarquia e o requerimento ora sob exame.

Muito embora seja qüinquenária a prescrição de todo e qualquer direito oponível contra as Fazendas Federal, Estadual ou Municipal (Código Civil, artigo 178, § 10, VI, e artigo 1º, do Decreto nº 20.910/32), e as autarquias, por força do Decreto-lei nº 4.597, de 19 de agosto de 1942, há que se ter presente que, em princípio, os direitos do servidor, decorrentes da relação de emprego estatutária,

são imprescritíveis. Sua prescritebilidade só é admissível como exceção a tal regra, quando da ocorrência de determinados atos ou fatos capazes de modificar aquela relação jurídica, negando a existência de certo direito, contra os quais o interessado deixe de provocar a Administração, ou o Poder Judiciário, em tempo hábil, ou o faça sem êxito.

"*Prima facie*" tal parece ser a hipótese em pauta, já que não trata imediatamente de direito de trato sucessivo, como o seria o da percepção de complementação de proventos. Ao contrário, tal direito seria consequente ao reconhecimento de situação jurídica que foi expressamente negada ao postulante, pela ruptura de seu vínculo funcional com o DEPRC. De outra parte também a manutenção de tal vínculo dependeria do reconhecimento, em favor do servidor, do direito ao acréscimo de tempo ficto que ora pleiteia.

E, neste sentido, a dominante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se vê das emendas a seguir transcritas, dentre as inúmeras decisões que compõem tal orientação jurisprudencial:

"Prescrição.

Quando existe um ato ou fato que ofenda de modo geral, permanente, definitivo, o direito do autor, como a demissão, a preterição no acesso, o cancelamento da pensão, a tomada de coisas sem as formalidades legais, a destruição de objetos, etc., o lapso prescricional corre da data do ato ou fato. Quando, porém, a prestação periódica não for paga (vencimento, juros de apólices, pensão, alugueis de imóveis, etc.), por negligência do credor, por falta de verba orçamentária ou de numerário, ou, ainda, em consequência de dificuldade burocrática, o prazo é contado da data em que cada prestação for exigível. Recurso extraordinário conhecido e provido". (Recurso Extraordinário 67.635, Relator Ministro LUIZ GALLOTTI, "in" RTJ n.º 51, p. 708).

"Prescrição quinquenal. Funcionário Público.

A prescrição quinquenal a favor da Fazenda Pública, estabelecida pelo artigo 1.º do Decreto n.º 20.910, de 1932, alcança 'todo e qualquer direito e ação, seja qual for a sua natureza', sem excetuar os assegurados por lei ao servidor público. A prescrição apenas das prestações pressupõe que a Administração Pública não tenha praticado ato de que decorra o não-pagamento delas. Recurso extraordinário conhecido e provido". (Recurso Extraordinário n.º 95.592, Relator Ministro SOARES MUÑOZ, "in" Lex Jurisprudência do STF n.º 58, p. 138).

A prescrição, portanto, não inicia seu curso apenas a partir do momento em que a Administração instada pelo servidor a reconhecer-lhe dado direito, negue o expressamente, senão também a partir de todo e qualquer ato ou fato administrativo de que resulte tal negação.

Entretanto, o instituto da prescrição não tem por únicos pressupostos o decurso do tempo e a inércia do titular de algum direito, mas igualmente seu próprio conhecimento ou arguição pela parte a quem aproveita, tanto para decidir, administrativamente, quanto para consumir-se, definitivamente, na via judiciária. Ressalvando-se, sempre, no primeiro caso, a faculdade de que goza a Administração Pública de rever seus próprios atos, em qualquer tempo, quando eivados de nulidade. Contudo, para que a prescrição se aperfeiçoe, mister se faz a acurada análise das circunstâncias em que decorreu o tempo e a inércia, no caso, do servidor.

Há que se considerar, assim, que a própria existência de jurisprudência administrativa contrária à pretensão do postulante e contemporânea à época em que a mesma deveria ter surgido em seu patrimônio, opera o efeito de obstar sua existência, caracterizando nuance alteradora ou impeditiva do curso de tal prazo. E, pois, que a eventual alteração na interpretação e aplicação de dada lei pode fazer surgir em favor do trabalhador público a pretensão de que se vir a privado. É o que socorre o caso dos autos, pelos precedentes apontados no processo ao qual foi vinculado, para fins de exame, o presente.

Assim, em hipóteses como a presente e como em princípio sói acontecer na instância administrativa, onde a apuração de todas as circunstâncias não se podem submeter ao contraditório e pela qual nem sempre se pode chegar a um juízo de plena certeza quanto à ocorrência de prescrição, deve-se examinar o objeto do pedido, desde que sobre ele não se tenha manifestado expressamente a Administração ou o Poder Judiciário, relegando apenas aos reflexos patrimoniais do direito eventualmente reconhecido a aplicação da regra da prescrição quinquenal.

4. O tema desvio de função no serviço público tem merecido rigoroso tratamento quer pelo Poder Judiciário, quer pela Administração Pública Estadual e correspondente jurisprudência administrativa.

Efetivamente, não se pode admitir que o funcionário público venha a auferir vantagens outras que não as que lhe são devidas em razão de sua posição funcional, em razão de seu cargo e, em consequência, em razão do desempenho das funções que lhe são próprias.

O vínculo estatutário havido entre servidor e Estado não admite que alterações meramente fáticas gerem direitos e obrigações recíprocas. Ao contrário da relação empregatícia contratual, a relação estatutária se implanta e se constitui a partir do cumprimento de certos pré-requisitos procedimentais e formais e, portanto, só a partir destes, surgem, para o servidor e para a Administração, os direitos e os deveres que lhes são consequentes. A situação de fato deve adequar-se necessariamente ao título que a constitua. Idêntica a disciplina da relação havida entre o servidor extranumerário e a autarquia.

Assim é que o artigo 277 do Estatuto do Funcionário Público veda ao servidor o exercício de funções estranhas ao conteúdo ocupacional de seu cargo. Tal mandamento se justifica plenamente. Não fora assim e favorecer-se-ia que funcionários menos graduados e a cujos cargos correspondessem vantagens inferiores se iniscuissem no exercício de funções próprias de outros, o que importaria infringência a dois preceitos de ordem constitucional: um, o de que o acesso aos cargos públicos se dá nas formas constitucional e legalmente previstas, dentre as quais não se encontra o exercício de fato; outro, o que veda a equiparação de pessoal, no serviço público, para fins de remuneração.

Em tal medida, impecável a orientação traçada por este Órgão Consultivo, dentre em outros, nos Pareceres n.ºs 3845 e 5086, ambos da lavra do Procurador do Estado JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO, pela qual ao servidor em desvio de função não é aplicável a Lei n.º 2.455/54, por afronta ao artigo 277 do Estatuto.

Todavia, entendemos que tal solução deva sofrer exceções. Uma delas, aquela de que tratava o Expediente n.º 14173-24.00/82-SEA, já referido, de que, ainda que em desvio, o servidor pode ser favorecido pela Lei n.º 2.455/54, na mesma medida em que o seria se não se tivesse desviado de suas funções. Isto é, se as funções que lhe houvessem sido formalmente cometidas igualmente se enquadrassem em hipóteses de acréscimo de idêntica fração de tempo, nada obstará que o servidor, no exercício de outras, igualmente favorecidas, pudesse se valer da benesse.

A outra exceção, quando o servidor se houvesse submetido ao tempo máximo recomendado para o exercício de certas funções, de conformidade com preceitos da medicina do trabalho, entre nós adotados pela legislação previdenciária federal, como limite a partir do qual o trabalhador pode requerer aposentadoria especial.

Com efeito. Como se vê do Anexo I do Regulamento dos benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n.º 83.080, de 24 de janeiro de 1979, para os exercentes de certas atividades de grande risco e que, inobstante a longa exposição ao mesmo, ainda gozem de saúde, a lei federal facultava-lhes inativarem-se, a partir dos vinte e cinco anos de serviço, prestado em tais condições — sem menção aqui, por impertinente ao caso dos autos, a outras atividades nas quais o trabalhador se pode inativar ainda com menos tempo.

Tal faculdade tem por escopo proteger a saúde do trabalhador, possibilitando a este sua defesa, como corolário do próprio direito à vida a todos assegurada.

E a mesma faculdade de defesa da própria saúde parece ter sido estendida aos trabalhadores públicos estaduais pela Lei n.º 2.455/54. Não por acaso o acréscimo de 2/5 de tempo ficto, em verdade, representa um permissivo legal de aposentadoria a partir dos 25 anos de serviço, para quem por tal tempo se tenha exposto aos riscos que o autorizem.

Tal benesse não goza da mesma conotação de prêmio de que se dotaram outros permissivos legais estaduais de acréscimos de tempo irreal, para fins de aposentadoria.

Como se vê, à semelhança do que ocorre no âmbito da legislação trabalhista e previdenciária federal, a lei estadual tem seu fundamento na necessidade de proteção da saúde dos servidores públicos.

E casos há em que o grande desfavorecimento, ou até mesmo o prejuízo, que o desvio de função impõe ao servidor, sugerem se deva atender à boa-fé com que ele se tenha conduzido, apenas para o efeito de impedir que se lhe imponha prejuízo ainda maior. Tais as hipóteses em que o servidor público haja desempenhado por vinte e cinco anos funções nas condições de que trata o artigo 1.º, I, letras "a" e "e" da Lei n.º 2.455, sem se ter beneficiado, evidentemente, de quaisquer vantagens pecuniárias senão as que lhe fossem devidas em razão do cargo, ou função, se de extranumerário se tratasse.

Ademais, no caso em tela, a solução é coerente com o próprio texto da lei, que não referiu expressamente a funções ou cargos, mas a "serviços que exigem a permanência em recinto (...) em que se verifique o desprendimento de emanções de amônio, cloro ou outras elementos nocivos à saúde" (artigo 1.º, I, letra, c) e a "serviços que exigem a permanência contínua em ambientes de baixa ou de alta temperatura, tais como câmaras frigoríficas e fundições" (idem, letra d). Circunstâncias

nas quais talvez se possam enquadrar as atividades desempenhadas pelo postulante, que teria lidado com chumbo derretido para a realização de soldas, tendo sempre desempenhado funções próprias de funileiro.

Se, de um lado, o Estado não está autorizado a pagar a vantagem pecuniária a que só a titulação de dado cargo ou função permite; de outra parte não está autorizado a denegar o acréscimo de tempo ficto de 2/5 a quem, de boa-fé, por mais de vinte e cinco anos, ainda que em desvio, exerceu funções que permitiriam tal acréscimo. Tal denegação importaria, por parte da Administração Pública, locupletamento ilícito.

Tendo-se valido do serviço prestado em desvio por tanto tempo que ensejaria ao servidor o direito de inativar-se com proventos integrais, não pode pretender eximir-se do reconhecimento da situação de fato, que, no caso concreto, é suporte fático suficiente do direito ao cômputo de tempo ficto. Locupletar-se ilícitamente a Administração Pública, quer pelo não-pagamento de proventos integrais, quer pelo desfazimento mesmo do vínculo funcional, sem qualquer pagamento relativo a proventos, quer pela economia de nova nomeação ou contratação, caso o servidor permaneça em atividade.

De outra feita, além de impedir o locupletamento ilícito, na medida em que o definimos, pela concessão de aposentadoria no tempo de que aqui se cuida, impede-se, igualmente, que o Estado assumam o risco da causação de outros danos, pelos quais seria responsável, caso impusesse ao servidor a permanência em atividade para reconhecimento de seu direito à inatividade mais adiante.

Via de regra, no desvio de função não há que se cogitar da causação de prejuízos por parte da Administração, eis que tal situação conta, ao menos, com a anuência do servidor para com o comando do agente público diretamente responsável pelo cometimento de tarefas aos servidores que lhe sejam subordinados, senão quando tal situação é deliberadamente forjada pelo próprio trabalhador público, que prefere o exercício de outras que não as funções que lhe são próprias.

A responsabilidade pelo desvio é de se ter, pois, por bipartida e, destarte, compensada, para fins patrimoniais.

Diverso, entretanto, há de ser o entendimento em se tratando de negativa mesmo do direito à aposentadoria, como no caso em tela, quando o exercício deste direito implica, em última instância, exercício de defesa da própria saúde e, conseqüentemente, na defesa do bem maior que é a própria vida. De outra parte, a sujeição do servidor à atividade em desvio adiante do limite de tempo que a lei prevê como mínima a partir do qual o trabalhador público adquire o direito à inativação, é duplamente indevida, eis que ao Estado ou à Administração Pública Indireta não é lícito nem desviar o funcionário das tarefas que lhe são próprias, nem obrigá-lo a continuar em atividade, pondo em risco sua saúde e sua vida. Risco pelo qual respondem as pessoas jurídicas de direito público frente ao prejuízo que eventualmente seus agentes venham a causar, em atenção ao comando constitucional que se contém no artigo 107 da Constituição Federal.

5. Finalmente, todavia, ressaltamos que a Comissão de Infortunistica, Medicina Ocupacional e de Readaptação — CIMOR — deve ser ouvida a respeito da possibilidade de enquadramento das funções tanto de funileiro, como de instalador, nas hipóteses da Lei 2.455/54, como lhe compete fazer a teor do artigo 2º, I, do Decreto nº 30.655/82.

6. São as razões pelas quais opinamos pelo provimento do pedido de H.M., de acréscimo de 2/5 de tempo ficto de que tratou a Lei 2.455, de 6 de novembro de 1954, artigo 1º, I, letras "c" ou "d", desde que em tal sentido se venha a manifestar a CIMOR, quer pelo entendimento de que como instalador ou funileiro a tal faria jus, para que se lhe restabeleça o vínculo com a autarquia, descontando-se do tempo de serviço já computado o sexto relativo à "Lei Sueli", por incompatível com a contagem de qualquer outro tempo irreal, e que, por ser menos favorável ao postulante, deve dar lugar ao acréscimo superior permitido pela Lei nº 2.455 já referida, e respeitada, para fins de complementação de proventos, a prescrição quinquenal das parcelas vencidas há cinco anos ou mais.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 23 de maio de 1984.

SENHOR GOVERNADOR:

Versa o expediente a respeito da inconformidade manifestada pelo ex-servidor do DEPRC — H.M. — inativado pelo INPS como instalador, que, por recurso dirigido ao Senhor Governador, pretende restabelecer o vínculo com a autarquia para fins de aposentação, através do acréscimo de 2/5 na contagem de seu tempo de serviço, amparado no artigo 1º, item I, letra "c", da Lei nº 2.455/54, eis que teria exercido as funções de funileiro.

Muito embora a Comissão de Justificação Administrativa e a assessoria jurídica da autarquia considerassem a situação suscetível do enquadramento pretendido, a Comissão de Infortunistica, Medicina Ocupacional e de Readaptação — CIMOR — opina pelo indeferimento, por ter havido "desvio de função".

Tendo sido os autos novamente remetidos à CIMOR para que esclarecesse quanto à insalubridade das funções de instalador, nas quais formalmente se deveria enquadrar o servidor, manifestou-se a mesma pela confirmação de seu parecer, sem pronúncia acerca do solicitado.

No encaminhamento do assunto duas questões foram suscitadas para exame:

a) A possibilidade de prescrição do que é postulado, pelo decurso de mais de cinco anos entre a aposentadoria com o desligamento do servidor e o requerimento ora examinado.

b) O tema desvio de função é a pretensão de auferir vantagens outras que não as devidas em razão de sua posição funcional.

Relativamente ao primeiro tema, considera o parecer anexo que, embora quinquenal a prescrição de todo e qualquer direito oponível à Fazenda Pública e à autarquia, há de se ter presente que, em princípio, são imprescritíveis os direitos do servidor decorrentes da relação de emprego estatutária. A prescritibilidade, como exceção a tal regra, só é admissível quando da ocorrência de atos ou fatos capazes de modificar aquela relação jurídica, negando a existência de certo direito e contra os quais o interessado deixe de provocar a Administração ou o Poder Judiciário em tempo hábil, ou o faça sem êxito. Tal parece ser a hipótese dos autos, de vez que o postulante teve expressamente negada a manutenção do vínculo com o DEPRC, bem assim o acréscimo do tempo ficto que ora pleiteia, porque em desvio de função.

No entanto, considerando que nem sempre se pode chegar a um juízo de plena certeza quanto à ocorrência da prescrição e, sobretudo, às circunstâncias em que decorreu o tempo, somado à inércia do servidor, a existência de jurisprudência administrativa contrária à pretensão do postulante, atuando como causa alteradora ou impeditiva do curso de tal prazo e, bem assim, uma eventual alteração na interpretação de dada lei, é o presente pronunciamento no sentido de ser examinado o pedido, desde que sobre ele não se tenha manifestado a Administração ou o Poder Judiciário, relegando apenas aos reflexos patrimoniais do direito, eventualmente existentes, a aplicação da regra da prescrição quinquenal.

Quanto ao segundo aspecto — desvio de função — a par da orientação traçada por esta Casa de que ao servidor nessas condições não é aplicável a Lei estadual nº 2.455/54 por afronta ao artigo 277 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, manifesta-se o entendimento de que tal solução deva sofrer duas exceções:

— quando o servidor, ainda que em desvio de função, seria favorecido pela Lei 2.455/54 no desempenho das funções que lhe são próprias;

— quando o servidor de boa-fé, naquelas condições, laborou por 25 anos em alguma das circunstâncias a que a lei referida confere o acréscimo de 2/5 de tempo ficto, como medida de proteção à própria saúde recomendada pelo Decreto federal nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979.

Vale observar que a solução apontada é coerente com o próprio texto legal, pois esse não se refere expressamente a funções ou cargo, mas a "serviços" em dadas circunstâncias.

Por essas razões, acolho o Parecer que — ouvida a CIMOR a respeito da possibilidade de enquadramento das funções tanto de funileiro, como de instalador, nas hipóteses da Lei 2.455/54 — opina pelo deferimento do pedido de H.M., de acréscimo de 2/5 de tempo ficto de que tratou o artigo 1º, item I, letras c ou d da lei supra-referida.

Ao submeter esse pronunciamento à judiciosa consideração de Vossa Excelência, manifesto-lhe as expressões de minha consideração e apreço.

NEY SA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

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

COMPLEMENTAÇÃO DE PROVENTOS

EUNICE ROTTA BERGESCH

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.685

COMPLEMENTAÇÃO DE PROVENTOS.

A concessão da complementação de proventos, assegurada pelo Decreto-lei 1.145/46 aos servidores estaduais aposentados pela Previdência Social, fica adstrita à implementação das condições impostas no Estatuto próprio para a aposentadoria por conta do Tesouro Estadual.

Possibilidade de cômputo de tempo de serviço privado para fins de complementação de proventos (Lei nº 7.057/76).

O.C.O., de condição de servidor estadual inativado pela Previdência Social desde 1º de abril de 1975 (aposentadoria por tempo de serviço) requereu diferença de proventos em 12 de maio de 1982.

Beneficiário que foi com o acréscimo de 1/6 de tempo ficto (Lei nº 2.455/54), fez o total de 34 anos, oito meses e um dia de tempo de serviço (fls. 14).

Não há qualquer pronunciamento acerca do pedido formulado, a não ser a manifestação da Assessoria Jurídica da CASA CIVIL, que entendeu da necessidade de, preliminarmente, examinar-se a matéria com relação à prescrição, se quanto ao direito de ação ou apenas às prestações.

É o relatório.

Consta que o postulante teria sido admitido, em 14 de novembro de 1944, no ENTREPOSTO DO LEITE S/A — ELSA — antecessora do extinto DEPARTAMENTO ESTADUAL DE ABASTECIMENTO DO LEITE — DEAL, de que é sucessora a COMPANHIA RIO-GRANDENSE DE LATICÍNIOS E CORRELATOS — CORLAC.

Posteriormente, o Boletim nº 396, publicado no Diário Oficial do Estado, em 23 de março de 1971, declarou que o suplicante passou a integrar o Quadro Especial, criado pela Lei nº 6.182, de 8 de janeiro de 1971, sendo designado a prestar serviços na Secretaria da Administração a partir de 17 de março de 1971, onde permaneceu até sua aposentadoria a 1º de abril de 1975.

A referida Lei nº 6.182/71 criou no Poder Executivo o Quadro Especial, constituído pelos ferroviários devolvidos ao Estado e pelos servidores dos extintos órgãos: Comissão Estadual de Silos e Armazéns, Departamento Autônomo de Carvão Mineral e Departamento Estadual de Abastecimento do Leite, dispondo expressamente (artigo 3º) que os mesmos ficariam vinculados "ao sistema previdenciário a que estavam sujeitos nos órgãos de origem".

Como tal, permaneceu o requerente vinculado à Previdência Social federal, embora pertencente ao Quadro Especial do Poder Executivo. E neste sistema previdenciário foi inativado.

Anexado ao processo, encontra-se o Parecer nº 59/81 do Tribunal de Contas do Estado no sentido de que a concessão do benefício de complementação de proventos e o seu valor — de que trata o Decreto-lei nº 1.145, de 12 de agosto de 1946 — "não se subordina a cômputo de tempo de serviço nem a quaisquer outros pré-requisitos estabelecidos para a aposentadoria".

Essa orientação, ao que me parece equivocada, pelos fundamentos que exponho a seguir, já se encontra, aliás, afastada pelo mesmo Órgão, que através do Tribunal Pleno, em 26 de janeiro de 1983, aprovou o Parecer Coletivo nº 5/82, com as seguintes conclusões:

"a) a aposentadoria de servidor estadual, decretada no 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;

b) sejam integrais ou proporcionais os proventos fixados pela instituição previdenciária, o cálculo da diferença, que houver, deverá ser efetuado de molde a integralizar o valor a que, em idênticas condições, faria jus o funcionário aposentado na forma de seu Estatuto;

c) para a complementação de proventos de que cuida o Decreto-lei nº 1.145/46 sujeita-se o Estado à observância das regras instituídas pela Lei nº 7.057/76, disciplinaadora do cômputo de tempo de atividade privada, para fins de aposentadoria no serviço público".

Efetivamente, o tratamento que vinha sendo dispensado à matéria naquele órgão controlador (Pareceres nºs 59/81 e 159/82) não se compadecia com a realidade jurídica, e levou a entendimentos equivocados por parte da Administração, como o que ora se examina.

Quer me parecer que a anexação do já superado Parecer nº 59/81 é que levou a Assessoria Jurídica da Casa Civil a solicitar pronunciamento acerca de prescrição, antes mesmo de qualquer manifestação a respeito da matéria "complementação de proventos".

Apesar de os já mencionados Pareceres do Tribunal de Contas versarem sobre complementação de proventos de servidores do Departamento Estadual de Portos, Rios e Canais — DEPRC, é em todo o seu teor, com a evidente exceção da legislação própria da autarquia, aplicável, aos funcionários da Administração Direta, por algum motivo vinculados à previdência federal, como é o caso destes servidores de órgãos estaduais extintos e que passaram a integrar o Quadro Especial criado pela Lei nº 6.182/71.

O Decreto-lei nº 1.145/56, editado na vigência do Decreto-lei nº 311, de 31 de dezembro de 1942, que assegurava proventos integrais ao funcionário que completasse trinta e cinco anos de serviço público, garantiu essa mesma vantagem, nas mesmas condições, aos funcionários civis do Estado, associados de caixas de aposentadoria e pensão, vantagem essa estendida também aos servidores autárquicos, por força do disposto na Lei nº 1.851, de 27 de setembro de 1952, alterada pela Lei nº 2.355, de 21 de junho de 1954.

Quando do advento do vigente Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, essa benesse continuou garantida no inciso VI do artigo 177, que assegura:

"VI — quando o funcionário, vinculado à Instituição de Previdência Social, não tiver nesta 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 legislação vigente."

Importante é precisar quais as condições a serem implementadas pelo servidor, contribuinte obrigatório do sistema previdenciário federal, para fazer jus à complementação de proventos por parte do Estado.

Ora, a intenção do legislador não foi outra do que a de garantir tratamento igual ao concedido aos funcionários aposentados com proventos pagos pelos cofres estaduais àqueles que, vinculados à Previdência Social, viessem a por ela se inativar.

A complementação de proventos, como a própria denominação está a indicar, vai se constituir numa parcela que, somada ao valor pago pela instituição previdenciária, resulte num montante igual ao que seria percebido pelo funcionário se inativado diretamente pelo Estado. E se daí a nas mesmas condições que se daria a aposentação pelo Estado, ou seja, de acordo com as regras estatutárias próprias para aposentadoria.

No caso, a Lei nº 1.751/52, no Capítulo XIV, "Da Aposentadoria", é que nos dá as coordenadas para o exame da matéria.

Trata-se, no caso em tela, de aposentadoria por tempo de serviço pela Previdência Social.

É de se examinar, por conseguinte, as condições postas na lei estadual para a concessão dessa espécie de aposentadoria.

Dispõe o artigo 178 do referido Estatuto que "será aposentado, independentemente de inspeção de saúde, se o requerer, o funcionário que contar com mais de trinta e cinco (35) anos de serviço".

A legislação estadual não contempla, como faz o sistema previdenciário federal, a possibilidade de inativação por tempo de serviço já que a partir dos trinta anos de serviço comprovados, quando garante ao segurado proventos inferiores ao valor global relativo à aposentadoria aos trinta e cinco anos de trabalho.

O funcionário público estadual deve, pois, para fazer jus à aposentadoria por tempo de serviço, e, por consequência, à complementação de proventos, se for o caso, implementar os trinta e cinco anos de serviço.

Entendo que não basta, como defendia o Parecer nº 59/81, a aposentação do servidor pelo INPS, para fazer surgir, por si só, o direito subjetivo à complementação de proventos. Pelo contrário, a complementação, tal qual a aposentadoria, vai subordinar-se às regras ditadas pelo Estatuto próprio para essa última.

Não fosse assim, estar-se-ia assegurando vantagens maiores àqueles que, vinculados à Previdência Social, viessem a por esse sistema se inativar, eis que, como no caso, um funcionário com menos

de trinta e cinco anos de serviço poderia aposentar-se pelo Órgão Previdenciário, com proventos proporcionais e vir a buscar a complementação no Estado, quando igual tratamento não teria o funcionário sem regime previdenciário próprio.

Não foi essa a intenção do legislador; nada autorizando a interpretação que vinha sendo dada ao dispositivo do Decreto-lei nº 1.145/56, pelo Parecer nº 59/81, já citado, no sentido de que esse impunha uma única condição para a concessão da complementação de proventos, qual seja, a aposentação do servidor pelo sistema previdenciário federal.

Assim, inobstante satisfeitos os pressupostos para aposentadoria pelo INPS, e concedida esta, ao pleitear a complementação assegurada na órbita estadual, é preciso que se examine se o postulante a essa benesse satisfaz os requisitos vigentes nessa esfera para a inativação.

Convém, por oportuno, salientar da possibilidade de vir a adicionar-se tempo de serviço privado, computável na forma da Lei nº 7.057, de 30 de dezembro de 1976, para fins de complementação de proventos. Isto porque, fiel à orientação de que essa vantagem é de ser deferida nas mesmas condições da aposentadoria estadual, e, se para essa o tempo de serviço privado é valorizado, não há como deixar de computá-lo também para fins de complementação de proventos.

Todavia, as aposentadorias concedidas em datas anteriores à Lei nº 7.057/76 não são por ela abrangidas, por disposição expressa (artigo 5º), pelo que fica afastada a possibilidade de cômputo de tempo de serviço privado, porventura havido, no presente caso, para fins de complementação de proventos.

Isso posto, parece-me despicando o exame da questão pertinente à prescrição, vez que o motivo ensejador do indeferimento do pedido é, basicamente, a não-implementação dos requisitos impostos em lei para a concessão da benesse pretendida.

Pelo que, examinados os dados contidos no processo em exame, é de concluir-se pela impossibilidade de vir a deferir-se o pretendido, mesmo que perante a Previdência Social tenha o postulante comprovado, à época da aposentação, trinta e cinco anos de serviço, vez que a Lei nº 7.057/76 deixou expressamente vedada a sua aplicação a aposentadorias conferidas anteriormente à data de sua vigência, e, por conseguinte, também à complementação de proventos que dela resultaria.

É, salvo melhor juízo, o parecer.

PORTO ALEGRE, 22 de maio de 1984.

Acolho as conclusões do Parecer nº 5.685, subscrito pelo Procurador do Estado Doutora EUNICE ROTTA BERGESCH.

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

Em 22.05.84.

NEY SÁ
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

PODER DE POLÍCIA

EULÁLIA GUIMARÃES

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARER Nº 5.568

A filiação compulsória de uma pessoa jurídica de direito privado à entidade, quer pública quer privada, só pode ser imposta por via legal, pena de afronta ao princípio da legalidade.

O Estado no exercício de sua atividade de polícia administrativa encontra-se sujeito ao princípio da reserva legal.

Poder de polícia — atividade essencialmente administrativa.

O MOVIMENTO TRADICIONALISTA GAÚCHO — MTG, sociedade civil sem fins lucrativos, que, nos termos do artigo 1º dos seus Estatutos, se constituiu como Federação dos Centros de Tradições Gaúchas e entidades afins, encaminha correspondência ao Senhor Governador do Estado onde expõe que, freqüentemente, estão a surgir, no território do Estado, novos Centros de Tradições Gaúchas, alguns dos quais sob a orientação de pessoas interessadas apenas na exploração da sigla CTG.

Ora, o objetivo do MTG, conforme consta de seus Estatutos, artigos 2º e 3º, é aquele de congregar os Centros de Tradições Gaúchas e entidades afins, resguardando o núcleo da formação gaúcha e a filosofia do movimento tradicionalista, competindo-lhe, ainda, preservar as expressões Movimento Tradicionalista Gaúcho e Centro de Tradições Gaúchas, bem como as siglas MTG e CTG, evitando o uso inadequado das mesmas e a sua utilização na denominação de entidades não identificadas com os objetivos do Movimento.

Ocorre, que, como bem relata a correspondência referida, o Movimento não dispõe de poder coercitivo para impedir o uso da sigla CTG por entidades não identificadas com suas finalidades e, até mesmo, por aquelas que venham a descaracterizar os princípios da tradição gaúcha.

Pretende, por isso o Movimento, que o Estado, usando de seu poder de polícia, torne compulsória a filiação das entidades tradicionalistas à entidade pleiteante. Por este motivo e, talvez, em decorrência do estabelecido na Lei nº 6.736, de 19 de setembro de 1974, que autorizou a criação da Fundação Instituto Gaúcho de Tradição e Folclore, cujo artigo 2º, item IV estabelece:

"Art. 2º — São finalidades do Instituto Gaúcho de Tradição e Folclore:

IV — Prestigiar e proporcionar meios ao Movimento Tradicionalista Gaúcho a fim de que este possa melhor realizar seus objetivos;"

Vem o Movimento solicitar a atuação do Poder Público Estadual para que, através dos departamentos específicos da Secretaria da Segurança Pública, só conceda licença para realização de qualquer evento regionalista à entidade tradicionalista que, comprovadamente, se encontre em situação regular perante o mesmo Movimento.

Em face do pedido, encaminhou o Senhor Governador do Estado o expediente à Secretaria da Segurança para que estudasse a possibilidade de ser acolhida a pretensão mediante expedição de Decreto.

Solicitou, então, o Senhor Secretário da Segurança Pública o pronunciamento desta Procuradoria.

É o relatório.

A atuação que o Movimento Tradicionalista Gaúcho pretende do Poder Público Estadual visa a impor, a todos os Centros de Tradições Gaúchas e entidades afins, por via transversa, a obrigatoriedade de filiação àquele Movimento.

Postula, por isso, que, através da Secretaria da Segurança Pública, a Administração Estadual passe a exigir, toda vez que lhe for formulado pedido de licença para realização de eventos tradicionalistas, à entidade solicitante prova de se encontrar em situação regular perante o Movimento.

A providência, assim, seria tomada por ocasião do exercício do poder de polícia, regulado, a nível estadual, entre outros diplomas, pelo Decreto nº 20.637, de 31 de outubro de 1970.

Através do diploma legal referido o Poder Executivo Estadual disciplinou o procedimento a ser seguido pelas entidades ali elencadas para obterem licença para funcionamento, anual, mensal e especial.

Importa, por isso, lembrar que a mesma norma que impusesse a filiação compulsória das entidades tradicionalistas ao Movimento, estaria a este atribuindo, por via legal, competência para autorizar ou não o funcionamento daquelas, submetendo-as coercitivamente ao seu poder fiscalizador. Ora, isto equivale a dizer que o Estado estaria a atribuir a uma pessoa jurídica de direito privado, alheia até mesmo a sua Administração indireta, o poder de polícia que lhe é inerente e que decorre de sua competência para legislar sobre a tradição e folclore gaúchos.

E, neste passo, é que se apresenta a dificuldade maior. O poder de polícia, como tal, é atividade própria da Administração Pública.

HELLY LOPES MEIRELLES conceituando-o embora como serviço público ensina:

"(...) serviços há que, por natureza, são privativos do Poder Público e só por seus órgãos devem ser executados, e outros são comuns ao Estado e aos particulares, podendo ser realizados por aqueles e estes. Daí essa gama infundável de serviços que ora estão exclusivamente com o Estado, ora com Estado e particulares, e, ora unicamente com particulares. Essa distribuição de serviços não é arbitrária, pois atende a critérios jurídicos, técnicos e econômicos, que respondem pela legitimidade, eficiência e economicidade na sua prestação". (grifamos).

A partir desta colocação passa o autor a classificar os serviços públicos em função de sua essencialidade e adequação e, ainda, quanto à finalidade e aos destinatários dos mesmos.

Quanto à essencialidade diz que os serviços podem ser públicos e de utilidade pública.

Serviços públicos são aqueles que só pelo Estado podem ser prestados, não comportando delegação aos particulares. Assim é que *serviços públicos, propriamente ditos, são os que a Administração presta diretamente à comunidade por reconhecer a sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social, e do próprio Estado. Por isso tais serviços são considerados privativos do Poder Público no sentido de que só a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros mesmo porque, geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados. Exemplos desses serviços são os de defesa nacional, os de polícia, os de preservação da saúde pública".* (Direito Administrativo Brasileiro, 4ª edição, Ed. RT, São Paulo, págs. 296/297).

No que diz com a adequação, entende ainda o mesmo autor que os serviços podem ser classificados em próprios e impróprios do Estado.

"Serviços próprios são aqueles que se relacionam intimamente com atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene, saúde pública, etc.) e para a execução dos quais a Administração usa de sua supremacia sobre os administrados. Por esta razão só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, sem delegação e particulares". (ob. cit., pág. 298).

Ora a própria essência da atividade de polícia, que como diz CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, encontra fundamento na supremacia geral da Administração está a indicar, mais que a inconveniência, a impossibilidade de serem delegados poderes assaz amplos aos particulares.

Entendimento do mesmo teor se pode extrair da lição do eminente mestre gaúcho RUY CIRNE LIMA, quando afirma:

"Traço característico da limitação ou restrição policial é o de ser imposta pelo poder público privativamente". ("in" Princípios de Direito Administrativo, Ed. RT, São Paulo, 1982, pág. 107).

As considerações até aqui expendidas levam-nos à conclusão de que se é reconhecido ao Estado, por caracterizada a presença do interesse predominantemente regional, competência para legislar sobre tradição e folclore e, conseqüência disso, para fixar padrões e normas visando a preservar a autenticidade de nossas tradições, às quais ficariam submetidas cogentemente às entidades tradicionalistas, forçoso é reconhecer, também, a impossibilidade de serem os poderes, que configuram autêntico poder de polícia, delegados à sociedade de direito privado, que sequer integra a Administração Indireta Estadual.

Acresce referir que a filiação compulsória das entidades implicaria correspectivo dever de recolhimento das anuidades ou contribuições fixadas pelo MTG, nos termos do artigo 11, letra "c" de seus Estatutos, o que equivaleria à fixação compulsória de verdadeiro tributo a favor da entidade pleiteante, pelo exercício do poder de polícia.

Ora, até onde nos foi dado verificar, a fixação de tal contribuição compulsória não encontra amparo em nossa realidade jurídica, vez que conforme ensina HERON ARZUA:

"Em face de conceito contingente jurídico positivo de tributos, os traços definitivos das contribuições para-fiscais seriam a destinação específica de seu produto e a delegação de sua percepção e aplicação aos órgãos estatais (autárquicos) e até órgãos de

forma privada, mas que desempenham funções públicas". (Em "Natureza Jurídica das Contribuições", Revista de Direito Tributário, n.ºs 9/10, julho/dezembro de 1979, págs. 114 e seguintes).

Aos órgãos de natureza privada referidos, explica o autor em nota de rodapé, da mesma página 114 referida, que HELLY LOPES MEIRELLES conceitua como entidades paraestatais.

Bem por isto, vale trazer à colação o conceito de entidade paraestatal proposto pelo autor por último citado.

"Entidades paraestatais são pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação é autorizada por lei, com patrimônio público ou misto, para realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado". (ob. cit., pág. 319).

Confrontada a estrutura assumida pela entidade requerente com aquela que emerge do conceito proposto, constata-se que o Movimento Tradicionalista Gaúcho não pode ser tido como entidade paraestatal porque:

1. sua criação não foi autorizada por lei;
2. seu patrimônio não é público nem misto, mas sim privado;
3. não se encontra sob controle do Estado.

Apenas um ponto de contato existe entre a entidade solicitante e as entidades paraestatais, na forma do conceito proposto. Estão estas dirigidas à realização de obras, serviços ou atividades de interesse coletivo. Ora, a sociedade pleiteante constituiu-se para consecução de uma finalidade que o Poder Público Estadual houve por bem cancelar como de interesse público ou coletivo. A coincidência parcial, no entanto, não é suficiente para elevá-la à categoria de entidade paraestatal e, menos ainda, para justificar seja instituída a seu favor, verdadeira taxa para-fiscal, a ser recolhida compulsoriamente por todas as sociedades tradicionalistas situadas no território gaúcho, como contrapartida ao exercício do poder fiscalizador.

Impende, ainda, referir que, ao elencar as diversas espécies de entidades paraestatais HELLY LOPES MEIRELLES arrola *"as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações instituídas pelo Poder Público e os serviços sociais autônomos, as três primeiras compondo (juntamente com as autarquias) a Administração Indireta da União e os dois últimos fora dessa Administração constituindo a categoria dos entes de cooperação".* (ob. cit., págs. 324/325). Em função disso e inobstante não se adequar o modelo assumido pela sociedade pleiteante àquele genérico de entidade paraestatal, impõe-se o exame da estrutura dos serviços sociais autônomos, a ver se a estes poderia o MTG se equiparar.

Define-os o autor por último referido, a fl. 345, de sua obra citada:

"Serviços sociais autônomos são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade jurídica de direito privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições para-fiscais".

De imediato percebe-se que, ainda que através de um esforço de interpretação, não se conseguiria subsumir a estrutura ontológica do Movimento Tradicionalista Gaúcho ao conceito proposto, já porque sua constituição não foi autorizada por lei, já porque lhe falta a característica de atuar no campo dos serviços sociais.

Diante de todo o exposto concluímos:

1. A filiação compulsória de qualquer pessoa jurídica de direito privado a uma entidade quer pública, quer privada, não pode ser imposta por decreto em respeito ao princípio da legalidade.
2. Ainda quando no exercício do poder de polícia o Estado permanece sujeito ao princípio da reserva legal.
3. A atividade de polícia por se constituir em atividade essencialmente pública é indelegável a pessoa jurídica de direito privado que sequer integra a Administração Indireta do Estado.
4. Conseqüência disso é que não encontra apoio nos princípios que informam a estrutura e organização da Atividade Administrativa a fixação da verdadeira taxa pelo exercício do poder de polícia, a favor de entidade privada que sequer integra a Administração Indireta do Estado.

E o parecer.

PORTO ALEGRE, 19 de janeiro de 1984.

Aprovo o Parecer nº 5568, subscrito pelo Procurador do Estado EULÁLIA GUIMARÃES, da Unidade de Defesa do Domínio Público Estadual.

Encaminhe-se o processo à autoridade consulente, Senhor Secretário da Segurança Pública.

Em 19-01-84.

FRANCISCO SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

ASSUNTOS MUNICIPAIS

APOSENTADORIA

MARÍLIA DE OLIVEIRA AZEVEDO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

PARECER Nº 5.682

APOSENTADORIA.

Os proventos de aposentadoria serão integrais se o funcionário contar com 35 anos de serviço, se do sexo masculino, e 30 anos, se do sexo feminino.

Os adicionais e avanços serão incorporados aos proventos.

A CÂMARA DE VEREADORES DE MACHADINHO, através de seu Presidente, dirige-se a esta Procuradoria-Geral formulando consulta a respeito da aposentadoria de funcionário que acumula um cargo do Executivo com funções de Secretário da Câmara, percebendo, além do vencimento normal, uma gratificação de função (FG).

Considerando que esse funcionário está em vias de se aposentar, e que vem exercendo a Secretaria da Câmara há mais de 20 anos, é feita a seguinte indagação: "*Para efeito de aposentadoria pode ser incorporada aos proventos de inatividade a gratificação pelos serviços que presta ao Poder Legislativo, acrescido dos avanços trienais e adicionais por tempo de serviço?*"

2. É de se esclarecer, desde logo, que nos termos da Lei Maior, o funcionário que se aposenta por tempo de serviço faz jus a proventos integrais, acrescidos de todas as vantagens inerentes ao cargo que exerce no momento da aposentadoria, incluindo-se os avanços e adicionais por tempo de serviço.

No que tange à incorporação de FG para efeito de aposentadoria, é matéria regulada pela legislação própria de cada esfera.

Neste sentido, dispõe o Estatuto do município consulente, em seu artigo 107:

"O funcionário que tiver trinta anos de serviço público será aposentado, desde que o requeira:

a) com as vantagens da comissão ou função gratificada em cujo exercício se achar, desde que o exercício abranja, sem interrupção, os seis anos anteriores;

b) com idênticas vantagens, desde que o exercício do cargo em comissão ou da função gratificada tenha compreendido um período de dez anos, consecutivos ou não, mesmo que, ao aposentar-se, o funcionário já esteja fora daquele exercício."

À luz deste dispositivo, o funcionário poderá, nos termos da letra a) supra, incorporar a FG, desde que a detenha por seis anos consecutivos e a esteja exercendo no momento da aposentadoria.

Enquandra-se nessa hipótese a situação do funcionário objeto da presente consulta.

Contudo, com relação à letra b), existe uma inconstitucionalidade, posto que o funcionário que não detém a FG ou o cargo comissionado no momento da aposentação não poderá incorporá-los ao provento de aposentadoria porque neste caso estaria percebendo mais na inatividade do que na atividade, o que é vedado pelo artigo 102, § 2º, da Constituição Federal.

3. De outra parte, no que diz respeito à contagem do tempo para aposentadoria, temos alguns reparos a fazer, com relação à Lei Estatutária do Município de Machadinho, que achamos oportuno mencionar, porque relacionados com a matéria da consulta.

4. Neste passo, convém sublinhar que as normas relativas os funcionários públicos, ditadas pela Constituição Federal e constantes da Seção VIII, artigos 97 a 111, são de aplicação obrigatória para as três esferas da Administração Pública, conforme determina o artigo 108.

O artigo 102 assim dispõe:

"Os proventos de aposentadoria serão:

I - Integrais, quando o funcionário:

a) contar trinta e cinco anos de serviço, se do sexo masculino, ou trinta anos de serviço, se do sexo feminino;

b) omissis."

Emerge, claramente, da redação do dispositivo constitucional invocado, que os artigos 104, b, 105, I, e 107, caput, do Estatuto de Machadinho, estão eivados de inconstitucionalidade porque estabelecem, para aposentadoria, tempo de serviço inferior ao exigido pelo texto constitucional, no que se refere aos funcionários do sexo masculino.

Quando à aposentadoria de professores, contemplada no artigo 104, § 7º, do Estatuto municipal, é também flagrantemente inconstitucional, porque fere o artigo 165, XX, da Carta Magna.

E de se reforçar também que o artigo 107 b) do mesmo Estatuto sofre vício de inconstitucionalidade porque afronta disposição constitucional inserta no artigo 102, § 2º, do texto constitucional federal, conforme Parecer 5.273 desta Procuradoria-Geral, publicado no Boletim de Assuntos Municipais, nº 9.

Em razão do exposto, cabe ao Município de Machadinho alterar os dispositivos apontados, constantes de seu estatuto de funcionários, de forma que eles fiquem em sintonia com o texto constitucional federal, tendo em vista que o tempo de serviço público para aposentadoria ditado pela Lei Maior e de aplicação obrigatória para os municípios, conforme já sinalizamos, de acordo com o artigo 108 da Carta Magna.

4. Isto posto, opinamos:

O funcionário, objeto da presente consulta, poderá aposentar-se com vencimentos integrais, de acordo com o que dispõe o artigo 102, a), da Constituição Federal, desde que conte com 35 anos de serviço público, se do sexo masculino, e 30 anos, se do sexo feminino. Poderá também incorporar ao provento a FG que recebe como secretário da Câmara de Vereadores, nos termos do artigo 107, a) do Estatuto Municipal.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 21 de maio de 1984.

Of. Gab. 504/84

Porto Alegre, 21 de maio de 1984

SENHOR PRESIDENTE:

Em atenção ao seu Ofício nº 10/84, datado de 05 de abril do corrente ano, no qual Vossa Excelência solicita pronunciamento desta Casa sobre aposentadoria de funcionário que acumula um cargo do Executivo com funções de Secretário da Câmara, aprez-me encaminhar-lhe o Parecer nº 5.682, 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-lhe protestos de apreço e consideração.

NEY SÁ
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

A Sua Excelência o Senhor Doutor NEY LUIZ BETIOLLO
DD. Presidente da Câmara Municipal de
MACHADINHO — RS

CRIAÇÃO DE CARGO MUNICIPAL

MARIA IZABEL DE ARAÚJO RIBEIRO FONYAT
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.692

Câmara Municipal. Quadro de Pessoal. Cargo de Consultor Jurídico.

Inexistindo paradigma no Poder Executivo, em relação ao cargo de Consultor Jurídico, recentemente criado na Câmara, poderá o Município observar os critérios estabelecidos na Lei complementar nº 10, de 06 de maio de 1971, que fixa normas para o cumprimento do disposto nos artigos 98 e 108 § 1º, da Constituição Federal, ainda que dirigido referido diploma legal somente ao legislador federal.

Através de ofício encaminhado ao Coordenador desta Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Municipais, incluso no Processo Procuradoria-Geral do Estado nº 01843-10.00-1984, o PREFEITO MUNICIPAL DE MOSTARDAS solicita um parecer sobre a aplicabilidade pela Câmara Municipal da Lei local nº 549/83, anexada ao expediente.

Esclarece a autoridade consulente que a indagação "prende-se ao fato de o servidor nomeado em janeiro de 1984 no cargo da referida Lei, estar percebendo vencimentos integrais do Padrão 12, com a carga horária de 12 horas semanais".

É a consulta.

Inicialmente, cumpre frisar, conforme leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA, que "o funcionalismo municipal compreende o pessoal da Prefeitura, sob a direção superior do Prefeito, e o pessoal dos serviços da Câmara Municipal, subordinados à direção do Presidente desta. Essa dualidade na administração do funcionalismo local se justifica como meio de assegurar a independência dos órgãos do governo municipal". ("O Prefeito e o Município". Fundação Prefeito Faria Lima. São Paulo. 2ª ed. 1977, p. 275).

Salienta-se que a autonomia municipal, prevista constitucionalmente, será assegurada pela administração própria no que respeita ao seu peculiar interesse, especialmente quanto à organização de seus serviços públicos locais. (artigo 15, item 11, letra "b", da Constituição Federal).

Dentro de seu peculiar interesse, o Município pode dispor sobre o funcionalismo local da maneira que lhe for mais conveniente, respeitados os princípios constitucionais a respeito, inseridos na Constituição Federal.

A Câmara Municipal de Mostardas compete, entre outras atribuições que lhe foram fixadas no artigo 31, item IV, de sua Lei Orgânica:

"Propor projetos de lei sobre a criação, forma de provimento e extinção dos cargos e funções de seu quadro de pessoal e serviços, bem como sobre a fixação e alteração dos respectivos vencimentos e outras vantagens, observando o disposto no art. 41 e seu parágrafo único, e no art. 48;"

Sobre o assunto, já nos pronunciamos no Parecer desta Procuradoria-Geral do Estado, nº 5407, de 03 de outubro de 1983:

"No que diz respeito à criação, forma de provimento e extinção de cargos e funções de seu quadro de pessoal, a Câmara Municipal disporá da maneira que julgar conveniente, suprindo as suas necessidades de serviço, e, quando da fixação e alteração dos respectivos vencimentos, atendendo a critérios de política administrativa, observados sempre os princípios inseridos na Constituição Federal".

Assim, o artigo 98 da Constituição Federal, acolhendo o princípio da paridade de vencimentos:

"Art. 98 — Os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo, para cargos de atribuições iguais ou semelhantes".

Estabelece o Estatuto dos Funcionários Públicos Municipais de Mostardas:

"Art. 177 — Os vencimentos devem obedecer equivalência, na Câmara Municipal, em relação aos do Executivo, quando as atribuições forem iguais ou semelhantes". (Lei nº 237, de 04 de outubro de 1973).

Escreve HELY LOPES MEIRELLES:

"Não é admissível a disparidade de vencimentos, encargos e vantagens entre funcionários da Câmara e da Prefeitura, que exerçam funções idênticas ou equivalentes, porque tal desigualdade infringe o princípio constitucional da isonomia, isto é, da igualdade jurídica. Esse princípio, na lição autorizada de Pontes de Miranda, "é imperativo para a Legislação, para a Administração, e para a Justiça". Daí não ser legal desigualar os que exercem funções iguais, em órgãos da mesma entidade estatal, que é o Município. Esse princípio de igualdade funcional está agora consubstanciado na norma constitucional da paridade de vencimentos dos cargos dos três poderes, tomando-se como padrão os do Executivo de atribuições iguais ou assemelhadas (Constituição da República, artigo 98)". (Direito Municipal Brasileiro, Revista dos Tribunais. São Paulo, 4ª ed. 1981, p. 544).

Sublinha-se que quando a Constituição Federal se refere a "cargos com atribuições iguais ou assemelhadas", não são os que tenham a mesma denominação, mas sim, aqueles a que correspondam deveres e responsabilidades iguais ou assemelhadas.

Neste sentido, pronunciou-se esta Procuradoria-Geral do Estado, através dos Pareceres nºs 02605, de 05 de agosto de 1974, e Parecer nº 4338, de 20 de março de 1980, emitidos pelos Procuradores do Estado ADAURY PINTO FILIPPI e VERENA NYGAARD BECKER, respectivamente, conforme se lê no citado Parecer nº 2605:

"Inferre-se, pelo exposto, que a simples denominação que tenha determinado cargo não o equipara, por isso, a outro de mesmo nome, como "in casu" e de Secretário Executivo da Câmara não o eleva a nível de Secretário Municipal. O que importa, é o conteúdo ocupacional do cargo, isto é, a gama de atribuições e responsabilidades que tem seu titular.

Porque a lei tenha rotulado cargo de Legislativo de "Secretário", não lhe confere, desde logo e só por isso, qualquer paridade com cargo da mesma denominação no âmbito do Executivo. Não há, assim, como correlacionar cargos da mesma denominação com atribuições bem diversas, pois que imperioso é o respeito aos cânones constitucionais".

Já o artigo 108, § 1º, da Carta Magna, preceitua:

"Art. 1º — Aplicam-se, no que couber, aos funcionários do Poder Legislativo e do Poder Judiciário da União e dos Estados, e aos das Câmaras Municipais, os sistemas de classificação e níveis de vencimentos dos cargos do serviço civil do respectivo Poder Executivo".

De acordo com este preceito constitucional aplica-se à Câmara, no que couber, os sistemas de classificação e níveis de vencimentos dos cargos do Executivo.

Analisando-se o Quadro de Pessoal da Prefeitura de Mostardas, verifica-se que o padrão 12 é o mais elevado no Quadro dos Cargos de Provedimento em Comissão, onde foram incluídos os cargos de Supervisor Administrativo e Secretário Municipal, ambos de horário integral, exigindo-se como formação profissional para o seu provimento somente o 2º grau completo.

Por sua vez, na Câmara Municipal, foi criado, no seu Quadro de Pessoal, o cargo em comissão de Consultor Jurídico, padrão 12, com regime horário de 12 horas semanais, tendo como condição de provimento, no que diz respeito à formação profissional, o diploma de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Cotejando-se os Quadros de Pessoal do Executivo e do legislativo local, não encontramos paradigma no Quadro de Pessoal da Prefeitura com o de Consultor Jurídico, recentemente criado na Câmara Municipal, através da Lei nº 549/83, ora em exame.

Nem se há de comparar o cargo de Secretário Municipal com o de Consultor Jurídico.

Através do Parecer nº 5357, de 10 de agosto de 1983, pronunciou-se a respeito, o Procurador do Estado RENITA MARIA HÜLLEN:

"Se nem sempre são propriamente condutores políticos, é certo, contudo, que os Secretários Municipais, embora possam receber tratamento jurídico equivalente aos funcionários públicos, na área municipal, em verdade não se identificam com os funcionários ou servidores públicos, bastando saber que o dispositivo do art. 104, § 6º, da Constituição Federal considera o cargo de Secretário Municipal como pasta política, da mesma forma que os Ministérios e Secretarias de Estado.

Nessas condições, o cargo de Secretário Municipal é insuscetível de ser paragonado a qualquer cargo administrativo, posto que é pasta política, não encontrando correspondente no Órgão do Poder Legislativo".

Inexistindo paradigma no Poder Executivo, em relação ao cargo de Consultor Jurídico, recentemente criado na Câmara, poderá o Município observar os critérios estabelecidos na Lei complementar nº 10, de 6 de maio de 1971, que fixa normas para o cumprimento do disposto nos artigos 98 e 108, § 1º, da Constituição Federal, ainda que dirigidas, segundo diploma legal, ao legislador federal.

Lê-se no artigo 2º, § 2º e 3º, da citada Lei complementar:

"§ 2º — A classificação dos cargos referidos neste artigo, sem paradigmas no serviço civil do Poder Executivo, será precedida de levantamento de suas atribuições, para adequada avaliação e consequente fixação de seus vencimentos, respeitado o sistema de retribuição vigente no Poder Executivo.

§ 3º — Independerá do levantamento a que alude o § 2º, a classificação dos cargos de denominação igual à dos cargos do Executivo que tenham o mesmo grau de responsabilidade e exijam a mesma formação profissional".

Desta forma, na falta de paradigma, cabe ao legislador, ao criar os cargos da Câmara, realizar uma adequada avaliação dos mesmos, fixando-lhes os vencimentos, tendo em vista sempre o sistema de retribuição vigente no Poder Executivo.

Conforme Parecer nº 4956, de 10 de maio de 1982, de autoria do Procurador do Estado CAIO LUSTOSA, referindo-se à Lei complementar nº 10/71: "Ao fazê-lo, deverá ter presente, no mínimo, e por isonomia, os critérios de "responsabilidade" e "formação profissional", exigidos pelo artigo 2º § 3º, desse último diploma; o que poderá redundar ou não em equivalência de remuneração entre servidores da Câmara e os do Executivo Municipal".

Tudo indica que, considerando a relevância do cargo de Consultor Jurídico, seja pelo critério da responsabilidade, seja pelo da formação profissional, à falta de paradigma, enquadrou-o o legislador municipal dentro do sistema de retribuição vigente no Poder Executivo para os cargos providos em comissão, no padrão 12, que é o mais elevado no Poder Executivo.

Ainda, devendo o legislador discriminar para cada cargo o horário de trabalho respectivo, nada impedindo que dentro de um mesmo padrão se prevejam cargas horárias diversas, atendendo-se à natureza do serviço a ser desempenhado, ficou estabelecido na lei em exame que a carga horária do cargo então criado seria de 12 horas semanais.

Impedimento haveria nesta fixação de horário de trabalho, se houvesse cargo paradigma no Poder Executivo, com regime horário diverso, percebendo o seu titular os mesmos vencimentos, em relação ao cargo criado no Legislativo.

Assim procedendo o legislador, estaria ferindo o princípio da paridade exarado constitucionalmente.

Por derradeiro, cumpre frisar que não nos passou despercebido o artigo 85, § 1º, do Estatuto dos Funcionários Públicos do Município, que reza:

"§ 1º — O horário de trabalho normal estabelecido para todos os serviços municipais ou para determinados órgãos, cargos ou funções, não poderá ser superior a quarenta e quatro (44) nem inferior a vinte e duas (22) horas semanais".

Se há de entender que a Lei municipal nº 549/83, que cria o cargo de Consultor Jurídico da Câmara Municipal, por ser uma lei especial, não tem o condão de revogar o § 1º do artigo 48, antes transcrito, inserido na Lei que estabelece o Estatuto dos Funcionários Públicos Municipais de Mostardas.

Considerando o exposto, e respondendo à consulta formulada pelo Prefeito Municipal, é isenta de vícios a Lei municipal nº 549/83, que criou o cargo de Consultor Jurídico da Câmara Municipal.

É o parecer. S. M. J.

PORTO ALEGRE, 29 de maio de 1984.

SENHOR PREFEITO:

Em atenção ao seu Of. n.º 041/84-GP, datado de 06 de abril do corrente ano, no qual Vossa Excelência solicita pronunciamento desta Casa sobre a aplicabilidade pela Câmara Municipal dessa Comarca da Lei municipal n.º 549/83, apraz-me encaminhar-lhe o Parecer n.º 5692, 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 Doutor TELMO LEMOS
DD. Prefeito Municipal de
MOSTARDAS — RS

REMUNERAÇÃO DE VEREADORES

BARTOLOMÉ BORBA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER 5.585

Lei Complementar n.º 45, de 14 de dezembro de 1983.
Interpretação e conseqüências do novo limite de despesa global estabelecido em 4% da receita arrecadada no ano anterior, sobre a remuneração dos vereadores anteriormente fixada.
Princípio da anterioridade da fixação da remuneração dos cargos eletivos.

Ao Procurador-Geral do Estado é endereçado pelo PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO LEOPOLDO expediente no qual pede seja por esta Casa examinada e interpretada a Lei Complementar n.º 45, de 14 de dezembro de 1983 e, conseqüentemente, quais seus efeitos sobre a remuneração dos integrantes daquela Câmara no exercício de 1983.

Está anexada ao processo a resolução n.º 1/83 que fixou a remuneração dos vereadores para o exercício de 1983.

Alerta o consulente que os valores ali fixados foram determinados naqueles níveis em observância ao teto máximo para a despesa estabelecida na Lei Complementar n.º 25, isto é, 3% da receita efetivamente realizada no exercício anterior. Diz, ainda, que a remuneração dos vereadores, de acordo com os percentuais estabelecidos na mencionada Lei Complementar n.º 25, poderia alcançar até 20% da remuneração do Deputado Estadual.

O valor resultante da aplicação de tal percentagem não foi, porém, atendido porque nessa hipótese a despesa ultrapassaria o limite de 3% estabelecido no artigo 7.º da Lei Complementar n.º 25.

Em 14 de dezembro de 1983 foi sancionada a Lei Complementar n.º 45, que publicada em 15 de dezembro de 1983, estabelece como limite máximo de despesa com a remuneração dos vereadores 4% da receita efetivamente realizada no exercício anterior.

Com fundamento nesta Lei Complementar que ampliou o limite de despesa global de 3 para 4%, entendeu a Câmara de, através da resolução n.º 4, de 29 de dezembro de 1983, determinar o pagamento aos edis da diferença resultante do alargamento do limite de 3 para 4%.

Ao expediente estão juntadas cópias do Diário Oficial do Congresso Nacional onde estão registrados debates em torno da matéria de que resultou a Lei complementar 45.

Informa o consulente que apesar da Resolução n.º 4, não houve, ainda, pagamento da diferença porquanto "surgiram divergências e interpretações conflitantes".

Isto posto, indaga-se verbis:

a) A Lei Complementar n.º 45 tem incidência no exercício financeiro de 1983, e sobre todo ele?

b) Os vereadores podem receber a diferença ensejada em virtude do aumento para 4% da receita, correspondente a todo ano de 1983?"

É o que contém o expediente e que passamos a examinar.

Preliminarmente observa-se que a remuneração dos vereadores da Câmara consulente foi feita em desacordo com o princípio de que tal fixação se fará ao fim de uma legislatura para vigor na seguinte. Este princípio está consagrado no artigo 15, § 2.º, da Constituição Federal onde se lê:

"A remuneração dos vereadores será fixada pelas respectivas Câmaras Municipais para a legislatura seguinte, nos limites e segundo critérios estabelecidos em lei complementar."

A regra da anterioridade aqui consagrada na expressão "para a legislatura seguinte" foi repisada na Lei Complementar n.º 25, de 02 de julho de 1975, que estabeleceu, em atendimento a norma constitucional transcrita, os limites e critérios que balizam a remuneração dos vereadores.

Diz o "caput" do artigo primeiro da Lei Complementar n.º 25:

"As Câmaras Municipais fixarão o subsídio dos vereadores no final de cada legislatura, para vigorar na subsequente, observados os critérios e limites determinados na presente Lei complementar."

A Câmara consulente, na legislatura anterior, desatendeu ao princípio deixando de fixar a remuneração como era de seu dever. Embora esta afirmação não conste do processo, a circunstância de a

Câmara atual ter sido levada a efetuar e fixação de sua própria remuneração através da Resolução nº 1, de 21 de fevereiro de 1983 que, presumimos, resulte de deliberação plenária da Câmara, deixa clara e conclusão de que a Câmara anterior não o fez.

Estabelece a mencionada Resolução nº 1/83:

"Art. 1º — A parte fixa da remuneração dos Senhores Vereadores será de Cr\$ 69.000,00 (sessenta e nove mil cruzeiros) mensais.

Art. 2º — A parte variável da remuneração dos Senhores Vereadores será de Cr\$ 18.000,00 (dezoito mil cruzeiros) por sessão a que comparecer.

Art. 3º — A presente Resolução entra em vigor a partir de 1º de fevereiro de 1983, revogadas as disposições em contrário."

Esta resolução encontra amparo legal no parágrafo único acrescentado artigo 1º da Lei Complementar nº 25 pela Lei Complementar nº 38, de 13 de novembro de 1979, que determinou:

"Na falta de fixação do subsídio a que se refere o 'caput' deste artigo, poderá a Câmara Municipal eleita fixá-lo para a mesma legislatura, observados os critérios e limites estabelecidos nesta Lei, retroagindo a vigência do ato à data do início da legislatura."

Este parágrafo é de constitucionalidade extremamente duvidosa, posto que lei complementar à Constituição Federal afronta o princípio consagrado no § 2º do artigo 15 que complementa.

Examinando a questão diz JOSÉ AFONSO DA SILVA:

"A solução não parece, porém, adequada, porque conflita com a norma do § 2º do art. 15 da Constituição Federal, onde se estatui, sem qualquer exceção possível, que a remuneração dos vereadores será fixada pelas Câmaras Municipais, para a legislatura seguinte, não se admitindo, pois, como quer a lei, sua fixação para a mesma legislatura. Nos termos constitucionais, a Câmara eleita não pode substituir, nessa matéria, a que findara, até porque isso importará legislar em causa própria, o que contraria um velho princípio de moralidade, mormente quando a Constituição não o permita. No caso, bem se pode perceber, que tal princípio não seria quebrado, se a Constituição admitisse a hipótese, por ela própria e a lei complementar já impõe critérios e limites ao conteúdo do ato, o que retira o sentido de benefício proveniente do próprio interessado. É certo também que, enquanto não for eventualmente declarado inconstitucional, aquele dispositivo pode ser aplicado"

Temps então, após estas considerações, que a Câmara fixou a remuneração para a legislatura, com base no parágrafo único do artigo 1º da Lei complementar nº 25.

Ao penetrarmos, agora, no exame mais específico das questões colocadas na consulta, impõe-se, ainda que com brevidade, uma análise sobre quais os limites e critérios estabelecidos na lei complementar à Constituição.

Já fizemos a observação, em outra oportunidade, que a legislação considerou, para efeito de determinação da remuneração dos vereadores, duas ordens de limitações: a primeira foi com relação à fixação do valor da remuneração individual do vereador, isto é, os limites máximos e mínimos a que pode chegar a remuneração do vereador, critérios estes de fixação que estão colocados no artigo 4º da Lei complementar nº 25, a que consideram o número de habitantes do Município como determinante do percentual, previsto na lei, a incidir sobre a remuneração dos Deputados Estaduais. Este percentual varia de 10% a 70% e de sua incidência encontra-se, em cada caso, o teto de remuneração possível. De outra parte o inciso X do mesmo artigo estabelece como remuneração mínima, em qualquer caso, o percentual de 3% ainda a incidir sobre a remuneração dos deputados.

A segunda limitação prevista na lei e que nada tem a ver com critério de fixação de remuneração é a regra que compatibiliza a despesa com a remuneração dos vereadores, antes fixada, com a realidade econômica de cada Município. Esta adequação foi determinada no artigo 7º, da Lei complementar nº 25, quando limitou, para cada exercício, a despesa com essa remuneração em 3% da receita efetivamente realizada no exercício anterior.

Este percentual é que foi alterado pela nova Lei complementar.

Isto posto, examinemos os termos da Lei complementar nº 45, Diz:

"Art. 1º — A despesa com a remuneração de vereadores não ultrapassará a 4% da receita efetivamente realizada no exercício imediatamente anterior.

Art. 2º — Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º — Revogam-se as disposições em contrário."

Não pode o intérprete ter dúvida de que a lei vigorou já no ano de 1983, ano da sua publicação, pois o termo inicial de sua vigência foi determinado pelo artigo 2º, como sendo o da sua publicação que ocorreu em 15 de dezembro de 1983.

De tal sorte, o comando da lei, isto é, que a despesa com a remuneração dos vereadores ficará contida em 4% da receita efetivamente realizada no exercício anterior, tem plena aplicação no exercício de 1983.

De fato, se considerarmos, no exame da norma, que ela estabelece o limite global com a despesa de remuneração dos vereadores e que esta há de ser calculada anualmente, não resta dúvida de que o teto da despesa com a remuneração no ano de 1983 é o que estabelece a Lei Complementar nº 45, cuja vigência começou naquele ano.

Ora, como se estabelece ali um limite de despesa anual, quer dizer, a despesa durante o ano não pode ultrapassar aquele percentual, é indubitável que esta verificação, concretamente, somente pode ser feita ao fim do exercício. Não importe se ao início ou ao meio do exercício se tenham feito projeções da despesa considerando o limite de 3% previsto no artigo 7º da Lei Complementar nº 25, agora alterado.

Não se trata, assim, entendemos, de verificar se a lei nova retroage ou não. Ela simplesmente age; quer dizer, no momento em que o aplicador da lei deve fazer a verificação se o montante da despesa com a remuneração dos vereadores ultrapassou, ou não, o limite permitido, este limite não mais é de 3% e sim 4%, porque este cálculo tem de ser feito ao fim de cada exercício, considerando o total da receita efetivamente realizada no exercício anterior.

Espancada, assim, qualquer dúvida com relação à plena vigência da Lei Complementar nº 45, no exercício de 1983, é de se indagar, então, se esta circunstância dá embasamento legal à Resolução nº 4, da Câmara do Município consulente, que determinou, com fundamento nela, o reajuste de remuneração de seus vereadores no ano de 1983. Estabeleceu esta Resolução:

"Art. 1º — A despesa com a remuneração dos vereadores no corrente exercício, a partir de 1º de fevereiro de 1983, será limitada a 4% da receita efetivamente realizada no exercício imediatamente anterior, nos termos da Lei complementar nº 45/83.

Art. 2º — A Mesa Diretoria baixará ato disciplinando o pagamento da diferença da remuneração."

Já o dissemos antes, a legislação complementar no § 2º do artigo 15, valorizou dois momentos ao disciplinar os limites para remuneração individualmente, estabelecendo o mínimo que o vereador pode receber (3% do que percebe o deputado estadual) e o teto, que varia de 10% a 70% do que recebe o deputado estadual, conforme a população de cada município.

O segundo momento, ou critério limitativo, é o que diz respeito com a despesa global dessa remuneração, que pela Lei Complementar nº 45 passou a ser a partir do exercício de 1983, inclusive como vimos, de 4% da receita efetivamente realizada no exercício anterior.

O princípio que rege a fixação da remuneração dos cargos eletivos é o da anterioridade. Vimos que no caso, tal está consagrado no § 2º, do artigo 15 da Constituição Federal e repetido no artigo 1º da lei que lhe é complementar.

A exceção, de discutível constitucionalidade, é estabelecida no parágrafo único do artigo 1º, da Lei complementar nº 25, que foi, aliás, o que embasou a fixação pela Câmara consulente da remuneração de seus integrantes na presente legislatura.

É bom que se afirme a este passo que ao fixar a remuneração pela Resolução nº 1, sanando a omissão que herdara da anterior legislatura, esgotou a atual Câmara, para a matéria, a sua competência, porquanto esta fixação nos termos da própria Constituição Federal é feita de uma só vez para toda a legislatura, circunstância que é reprisada no parágrafo único do artigo 1º, da Lei Complementar nº 25, quando excepcionando o princípio de anterioridade da fixação da remuneração do cargo eletivo, diz:

"...poderá a Câmara Municipal eleita fixá-lo para a mesma legislatura..."

Vê-se, assim, que a norma complementar à Constituição que dá respaldo legal à Resolução nº 1/83, de 21 de fevereiro de 1983, do Município consulente, deixa claro que os valores ali fixados, o foram para toda a legislatura e, portanto, somente poderão ser alterados, para efeito de atualização, nos termos do artigo 6º, da Lei Complementar nº 25.

Diz o artigo 6º, de Lei Complementar nº 25:

"Poderão as Câmaras Municipais atualizar a remuneração dos vereadores para a mesma legislatura quando ocorrer fixação ou reajustamento da remuneração dos Deputados nos respectivos Estados, observado o disposto no artigo 4º."

Este atualização que cada Câmara fará ou não — a lei diz "poderão" — está, no entanto, limitada ao percentual de reajuste adotado pelo Assembléia Legislativa para reajustar a remuneração dos deputados estaduais.

Retorna-se, então, a indagação que é fundamental ao deslinde da questão proposta. Terá a Lei Complementar nº 45, de 15 de dezembro de 1983, ao estabelecer que a despesa global com a remuneração dos vereadores pode alcançar ao teto de 4% (quatro por cento) e não mais 3%, da receita arrecadada no exercício anterior, terá ela criado uma nova oportunidade de atualização dos valores remuneratórios previamente fixados?

"Data venia", de interpretações que assim entendem, achamos que tal lição não se harmoniza com o conjunto de regras que balizam, a partir da Constituição Federal, e Leis Complementares, os limites e critérios estabelecidos para a fixação e alterações da remuneração dos vereadores.

De fato, a alteração determinada pela nova Lei Complementar diz respeito, tão-somente, com o limite global da despesa, isto é, com os limites remuneratórios que visam a compatibilizar, na lei, esta remuneração com a potencialidade econômica de cada município. Não trata ela de critério de fixação, porque estes estão definidos no artigo 4º, da Lei Complementar nº 25 e que não foi alterado pela nova lei. Aliás, se tal ocorresse, se modificados restassem tais critérios, entendemos, somente poderiam tais modificações serem aplicadas para a próxima legislatura sob pena de se cometer inconstitucionalidade, porquanto se estaria a ferir o princípio da anterioridade à legislatura na fixação da remuneração dos cargos eletivos.

A este passo é de se indagar, como inteligentemente o faz o consultente, não terá, então a alteração introduzida pela Lei Complementar nº 45, conseqüência prática na remuneração dos vereadores no ano de 1983, ou mesmo na presente legislatura? Ainda mais, considerando-se que a matéria no Congresso Nacional foi proposta com o objetivo claro de atingir, exatamente, o ano de 1983, conforme se vê do projeto original publicado no Diário do Congresso de 22 de setembro de 1983 e cujo artigo 1º rezava:

"No exercício de 1983, a despesa com a remuneração dos vereadores não ultrapassará a 4% da receita efetivamente realizada no exercício imediatamente anterior, não se aplicando o disposto no artigo 7º, da Lei Complementar nº 25, de 2 de julho de 1975."

Redação que foi alterada por emenda supressiva da qual resultou o artigo 1º, da Lei Complementar nº 45, onde foram suprimidas as referências ao ano de 1983 e a parte final do artigo do projeto, não para excluir da abrangência da lei o exercício de 1983, mas, exatamente, para permitir que o novo percentual de 4% passasse a ser, efetiva e permanentemente, o novo limite de despesa.

Vigente em 1983, a nova lei pode ter conseqüências práticas na remuneração dos vereadores, mesmo no exercício de 1983, dependendo da forma como, em cada caso, a remuneração para a legislatura foi fixada.

Sempre, desde o surgimento da Lei Complementar nº 25, orientamos os vereadores de que o critério de fixação da remuneração, naquela lei estabelecido, era o contido no seu artigo quarto e, com base no qual, esta fixação deveria ser feita, independentemente da preocupação com o limite de despesa estabelecido no artigo 7º, de 3% da receita realizada no exercício anterior e que agora está elevado para 4%.

E, se assim sempre o entendemos, é porque sendo a fixação feita ao término da legislatura e para toda a seguinte, aquele percentual limitativo de despesa, tendo de ser considerado a cada exercício, é variável durante os exercícios que compõe a legislatura. A lei considera "a receita efetivamente realizada no exercício imediatamente anterior".

Ora, se assim diz a lei devem então as Câmaras fixar livremente o valor de sua remuneração dentro dos critérios estabelecidos no artigo 4º da Lei Complementar nº 25, isto é, atendendo ao teto, o máximo de acordo com a população e o percentual determinado, e o mínimo, previsto no inciso X do mesmo artigo, sem necessidade de, nesse momento atentar para o limite global de despesa que é variável, como já vimos, ano a ano.

Instalada a Câmara caberá, então sim, à sua Mesa verificar se o montante fixado pode ser pago sem extrapolar do limite de despesa estabelecido, primeiramente, no artigo 7º da Lei Complementar nº 25 e, atualmente, na Lei Complementar nº 45.

Verificado, a qualquer tempo, que o valor fixado pela Câmara anterior ocasionará, ao fim do exercício, uma despesa com a remuneração dos vereadores maior que o permitido, determinará a Mesa sua redução, conforme literalmente diz o parágrafo único do artigo 7º, "se a remuneração calculada de acordo com as normas do artigo 4º ultrapassar esse limite, será reduzida para que não o exceda".

Vale dizer, que, embora fixado em valor maior, o pagamento efetivo a cada vereador ficará contido em tanto quanto necessário seja, para que a despesa se ajuste ao limite permitido.

Como se vê, a nova lei, o novo limite vai atuar gerando inclusive diferenças a receber, relativas ao exercício de 1983 se e quando os valores fixados, foram reduzidos para ficar a despesa contida no limite de 3%, dilatado já para aquele exercício pela Lei Complementar que se examina, para 4%.

Porém, se a Câmara fixou valores, ainda que inferiores ao teto que lhe permite a lei, como é o caso da Resolução nº 1, da Câmara consultente, entendemos que tais valores são inalteráveis pela aplicação da nova lei.

De acordo com a Lei Complementar nº 25, artigo 6º, o reajuste só se permitirá "quando ocorrer fixação ou reajustamento da remuneração dos deputados, observado o disposto no artigo 4º".

Fora desta hipótese que tornou variável a remuneração durante a legislatura, não vemos como se possa, sem cometer inconstitucionalidade, alterar valores que foram fixados para toda a legislatura.

Parce-me extrema de dúvida que a Lei Complementar nº 45, de 14 de dezembro de 1983 não o autoriza.

Extraímos das ponderações feitas as seguintes conclusões:

a) As Câmaras Municipais quando, ao término da legislatura, fixarem a remuneração dos vereadores para a seguinte, devem considerar somente os critérios limitativos do artigo 4º, da Lei complementar nº 25, de 02 de julho de 1975.

b) O ajustamento dos subsídios fixados ao limite estabelecido como máximo de despesa com a remuneração dos vereadores (Lei Complementar nº 45, de 14 de dezembro de 1983) deverá ser feito pela Mesa em cada exercício financeiro (Lei complementar nº 25, artigo 7º, parágrafo único).

c) Tendo os subsídios sido fixados em valores que determinaram sua redução, no exercício de 1983, para o ajustamento ao limite de despesa de 3% previsto no artigo 7º, da Lei Complementar nº 25, poderá a Mesa rever a redução determinada para adequá-la ao novo limite de 4% estabelecido na Lei Complementar nº 45, hipótese em que a diferença deverá ser paga aos vereadores.

d) Caso a fixação dos subsídios, como ocorreu no Município consultente, tenha sido efetuada em valores inferiores ao permitido pelo artigo 4º da Lei Complementar nº 25, somente ocorrerá reajuste desse valor "quando ocorrer fixação de reajustamento da remuneração dos deputados" (artigo 6º, da Lei complementar nº 25).

Respondendo, agora, objetivamente as duas questões formuladas:

1º) A Lei Complementar nº 45, tem incidência no exercício de 1983;

2º) Entendemos que no caso da Câmara consultente, não há diferenças a serem recebidas, relativas ao ano de 1983.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 06 de fevereiro de 1984.

Acolho a conclusão do Parecer nº 5585, de lavra do Procurador do Estado BARTOLOMÉ BORBA.

Restitua-se o expediente à Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Municipais, com vistas a sua remessa à autoridade consultente.

Em 06-02-84.

FRANCISCO SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

LOTEAMENTO URBANO NA REGIÃO METROPOLITANA

SÍLVIA LA PORTA

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N° 5.669

LOTEAMENTO URBANO NA REGIÃO METROPOLITANA.

Exame e anuência prévia do Estado.
Competência do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana.
Lei complementar n° 14/73 e Lei n° 6.766/79.
Lei estaduais que regem a matéria.
Papel da METROPLAN, Fundação Metropolitana do Planejamento e da Procuradoria-Geral do Estado.
Decreto institucionalizador das rotinas e procedimentos administrativos.

O Senhor SECRETÁRIO DE ESTADO EXTRAORDINÁRIO PARA ASSUNTOS DA GRANDE PORTO ALEGRE, na condição de Secretário-Geral do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana de Porto Alegre, dirige-se a esta Procuradoria-Geral do Estado para indagar a respeito da autoridade competente a proceder o exame e a anuência prévia dos projetos de parcelamento do solo urbano havidos na Região Metropolitana.

Indaga sobre a função específica daquele Conselho Deliberativo, de que é Secretário-Geral, e sobre a função a ser desempenhada pela METROPLAN, Fundação Metropolitana de Planejamento, na edição do ato administrativo de anuência prévia, consultando, ainda, sobre a possibilidade de esta Procuradoria-Geral pronunciar-se sobre os aspectos jurídicos envolvidos na apreciação dos projetos de parcelamento do solo urbano a serem encaminhados àquele Conselho Deliberativo.

É o relatório.

2. A questão suscitada pelo Senhor Secretário de Estado tem seu nascedouro na letra da Lei complementar n° 14, de 8 de junho de 1973, que, tendo estabelecido as Regiões Metropolitanas, disciplinou como competência do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, por seu artigo 3°:

.....
"II — coordenar a execução de programas e projetos de interesse da região metropolitana, objetivando-lhes, sempre que possível, a unificação quanto aos serviços comuns."

E pela letra do artigo 5° da mesma Lei complementar n° 14 tem-se como modalidade de "interesse metropolitano", entre um elenco de "serviços comuns aos municípios que integram a região: III — uso do solo metropolitano".

A outra vertente do problema proposto encontra-se em exigência específica trazida pela lei do parcelamento do solo, Lei n° 6.766, de dezembro de 1979, que, em seu artigo 13, prevê a obrigatoriedade de o Estado proceder ao exame e à anuência prévia sobre os projetos de loteamento de município integrante da Região Metropolitana (inciso II). É expressamente literal do parágrafo único do mesmo artigo 13:

"No caso de loteamento ou desmembramento localizado em área de município integrante da Região Metropolitana, o exame e a anuência prévia à aprovação do projeto caberão à autoridade metropolitana." (grifou-se).

Registre-se, ainda, como previsão contida na Lei n° 6.766/79, que a lei estadual há de definir as áreas de "aglomerações urbanas" referidas no inciso II do mesmo artigo 13 e consoante o artigo 15, verbis:

"Os Estados estabelecerão, por decreto, as normas a que deverão submeter-se os projetos de loteamento e desmembramento nas áreas previstas no artigo 13, observadas as disposições desta Lei." (grifou-se).

Em nosso Estado inexistente, até presentemente, a lei acima mencionada, como também o decreto que discipline as praxes administrativas a que deve se submeter o loteador de área integrante da região metropolitana.

3. Motivado a dar cumprimento às determinações da Lei n° 8.766/79 é que surge a indagação do Senhor Secretário, objetivando institucionalizar, dentro dos órgãos já existentes na Administração Direta do Estado, a prática da análise dos projetos de loteamento incidentes em área da região metropolitana.

O estudo da legislação federal e estadual pode conduzir satisfatoriamente à solução desejada.

4. Assim, no que concerne ao Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, a par da Lei complementar n° 14 no que acima foi referido sobre a disciplina competencial atribuída àquele Conselho, temos a nível estadual a Lei n° 6.656, de 12 de dezembro de 1973, que criou o Conselho Deliberativo e o Conselho Consultivo da Região Metropolitana de Porto Alegre.

Repete-se ali, a nível agora estadual, idêntica competência para o Conselho Deliberativo (artigo 4°), ressaltando que:

"§ 1° — Para os efeitos desta Lei, serviços comuns de interesse metropolitano são os definidos no artigo 5° da Lei complementar n° 14, de 8 de julho de 1973."

E adiante:

"§ 4° — No exercício de sua competência, o Conselho Deliberativo poderá celebrar convênios, contratos, protocolos e ajustes com órgãos públicos e privados especializados em planejamento."

No mesmo sentido o artigo 7° da mesma Lei n° 6.656/73:

"Os órgãos de Administração Pública Estadual Direta e Indireta, quando solicitados poderão prestar ao Conselho Deliberativo, apoio técnico e administrativo, inclusive de pessoal, até que seja constituído um organismo estadual que venha a desempenhar todas as atividades relacionadas com as tarefas do referido Conselho."

O Decreto Regulamentar n° 23.070, de 17 de abril de 1974, define as competências e atribuições do Conselho Deliberativo e do Conselho Consultivo, dando-lhes maior especificidade, para o fiel cumprimento da Lei n° 6.656/73.

Vê-se, pois, que do ponto de vista legal, tanto a nível da legislação de regência emitida pela União — Lei complementar n° 14 e Lei n° 6.766/79, artigo 13, parágrafo único — quanto a nível da legislação estadual — Lei n° 6.656/73 e decreto regulamentador — é o Conselho Deliberativo da Região Metropolitana o órgão competente para proceder à análise prévia dos projetos de parcelamento do solo urbano que ocorram em área metropolitana.

5. É de se examinar a seguir o papel da METROPLAN, Fundação Metropolitana de Planejamento, no desempenho desta função, exame este que deve partir da lei instituidora da referida Fundação.

A Lei n° 6.748, de 29 de outubro de 1974, reza em seu artigo 1°:

"É o Poder Executivo autorizado a instituir uma fundação de direito privado a ser denominada Fundação Metropolitana de Planejamento — METROPLAN, destinada a dar suporte à execução de tarefas do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana de Porto Alegre." (grifou-se).

O artigo 3° elenca suas finalidades principais, entre outras:

Alinea c — "prestar quaisquer outros serviços, compatíveis com suas finalidades, quando através de instrumento próprio, lhe forem atribuídos pelo Conselho Deliberativo." (grifou-se).

Por sua vez, o Decreto n° 23.871, de 23 de março de 1975, que aprova o Estatuto da Fundação Metropolitana de Planejamento, vincula a entidade à Secretaria do Desenvolvimento Regional e Obras Públicas (artigo 2°). Já a aprovação do Regimento Interno bem como a dissolução da Fundação são da competência do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana (artigo 25 e 29, respectivamente).

Ocorre que, sendo a METROPLAN uma fundação de direito privado, falece-lhe competência para, em nome do Estado, proceder ao exame e à anuência prévia exigidos pela Lei n° 6.766/79. É a Fundação desprovida do poder de polícia insito às medidas administrativas que impliquem restrições ao direito de propriedade, como limitações administrativas que são, por definição. Aliás, este comentário já fora enunciado no Parecer n° 4.473, de 11 de setembro de 1980, da lavra deste Procurador, onde se buscou interpretar o inciso II do artigo 13 da Lei n° 6.766/79. Aqui está em questão precisamente a atividade estatal condicionadora da propriedade privada, para ajustá-la aos interesses coletivos, quer dizer, o poder de polícia.

6. Sabe-se que, muito embora haja polêmica doutrinária a respeito, pela letra do Decreto-lei nº 200 de 1967, com a nova redação trazida pelo Decreto-lei nº 900, de 1969, as fundações governamentais de direito privado *não são administração indireta* (em CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, Edição Revista dos Tribunais, São Paulo, páginas 166 e seguintes).

A partir do Decreto-lei nº 900, de 1969, as fundações de direito privado instituídas pela União passaram a enquadrar-se na categoria de *entes de cooperação*, integrando a descentralização administrativa, mas sendo excluídas expressamente da Administração Indireta.

Por força do Ato Institucional nº 8, de 02 de abril de 1969, artigo 1º, foi atribuída aos Estados competência para realizar, por decreto, sua respectiva reforma administrativa, observados os princípios fundamentais adotados para a Administração Federal.

Assim, no exercício legítimo de sua competência, o Estado do Rio Grande do Sul editou o Decreto nº 19.801, de 08 de agosto de 1969, que admite conceitualmente que:

"Artigo 1º —

§ 2º — *A Administração Indireta abrange todas as entidades dotadas de personalidade jurídica própria de direito público ou privado, em que o Estado, por força de lei ou de participação acionária, detenha no todo ou em parte o controle de sua administração.*"

Quer dizer, em nosso Estado as fundações governamentais de direito privado integram a Administração Indireta, METROPLAN, entre elas.

Ocorre que inobstante a previsão do Decreto Estadual que traça a organização da administração do Estado ter procedido a esta inclusão, tais fundações, porque entidades de direito privado, *são desprovidas do exercício do poder de polícia*.

A justificação teórica para esta assertiva repousa na constatação de que o *elemento específico do Estado* não é a população, nem o território, mas o *poder de império*, quer dizer, a organização da coação social a serviço e no exercício dos comandos estatais, consoante expressão de SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, em *As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Estado*, Rio de Janeiro, 1973, página 24.

Ora, o Estado para a consecução de seus fins outorga parcelas de seus poderes públicos a determinados entes que, gozando do *ius imperii*, são necessariamente *peças de direito público*. A questão aqui tangenciada é de tal porte que levou PONTES DE MIRANDA a assim se pronunciar:

"Se o Estado considera de direito privado a pessoa jurídica e lhe confere poder público, cai em contradição e delega esse poder a particular, a lei ou o ato é nulo ... Se o Estado considera de direito público pessoa jurídica que não tem parcela de poder público e nenhum interesse do Estado está em causa, a pessoa é de direito privado, e a lei ou o ato tem de ser examinado pela justiça, para ser-lhe decretada a nulidade." (Em *Tratado*, Tomo I, página 299).

Considerando que o *poder de polícia* é manifestação por excelência do *poder de império*, senão sua exteriorização, é forma de poder estatal indelegável, a ser exercido tão-somente por pessoa jurídica de direito público.

7. Daí porque somos de entendimento que as praxes instauradas pela METROPLAN através de convênios com os Municípios integrantes da Região Metropolitana não substituem, em absoluto, dada a incompetência da entidade privada conveniente, a manifestação do Estado, emitida por órgão público institucionalizado para tal.

Assim, mesmo que em tais convênios conste que a municipalidade fica obrigada a *"submeter à análise e anuência prévia da METROPLAN todos os projetos de parcelamento de solo urbano do Município"* (Cf. Cláusula Segunda, item 8), e mesmo que tal obrigatoriedade conste de lei municipal autorizadora a firmar o convênio, a atuação da METROPLAN tem caráter de um *apoio administrativo e técnico*.

Dito de outro modo, não pode a METROPLAN manifestar-se em definitivo, como entidade de direito privado que é, sobre a aprovação dos projetos de parcelamento do solo urbano na região metropolitana, podendo, isto sim, subsidiar os órgãos públicos nesta tarefa.

8. Somos, afinal, de entendimento que é legal e institucionalmente competente para tal o Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, com fundamento em todos os textos legais acima trazidos. Interessante de observar que pela Lei nº 6.656, de 1973, que criou o Conselho Deliberativo, assim como o Conselho Consultivo, fica legitimado àquele Conselho a faculdade de *"no exercício de sua competência celebrar convênios, contratos, protocolos e ajustes com órgãos públicos e privados especializados em planejamento"* (artigo 4º, § 4º). Isto não significa, porém, em nenhuma medida, que se vá atribuir a estas virtuais entidades privadas, especializadas em planejamento, o exercício do

poder de polícia, que, como se viu, *é um serviço público no sentido orgânico do termo*: a ser desempenhado exclusivamente por *órgãos públicos*. Dir-se-ia até que esta conquista inerente ao atual estágio civilizatório deve ser resguardada cautelosamente porque é um dos eixos do Estado de Direito.

Entendemos, por outro lado, que o mesmo Conselho Deliberativo, uma vez tendo protocolado o pedido de exame e anuência prévia, pelo loteador, pode valer-se do apoio técnico da METROPLAN, justamente dentro do espírito que presidiu a sua criação e que consta explicitamente de suas finalidades inseridas na lei instituidora, Lei nº 6.748, de 1974, artigo 3º, alínea c, antes transcrita.

7. Do ponto de vista jurídico, temos esta Procuradoria-Geral do Estado como órgão hábil a emanar parecer sobre aspectos mais relevantes de legalidade porventura presentes em algum expediente examinado. Não se está a afirmar que esta Procuradoria-Geral faria um estudo de caso a caso dos projetos de loteamento. Este exame individual poderá ser desempenhado pela Assessoria Jurídica da METROPLAN, capacitada tecnicamente para tal e dentro da moldura institucional traçada nas linhas acima.

As consultas eventuais a esta Procuradoria se justificariam em hipóteses mais complexas ou controvertidas e de tal generalidade que ensejassem manifestações mais abrangentes.

Tal procedimento também se coaduna com o espírito da lei instituidora do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, Lei nº 6.656, de 1973, ali onde prevê a prestação de apoio técnico por órgãos da Administração Pública Estadual, Direta, e Indireta, àquele Conselho, conforme letra do artigo 7º, antes transcrito.

Outrossim, pela Emenda Constitucional Estadual nº 10, de 11 de dezembro de 1979, cabe a esta Procuradoria *"prestar assistência jurídica ao Governador do Estado, aos órgãos da Administração Estadual e aos Municípios"* (artigo 57, alínea a).

Obtido o apoio técnico de uma entidade privada, METROPLAN, e o substrato jurídico desta Procuradoria quando necessário, retornaria o expediente ao Conselho Deliberativo para ali receber o parecer que, ao final, configurará o exame e a anuência prévia emitida pelo Estado.

Acrescente-se, para concluir, que dentro da previsão expressa na Lei nº 6.766/79, a definição das *"normas a que deverão submeter-se os projetos de loteamento e desmembramento nas áreas previstas no artigo 13"*, serão estabelecidas por *decreto estadual* (conforme artigo 15). Assim, necessário se faz a edição do *decreto* que proceda a *institucionalização administrativa* que se vai estruturar para o fim pretendido.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 8 de maio de 1984.

Acolho as conclusões do Parecer nº 5.669, subscrito pelo Procurador do Estado Doutora SÍLVIA LA PORTA.

Encaminhe-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário Extraordinário para os Assuntos da Grande Porto Alegre.

Em 26-04-84.

NEY SÁ
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO

RENITA MARIA HÜLLEN
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N° 5.693

ZONA URBANA. IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO.

Distinções legais para delimitação da zona urbana para fins urbanísticos e para fins tributários.
Distinção entre zona urbana e de expansão urbana.
Considera-se zona urbana, para fins de incidência do IPTU, os solos ou áreas correspondentes às hipóteses constantes do artigo 32 e §§ 1° e 2° do Código Tributário Nacional (Lei n° 5.172, de 25 de outubro de 1966).
É inconstitucional o artigo 6° e parágrafo único da Lei n° 5.868, de 12 de dezembro de 1972.

O novel MUNICÍPIO DE CAPÃO DO LEÃO, cuja criação resultou do desmembramento do 4° Distrito do Município de Pelotas, delimitou por lei própria sua *zona urbana* para fins tributários e urbanísticos, ao mesmo tempo, isto é, contida num único perímetro.

O Prefeito consulta esta Procuradoria-Geral do Estado se pode o Município cobrar o Imposto Predial e Territorial Urbano dos imóveis localizados em sua zona urbana, ainda que estejam cadastrados pelo INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária). Deseja, em especial, orientação quanto aos imóveis com área superior a 1 (um) hectare, com relação aos quais informa que a Administração do INCRA entende estarem sujeitos ao tributo federal que lhe cabe arrecadar (Imposto Territorial Rural).

É o relatório.

2. As questões da consulta estão ligadas a conceitos ainda não definitivamente sedimentados na doutrina e na jurisprudência, sendo, por isso, esses conceitos variáveis na legislação dos Municípios, assim como nas próprias normas federais que se ocupam da matéria urbanística, ou tributária, referentemente ao âmbito de atuação municipal.

Há diferenças de pensamento entre eminentes intérpretes a respeito da localização da zona de expansão urbana. As divergências ora prendem-se à sua própria conceituação e/ou função, ora são atinentes à abrangência do perímetro urbano.

A qualificação do solo, mediante a qual é dado um destino urbanístico à terra, é que permite o seu retalhamento para uso urbano. Ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA, em sua obra *Direito Urbanístico Brasileiro* (Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981), que o instrumento jurídico que configura a qualificação urbanística do solo é o plano urbanístico, segundo regras e princípios estabelecidos em lei.

É de ponderar-se serem os instrumentos jurídicos até hoje instituídos insuficientes para controlar eficazmente o processo de crescimento urbano, bem como que tais instrumentos são inaptos a propiciar equitativo acesso à moradia.

Desde longo tempo, os vazios urbanos em áreas dotadas de infra-estrutura urbana vêm sendo objeto de preocupação das administrações municipais, que não conseguem ajustar os investimentos públicos às necessidades da população, mediante adequada densidade de ocupação.

Encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei que recebeu o número 775/83, versando sobre desenvolvimento urbano, o qual, entre outras metas, visa a impedir a especulação imobiliária praticada à custa do erário público.

Somente transformações profundas na política fundiária poderão propiciar adequado equacionamento das necessidades sociais e do ordenamento espacial urbano, o que postula, sem dúvida, uma reformulação e redefinição jurídica do direito de propriedade, atribuindo-lhe contornos que deem conteúdo ao princípio da função social da propriedade, inscrito na Constituição Federal, no artigo 160, item III.

A normatividade jurídica da propriedade vem, aos poucos, evoluindo, não mais prevalecendo o antigo conceito do direito de propriedade, segundo o qual era entendido como poder absoluto do indivíduo sobre as coisas que lhe são submetidas. Há condicionamentos que gizam o perfil desse direito, bem como limitações administrativas ao seu exercício, podendo-se falar em vários tipos de propriedade, como a rural, a urbana, de bens de consumo, de bens de produção, etc, em função das diferentes regras legais a que se sujeitam.

O regime jurídico da propriedade não é uma função do direito civil apenas (que regula as relações entre indivíduos), mas de um complexo de normas jurídicas constitucionais, administrativas, urbanísticas, empresariais (comerciais) e civis, segundo observa JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 92/3).

3. Qualquer forma de uso do solo é, na atualidade, objeto de disciplina jurídica. Só o solo planejado para funções urbanísticas pode ser objeto de loteamentos. Tais funções são basicamente: habitação, circulação, trabalho e recreação ou lazer.

JOSÉ AFONSO DA SILVA (obra citada, p. 218) considera como solo de qualificação urbanística (para fins urbanos):

- I — O solo urbano a que corresponde a zona urbana contida no perímetro urbano.
- II — O solo de expansão urbana a que corresponde a zona de expansão urbana.
- III — O solo urbanizável ou zona urbanizável.
- IV — O solo, ou zona, ou área de interesse urbanístico especial.

Destaca esse especialista em primeiro lugar o *solo urbano* correspondente à *zona urbana*, conceituando esta como a área contida no perímetro urbano. É o solo destinado ao sistema viário, às edificações privadas (residência, indústria e comércio) e públicas, bem assim às atividades de recreação (áreas verdes, jardins, parques, praças de esportes, etc.) (obra citada, p. 218).

Lembra esse autor que a tradição cunhou o conceito do perímetro urbano, que o direito positivo consagrou, como linha divisória que delimita a zona urbana das cidades, vilas e povoados. A verba que o perímetro urbano abrange a área de edificação contínua, bem como as áreas adjacentes que contenham pelo menos dois daqueles equipamentos indicados no artigo 32 do Código Tributário Nacional e que esse conceito atende, assim, aos interesses urbanísticos e tributários.

Considera JOSÉ AFONSO DA SILVA imprescindível firmar a tese de que, no interior do perímetro urbano, todo o solo e toda a zona qualificam-se como urbanos do ponto de vista urbanístico, porque o seu solo já está definitivamente vocacionado a fins urbanísticos, mesmo sendo certo que o perímetro urbano, no conceito dado, pode conter áreas ainda não-urbanizadas.

Idêntico conceito de zona urbana é delineado por HELY LOPES MEIRELLES em sua obra *Direito Municipal Brasileiro* (Editora Revista dos Tribunais, São Paulo). Esse autor divide o solo em zona rural, zona urbana e zona ou área de expansão urbana, considerando essa última expressão sinônima de área urbanizável, não fazendo as distinções colocadas por JOSÉ AFONSO DA SILVA.

Afirma MEIRELLES que as zonas de expansão urbana correspondem a áreas destinadas ao crescimento ordenado das cidades, vilas e bairros, isto é, reservadas para receber novas edificações e equipamentos urbanos, comentando que essas zonas, ainda que na área rural, devem ser desde logo delimitadas pelo Município e submetidas às restrições urbanísticas do Plano Diretor e às normas do Código de Obras, para suas edificações e traçado urbano, para obter-se futuramente cidades, vilas e bairros devidamente ordenados (obra citada, p. 71).

JOSÉ AFONSO DA SILVA conceitua a zona de expansão urbana com uma diferença em relação ao autor recém-citado. Não inclui nela a zona ou área urbanizável. No demais, os conceitos apresentados por ambos os autores invocados se equivalem, no que diz com a zona de expansão urbana.

Para esse último especialista, a zona de expansão urbana corresponde à área delimitada fora do perímetro urbano (portanto em zona ainda tida como rural), como um prolongamento potencial do perímetro urbano e destinada a nele se incluir, com a ocupação decorrente do crescimento populacional, que deve ser delimitada por lei municipal, a fim de ordenar o crescimento de núcleo urbano existente, para após ser permitido seu parcelamento para seu uso e ocupação urbanística, na forma prevista em planos diretores ou planos especiais de urbanificação (obra citada, p. 218 a 220).

Considerando que o solo programado para uma função urbanística recebe, por via do planejamento, mediante lei formal, qualificação urbanística, JOSÉ AFONSO DA SILVA distingue, além da zona urbana e zona de expansão urbana, ainda dois tipos de solos ou zonas: a zona urbanizável e a zona de interesse urbanístico especial, sobre as quais há reconhecida competência urbanística municipal, além da federal e estadual.

Zona urbanizável é por esse autor conceituada como qualquer área programada para o exercício de uma ou mais das funções urbanísticas elementares (trabalhar, habitar, circular, recrear), fora do perímetro urbano e fora da zona de expansão urbana.

Refere-se a áreas destinadas à urbanificação especial para núcleo residencial de recreio, para sistema viário extra-urbano, para formação de núcleos junto a obras de grande porte (citando como exemplo típico o núcleo urbano da Ilha Solteira, formado para construção da usina hidrelétrica), ou mesmo núcleos de colonização (não incluídas aí as colonizações agrícolas, mas apenas lotes urbanos). Aduz a seguir que a competência para estabelecer zonas urbanizáveis é compartilhada pela União, Estados e Municípios, sendo que todos devem fazê-lo mediante plano, programa ou projeto especial de preparo da área para os fins cogitados, atuando-se normalmente por meio de desapropriação da área para a execução do empreendimento (obra citada, p. 221).

Zona de interesse urbanístico especial, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, são as que, por suas características peculiares, requeiram tratamento urbanístico específico, quer modificando a situação urbanística existente, quer criando qualificação urbanística originária, por exemplo, áreas que por suas especiais características paisagísticas, ambientais, etc. atraem para si as correntes turísticas. Igualmente as áreas programadas para proteção cultural (histórica, artística e arqueológica) e as destinadas a proteger os mananciais, ao lazer e ao turismo em geral.

Também aí a competência pode ser de qualquer das entidades políticas estatais. Em muitos desses casos estaremos diante de verdadeira consideração urbanística de solo rural, mas a qualificação urbanística implica competência urbanística (conf. autor e obra citada, p. 221).

Afigura-se-nos lógica e útil a divisão do solo apresentada por JOSÉ AFONSO DA SILVA, em vista da competência urbanística do Município, sem embargo de seu poder de política geral, que abrange inclusive a área ou zona rural.

4. Já não há lugar à constituição de zona urbanizável ou de expansão urbana por efeito de anterior aprovação de loteamentos urbanos, nem mesmo para fins tributários, nos moldes do disposto no parágrafo 2º do artigo 32 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966).

Estabelece o Código Tributário Nacional, para fins de tributação municipal:

"Artigo 32 — O imposto de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

§ 1º — Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal, observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

- I — meio-fio ou calçamento com canalização de águas pluviais;
- II — abastecimento de água;
- III — sistema de esgotos sanitários;
- IV — rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição do micliar;
- V — escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

§ 2º — A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior."

Consoante a Lei federal nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (Lei do Parcelamento do Solo Urbano), a delimitação da zona urbana e da zona de expansão urbana, deve ser feita mediante lei municipal e deve anteceder à aprovação de projetos de loteamentos para sua implantação em uma ou outra delas.

Lê-se no referido dispositivo:

"Artigo 3º — Somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas ou de expansão urbana, assim definidas por lei municipal."

Distingue a Lei nº 6.766/79, em seu artigo 3º, zona urbana de zona de expansão urbana. Assim sendo, tanto para efeitos tributários como para efeitos urbanísticos, justifica-se que o perímetro urbano abranja apenas a área de edificação contínua e as áreas adjacentes definitivamente vocacionadas à edificação, onde já exista um mínimo de infra-estrutura urbana, abrangendo vias de trânsito e equipamentos urbanos e comunitários, incluindo pelo menos dois dos melhoramentos referidos no § 1º do artigo 32 do CTN.

Anteriormente à Lei federal nº 6.766/79, não havia exigência de delimitação formal prévia de área ou zona, para fins de loteamento.

O Decreto-lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, apenas indica critérios para serem seguidos pelos Municípios, neste particular, os quais hoje devem ser conjugados com o do artigo 3º da Lei nº 6.766/79.

Consta no artigo 1º e parágrafo 3º do Decreto-lei nº 271/67:

"Artigo 1º — O loteamento urbano rege-se por este Decreto-lei.

§ 3º — *Considera-se zona urbana para os fins deste Decreto-lei, a da edificação contínua das povoações, as partes adjacentes e as áreas que a critério dos Municípios, possivelmente venham a ser ocupadas por edificações contínuas dentro dos seguintes 10 (dez) anos."*

Permanece válido e aplicável o critério desse dispositivo legal para conceituação da zona ou zonas de expansão urbana (embora nele não esteja empregada a terminologia "zona de expansão urbana"), entendidas como as áreas que, a critério dos Municípios, sejam programadas para ocupação por edificações contínuas dentro dos seguintes 10 (dez) anos. (Conforme TOSHIO MUKAI, ALAOR CAFFE ALFES E PAULO JOSÉ VILELLA LOMAR, em "Loteamentos e Desmembramentos Urbanos", Sugestões Literárias S.A., São Paulo, 1980, p. 18).

5. Antes da vigência da Lei nº 6.766/79, era possível, teoricamente, dependendo da legislação municipal, a aprovação de loteamentos urbanos, sem que se situassem em solo que tivesse sido objeto de prévia qualificação e/ou delimitação ou demarcação mediante lei ou outro ato formal.

Presentemente, a aprovação de projetos de loteamentos e desmembramentos urbanos pela autoridade municipal depende de prévia delimitação da zona urbana ou da zona de expansão urbana, devendo situar-se obrigatoriamente em uma dessas zonas (Lei nº 6.766/79, artigo 3º). Ficou, pois, prejudicado, em parte, o disposto no § 2º do artigo 32 do Código Tributário Nacional, porque, na prática, não pode legitimamente haver a aprovação de loteamentos antes da delimitação, por lei local, da área urbana ou de expansão urbana em que se situem.

Todas as alterações de uso do solo rural para fins urbanos dependerão de prévia audiência do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA — do Órgão Metropolitano, se for o caso, e da aprovação da Prefeitura Municipal, segundo as exigências da legislação pertinente (Lei nº 6.766/79, artigo 53).

Antes da Lei nº 6.766/79, possuíam os Municípios também certa margem de liberdade para disporem quanto à forma de delimitação da zona urbana e de expansão urbana para fins urbanísticos, havendo, então, critérios obrigatórios tão-só para efeitos tributários, em lei federal. Valia, para fins urbanísticos, o disposto no Decreto-lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967, pelo qual não era exigida, para aprovação de loteamentos e desmembramentos, delimitação prévia, por via de lei formal, das zonas ou áreas em que podiam ser implantadas, estando, nesse ponto, o Decreto-lei nº 271/67 em consonância com o disposto no Código Tributário Nacional (artigo 32, § 2º). Era, no entanto, sempre necessária a prévia manifestação do INCRA, em se tratando de área rural.

6. Como assinala JOSÉ AFONSO DA SILVA (obra citada, p. 220), há quem entenda, em seu modo de ver, erroneamente, que a zona de expansão urbana deva situar-se dentro do perímetro urbano, juntamente com a zona urbana.

Proceda a crítica desse autor, pois que no sistema jurídico hoje vigente, a zona de expansão urbana é distinguida da zona urbana, para fins urbanísticos. Por isso, julgamos não haver razão jurídica para ser abrangida pelo mesmo perímetro da zona urbana. Parece mais lógico que a zona de expansão urbana se situe fora do perímetro urbano que demarca a zona urbana, por ser uma área programada para futura ocupação, a qual pode ou não ocorrer conforme o programado, já que depende da iniciativa privada. Pensamos, a nosso turno, que embora seja conveniente que a zona de expansão urbana se situe em área contínua ou próxima à zona urbana, tal não é absolutamente imprescindível, pois as próprias condições geofísicas podem determinar a escolha de alternativas.

Entendemos que se a lei municipal demarcar zona de expansão urbana (que é distinta da zona urbana), o perímetro para a zona ou zonas de expansão urbana, nas cidades, vilas e povoados, deve ser distinto do perímetro urbano, que delimita a zona urbana das cidades, vilas e povoados.

Entretanto, embora a nosso ver não seja tecnicamente correto, não haverá agressão a nenhum dispositivo federal se o Município incluir a zona de expansão urbana no mesmo perímetro, o qual, nesse caso, não será o perímetro da zona urbana, mas da soma das áreas que podem ser objeto de loteamento. Para fins tributários, só pode ser considerada a área urbana, com um mínimo de infra-estrutura urbana e a que já tenha loteamentos aprovados (CTN, artigo 32 e 55), o que constitui mais um motivo para separar a área urbana da de expansão urbana, com a instituição de dois perímetros diferentes, facilitando a delimitação, na prática, do campo de incidência do IPTU.

7. Para fins tributários, consideram-se imóveis urbanos os situados em área ou zona urbana apresentando pelo menos dois dos seguintes melhoramentos:

- I — meio-fio ou calçamento, em canalização de águas pluviais;
- II — abastecimento de água;
- III — sistema de esgotos sanitários;
- IV — rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;
- V — escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado (CTN, artigo 32, § 1º).

Também para fins tributários, consideram-se imóveis urbanos os terrenos de loteamentos urbanos aprovados pelas autoridades competentes, situados em área ou zona de expansão urbana ou urbanizável, mesmo sem a presença de dois daqueles melhoramentos indicados no parágrafo 1º do artigo 32 do CTN, face ao disposto no parágrafo 2º desse mesmo artigo.

É de referir-se, nesse passo, que a Lei federal nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (Lei do Parcelamento do Solo Urbano), impõe ao loteador a execução prévia das obras de infra-estrutura urbana exigidas pela legislação municipal, como uma das condições para o registro do loteamento no Registro de Imóveis (requisito esse indispensável para venda de lotes). — sendo admitida alternativamente a apresentação de um cronograma aprovado pela municipalidade para execução posterior dessas obras — estabelecendo a lei federal que fica a cargo do loteador, no mínimo, a execução das vias de circulação do loteamento, demarcação dos lotes, quadras e logadouros e das obras de escoamento das águas pluviais (artigo 18 V). Entenda-se que esse mínimo é obrigatório, ainda que inexistam no âmbito municipal estas e outras exigências que cabe ao Município fixar, mediante lei.

8. Retomando a questão relativa ao IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano), é de frisar-se que é indispensável que, em ambas as hipóteses contempladas no CTN (artigo 32, §§ 1º e 2º), o solo, área ou zona considerada urbana para efeitos tributários, segundo os critérios desse mesmo Código, seja delimitada, por lei municipal, para a incidência do imposto referido.

Considerando que, para fins de uso urbano ou fins urbanísticos, os critérios legais para delimitação da zona urbana e de expansão urbana não coincidem com os critérios estabelecidos pelas normas gerais de direito tributário para fins de incidência do IPTU, impõe-se aos Municípios estabelecerem, através de lei própria:

1) Uma delimitação do solo com qualificação urbanística (zona urbana e zona de expansão urbana) para fins de uso e ocupação, com vistas a permitir o parcelamento da terra.

2) Outra demarcação do solo considerado urbano para fins de incidência do IPTU, esta abrangendo a zona urbana dotada dos melhoramentos considerados pelo CTN para fins tributários e abrangendo os loteamentos urbanos que hajam sido aprovados fora de tal área, ou seja, na zona de expansão urbana ou em zona urbanizável, podendo a aprovação ser anterior ou posterior à Lei nº 6.766/79 (portanto, obedecendo a requisitos diferentes).

Neste ponto, vale lembrar que é conveniente que a delimitação da zona urbana, para fins de uso urbano, seja feita em função dos requisitos do artigo 32, § 1º, do CTN, e que seja distinguida da zona de expansão urbana, mediante diferentes perímetros, para tornar mais simples a delimitação da área considerada urbana para efeitos tributários.

9. Passamos à questão específica destacada pelo consultante, ou seja, que a Administração do INCRA entende caber-lhe cobrar o Imposto Territorial Rural dos imóveis situados na zona urbana, cuja dimensão seja superior a um hectare.

Consta no Decreto-lei nº 57, de 18 de novembro de 1966:

"Artigo 14 — O disposto no artigo 29 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não abrange o imóvel, que, comprovadamente, seja utilizado como 'sítio de recreio' e no qual a eventual produção não se destine ao comércio, incidindo assim sobre o mesmo imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, a que se refere o artigo 32 da mesma lei.

Artigo 15 — O disposto no artigo 32 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não abrange o imóvel que, comprovadamente, seja utilizado em exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial, incidindo assim sobre o mesmo, o ITR e demais tributos com o mesmo cobrados."

A Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972, veio regular de forma um pouco diferente o assunto desses dois dispositivos, em seu artigo 6º e parágrafo único, tendo revogado expressamente, entre outros, os artigos 14 e 15 ora transcritos, através de seu artigo 12.

Aquelas disposições da Lei nº 5.868/72 foram assim redigidas:

"Artigo 6º — Para fins de incidência do imposto sobre a propriedade territorial rural, a que se refere o artigo 29 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, considera-se imóvel rural aquele que se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal ou agroindustrial e que, independentemente de sua localização, tiver área superior a 1 (um) hectare.

Parágrafo único — Os imóveis que não se enquadrarem no disposto neste artigo, independentemente de sua localização, estão sujeitos ao imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, a que se refere o artigo 32, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966."

O Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, julgou inconstitucional o artigo 6º e seu parágrafo da Lei nº 5.868/72, por ocasião da apreciação do Recurso Extraordinário nº 93850-8, de Minas Gerais, em data de 20 de maio de 1982, tendo sido a decisão publicada no Diário da Justiça da União, de 27 de agosto de 1982.

Tal decisão fundamenta-se na razão de que o Código Tributário Nacional tem a categoria de lei complementar e só por meio de igual diploma pode ser modificado, face à Constituição Federal vigente, que dispõe que *"lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder de tributar"* (artigo 18, § 1º).

A Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, diz em sua ementa que ela *"dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios"*. Essa lei, antes da Constituição de 1967, podia ser revogada por outra lei ordinária, pois não existia então, formalmente, a lei complementar, como na vigente Carta Política da República, para cuja aprovação é exigida maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional (artigo 50).

O Ato Complementar nº 36, de 13 de março de 1967, estabeleceu que a Lei nº 5.172/66 e suas alterações posteriores passassem a denominar-se *"Código Tributário Nacional"*. Nessas "alterações posteriores" incluem-se os artigos 14 e 15 do Decreto-lei nº 57/66, que ficaram, portanto, incorporados ao CTN, implicitamente.

Face à referida declaração de inconstitucionalidade, já não há que cogitar-se de aplicar o artigo 6º e parágrafo único da Lei nº 5.868/72. Se intentada sua aplicação, cabe ao Poder Judiciário declarar a nulidade do ato respectivo, aplicando a orientação do Supremo Tribunal Federal.

10. Ante o exposto, concluímos que o Município deve delimitar, consoante os critérios do CTN, a área considerada urbana para fins tributários e proceder ao lançamento do IPTU, notificando os contribuintes, independentemente de estarem ou não os imóveis respectivos cadastrados no INCRA, disso informando esse Órgão. Caso o INCRA tenha cobrado ou esteja cobrando indevidamente o Imposto Territorial Rural, os prejudicados devem reclamar a devolução do mesmo. Neste passo, parece-nos ser viável a compensação de valores pagos a título de Imposto Territorial Rural como o IPTU, compensação essa a ser efetuada pela Administração Municipal, tendo em vista que o ITR arrecadado pelo INCRA é repassado aos Municípios, de acordo com a disposição constitucional do artigo 24, § 1º.

11. No concernente ao disposto no artigo 53 da Lei nº 6.766/79 (Lei do Parcelamento do Solo Urbano), é oportuno lembrar que, para fins de uso da terra, prevalece essa exigência legal, isto é, qualquer modificação de uso de rural para urbano deve ser precedida de aprovação do INCRA. Entretanto tal exigência da Lei nº 6.766/79 não afeta a eficácia das regras do Código Tributário Nacional (artigo 32 e §§ 1º e 2º), também pela razão de que só lei complementar pode modificar as regras gerais tributárias. E a Lei nº 6.766/79 não tem essa qualidade.

12. O critério legal para incidência do IPTU é o da situação do imóvel na zona urbana ou de expansão urbana. Não mais prevalece o critério da simples destinação a determinado uso (exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal ou agroindustrial), de imóvel com área superior a 1 (um) hectare, para o fim de ser considerado excluído da incidência do IPTU e sujeito ao ITR. E isso porque foi declarado inconstitucional o artigo 6º e seu parágrafo único da Lei nº 5.868/72.

13. Outra questão importante aflora com relação à Lei nº 5.868/72. É que, em seu artigo 12, ela revogou expressamente os artigos 14 e 15 do Decreto-lei nº 57, de 18 de novembro de 1966, retrotranscritos.

Alguns tribunais têm entendido que os referidos dispositivos do Decreto-lei nº 57/66 (artigos 14 e 15) permanecem em vigor. Esse diploma modificou o CTN que, na época, era lei ordinária, sendo, por isso, permitida tal alteração por essa via. Já o mesmo não ocorreu com a Lei nº 5.868/72, a qual não podia alterar validamente o CTN, ao qual se incorporaram as regras do Decreto-lei nº 57/66.

Com relação a esta questão, podemos mencionar duas decisões do Tribunal de Justiça do nosso Estado, cujas ementas transcreveremos:

"Imposto Territorial Urbano. Imóvel situado no perímetro urbano, beneficiado com recursos urbanísticos, destinado a urbanização através de loteamento regularmente inscrito. Aplicação do artigo 32, §§ 1.º e 2.º do Código Tributário Nacional.

Não-incidência do artigo 15 do D.L. n.º 57, de 18 de novembro de 1966. Sentença confirmada." (Apelação Cível n.º 27059 - Primeira Câmara Cível Especial — Relator Dr. Tulio Medina Martins — Decisão unânime, em 25 de novembro de 1976).

Imposto Territorial Urbano. Imóvel situado na zona urbana e beneficiado amplamente pelo Poder Público. Artigo 32, §§ 1.º e 2.º do Código Tributário Nacional. Perícias que salientaram a verdadeira natureza do bem. Não incidência do artigo 15 do D.L. n.º 57, de 18 de novembro de 1966. Sentença confirmada." (Apelação Cível n.º 28109 - Terceira Câmara Cível — Relator Desembargador Antônio Villela do Amaral Braga. Decisão unânime, em 30 de junho de 1977).

Tem o nosso Tribunal de Justiça como vigentes os artigos 14 e 15 do Decreto-lei n.º 57/66. Daí que, uma vez comprovada a utilização da área ou terreno em atividade caracterizada como exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal ou agroindustrial, não incidiria o IPTU e sim, em princípio, o ITR, salvo o disposto no § 6.º do artigo 21 da Constituição Federal, referente ao proprietário de um único imóvel que cultive a área só ou com sua família.

14. Não poderíamos deixar de referir, por oportuno, que estudiosos do direito constitucional e tributário têm questionado a constitucionalidade dos artigos 14 e 15 do Decreto-lei n.º 57/66, face ao artigo 24, item I, da Constituição da República. Segundo eminentes juristas, os Municípios, frente à regra fundamental da Constituição, que permite-lhes instituir imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, não podem estender o mesmo imposto sobre propriedades rurais (sítios de recreio), assim como entendem que, constitucionalmente, não está autorizada a cobrança do Imposto Territorial Rural ou outro federal sobre a propriedade urbana, isto é, a situada na zona urbana, ainda que comprovadamente usada para exploração agrícola, pecuária, agroindustrial ou extrativo-vegetal.

A respeito mencionamos estudo seguido de debates envolvendo essa questão, embora não conclusivos, que tiveram lugar em reunião promovida pelo IBET — Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, da qual participaram eminentes professores especializados na matéria (conforme publicação na Revista de Direito Tributário n.º 15/16, pág. 217, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo).

16. Em síntese, concluímos que são, em princípio, os critérios do artigo 32 §§ 1.º e 2.º do Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966) que comandam a determinação do campo de incidência do Imposto Predial e Territorial Urbano.

A vigência e eficácia dos artigos 14 e 15 do Decreto-lei n.º 57, de 18 de novembro de 1966, é admitida por alguns tribunais. Entretanto sua constitucionalidade é questionável.

É o parecer, salvo melhor juízo.

PORTO ALEGRE, 29 de maio de 1984.

Of. Gab. 562/84

Porto Alegre, 29 de maio de 1984.

SENHOR VICE-PREFEITO:

Em atenção ao seu Ofício n.º 28/84, datado de 09 de fevereiro do corrente ano, no qual Vossa Excelência solicita pronunciamento desta Casa sobre a legalidade de o município cobrar o Imposto Predial e Territorial Urbano "dos imóveis localizados em zona urbana, ainda que estejam cadastrados pelo INCRA", aprez-me encaminhar-lhe o Parecer n.º 5693, 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 Doutor GETÚLIO TEIXEIRA VICTÓRIA
DD. Vice-Prefeito Municipal de Capão do Leão-RS

PARIDADE E EQUIPARAÇÃO

INFORMAÇÕES EM MANDADO DE SEGURANÇA

DEFRANCISCO GALLICCHIO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Membro do Instituto dos Advogados do RGS

Porto Alegre, 18 de junho de 1984

SENHOR DESEMBARGADOR:

1. Nos termos do artigo 7º, I, da Lei nº 1.533/51, tenho a honra de me dirigir a Vossa Excelência prestando-lhe as informações nos autos do Mandado de Segurança nº 584021679, impetrado por C.F.M. E OUTROS, em atenção ao seu Of. 62/84-VP, datado de 05 de junho de 1984, recebido em 06 de junho de 1984.
2. Os impetrantes objetivam por este mandado de segurança restabelecer a equiparação de vencimentos que vinham obtendo há vários anos com o pessoal da Brigada Militar.
3. Entendem os impetrantes que a Lei estadual nº 7.849, de 14 de dezembro de 1983, vigente a partir de 01 de janeiro de 1984, retirou-lhes a referida equiparação.
4. Invocam como violados pela Lei estadual nº 7.849/83 o seu direito adquirido, através das leis estaduais precedentes, bem como o princípio da isonomia, já que entendem iguais as atividades que vêm exercendo na Polícia Civil com aquelas que equiparava os seus vencimentos na Brigada Militar. Invocam, portanto, como contrariados os artigos 98 e 153, § 1º, § 3º, e 36 da Constituição Federal.
5. Preliminarmente, observo ao acendrado conhecimento de V. Ex.^a que os autores, no presente "mandamus", apontam-me como a autoridade coatora. Entretanto, fulcrando-se a irresignação em fato jurídico de pagamento, porque entendem preterida equivalência de vencimentos fixada a partir da Lei estadual 5.950, de 31 de dezembro de 1969, e sendo este da competência e responsabilidade do Diretor da Diretoria do Pagamento de Pessoal do Tesouro do Estado, resulta evidente o erro de endereço da presente medida.

Aliás, com proficiência reconhecida pelos mais doutos, HELY LOPES MEIRELLES asser:

"Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução.

Não há confundir, entretanto, o simples executor material do ato, com a autoridade por ele responsável... Exemplificando: numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou o Secretário da Fazenda que expede instruções para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que científica o contribuinte da exigência tributária; coator é o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe as sanções fiscais respectivas, usando seu poder de decisão".

(Cf. Aut. cit. "in" MANDADO DE SEGURANÇA E AÇÃO POPULAR, Ed. R.T., 1975 p. 29)

Por conseguinte, "mutatis mutandis" é o que se tem para a espécie. Embora indiscutível caber a mim "coordenar, orientar e superintender as atividades, dos órgãos" da Secretaria que título, segundo ditame constitucional (art. 70, inc. I, da C. E. de 1970), menos verdadeiro não é a autonomia do Diretor da Diretoria do Pagamento para a prática do ato inquinado de ilegal.

A Sua Excelência o Senhor Desembargador
SILVINO JOAQUIM LOPES NETO
Relator

Trabalho elaborado nesta Procuradoria-Geral do Estado, para servir de informação no Mandado de Segurança nº 584021679.

Assim, em decorrência de serem indisponíveis as regras procedimentais que ordenam a competência para a prestação de jurisdição, suscitado, em caráter incidental, esta questão a fim de que V. Ex.^a determine o conhecimento da espécie por quem de direito.

6. No mérito destaca, em primeiro lugar, uma questão de inefável colorido prejudicial.

Em verdade, por qualquer ângulo que se examine o conteúdo ideológico da impetração, não se consegue pinçar o ato administrativo que, acimado de ilegal, substancie o cabimento do "mandamus". Toda a inconformidade dos autores se encontra em que, com a execução da Lei estadual 7.849, de 14 de dezembro de 1983, em curso a partir de 1º de janeiro de 1984, se viram desequiparados do pessoal da Brigada Militar, no respeitante a vencimentos.

De sorte que a inicial não põe em destaque o ato administrativo que deu curso à execução da lei, sob ponto de vista de sua legalidade extrínseca, ou seja, de sua conformidade com a lei exequenda; mas sim, questiona o sob ponto de vista intrínseco, isto é, com referência a direitos, ditos adquiridos à base de norma anterior que julgam incorporados definitivamente a seu patrimônio jurídico e cuja intangibilidade decorreria de preceitos constitucionais que restariam violados com a execução da Lei em causa. (arts. 153, §§ 1º, 3º, e 36 e art. 98 da C.F.)

Está-se, pois, em presença de um pedido de segurança objetivando ordem judicial no sentido de que a autoridade não cumpra, relativamente aos autores, as determinações constantes da lei que reajustou, para o corrente ano, os vencimentos e proventos dos funcionários policiais e dos membros da Brigada Militar. E, mais, pede-se o restabelecimento da correspondência de padrões que lhes foi retirada pelo movimento legislativo que determinou o reajuste dos vencimentos para o corrente ano, mediante provimento judicial.

Por este ângulo, poder-se-ia sustentar a inexistência de ilegalidade atribuível ao ato da autoridade que deu curso, tão-somente à execução da Lei 7.849/83, e o conseqüente descabimento da ação de segurança, com vistas à diretriz fixada na Súmula 266 do STF, que assentou:

"Não cabe Mandado de Segurança contra lei em tese".

Entretanto, não só a lei, também os pedidos comportam o trabalho exegético do magistrado, tendente à fixação da "res in judicium deducta" e ao aproveitamento das postulações judiciais (princípio da economia processual), (Cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, "in" Instituições de Direito Processual Civil, Vol. III, p. 65, Limites à extensão do pedido, 3ª Ed. Forense, 1967). Assim sendo, para conhecer-se da presente impetração torna-se necessário admitir como suscitado, com a inicial, incidente de inconstitucionalidade, vez que os impetrantes são, indubitavelmente, destinatários do provimento legal contra o qual se irrisignam.

Em outras palavras, a inicial não questiona o descumprimento da lei por parte da autoridade executora, questiona o próprio conteúdo da Lei 7.849/83, que, no entender expresso dos suplicantes, fere direitos adquiridos por violar a paridade com o pessoal da Brigada Militar, anteriormente estabelecida, mercê do movimento legislativo que se inaugurou com a Lei estadual 5.950, de 31 de dezembro de 1969, e foi até à edição do diploma em causa. Implicitamente, argüi-se a inconstitucionalidade da lei, única forma de retirar-lhe a eficácia, para manter-se, no entender dos impetrantes, a "paridade" alegada.

No entanto, reside aqui a primeira impossibilidade de deferimento do "mandamus" e talvez por isso mesmo a questão constitucional permaneceu encoberta, subjacente às razões da inicial.

7. ADILSON DE ABREU DALLARI, prestigiado publicista paulistano, professor de Direito Administrativo, em monografia intitulada "REGIME CONSTITUCIONAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS", pôs em evidência traduzir a paridade insita no art. 98 da Constituição Federal uma das particularizações do princípio de isonomia, ao observar que:

"Na verdade, o conjunto das normas contidas no art. 98, ao mesmo tempo em que afirma o princípio da paridade entre os servidores que constitui numa aplicação particularizada do princípio da isonomia, previne contra aplicações exageradas e extensões indevidas desses princípios, pois imediatamente estabelece limites à sua amplitude. (Cf. Autor e op. cit. p. 34, Ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1976).

E obtempera em conclusão:

"Ainda que se reconhecesse um direito à equiparação extraído diretamente do texto constitucional, mesmo assim não haveria outro caminho para sua implantação a não ser a via legislativa, pois ao Judiciário isso não seria possível, havendo inclusive Súmula do STF a respeito: 339 — "Não CABE ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia".

Em suma, a paridade a que alude a norma constitucional em destaque tem conteúdo programático, dependendo de legislação ordinária para ser mediatizada, enquanto que a vedação à equiparação ou à vinculação, por seu conteúdo negativo, é de eficácia plena, i. e., incidiu tão logo entrou em vigor a Constituição de 1967, que mais não fez do que consagrar o que já vigorava com a edição do Ato Complementar 24, de 18 de novembro de 1966, com a redação que foi dada pelo art. 10 do Ato Complementar nº 27, de 8 de dezembro de 1966. (Cf. Aut. e op. cit. p. 35 e, ainda, JOSÉ AFONSO DA SILVA — Aplicabilidade das Normas Constitucionais, p. 3, nº 13, Ed. Rev. dos Trib., 1968).

Assim, mesmo que se admita, e isto tão-só por recreação dialética, a possibilidade de ser declarada a inconstitucionalidade da Lei 7.849/83, porque violadora da condição isonômica insita na regra do art. 98, "caput", da Constituição Federal, mesmo assim, o julgador, mediante provimento judicial, não poderia restabelecer as pretendidas equivalências anteriores, que foram expressamente revogadas com a edição da citada lei (art. 6º), sem ofender princípio de maior envergadura constitucional que vela pela independência e harmonia dos poderes do Estado, como se infere da interpretação pretoriana fixada na Súmula 339 do STF, ajudada no texto acima, desencaminhando-se, por igual, a decisão que se profissesse nesse sentido, pelo invio itinerário das usurpações de competência, como rigorosamente enfatiza HELY LOPES MEIRELLES, este outro mestre do Direito Administrativo Brasileiro, em sua consagrada obra, no excerto a seguir transcrito:

"Em qualquer das hipóteses — aumento impróprio (caso vertente, glosa do informante) e reestruturação — podem ocorrer injustiças, pela inobservância do princípio da isonomia, tal como explicado acima. Nesse caso, porém, somente a lei poderá corrigi-las, pois qualquer interferência do Judiciário nesta matéria constituiria usurpação de atribuições do Legislativo, consoante vêm decidindo reiteradamente nossos Tribunais e, finalmente, sumulou o STF, nestes termos: "Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia (Súmula 339)

(Cf. Aut. cit. "in" DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, 8a. Ed. atualizada, Ed. Rev. dos Trib., São Paulo, 1981, p. 445)

Conclui-se, assim, neste passo, que a declaração de inconstitucionalidade, pelos motivos e razões acima explicitados, não poderia aproveitar ao deferimento do presente "mandamus".

8. Mas, à toda evidência, o conteúdo normativo da Lei 7.849/83 não fere a condição isonômica revelada pela paridade. Esta colocação da inicial se deve à manifesta confusão entre os institutos da paridade e equiparação ou vinculação.

JOSÉ AFONSO DA SILVA, em seu Curso de Direito Constitucional Positivo, refere-se a esta ideia confusão nos seguintes termos:

"Não há confundir paridade com equiparação ou vinculação para os efeitos de vencimentos. Paridade é a igualdade de vencimentos — padrão e vantagens pecuniárias — atribuídos a cargos da mesma denominação, ou de atribuições iguais ou semelhantes pertencentes a quadros de poderes diferentes. Equiparação é a comparação de cargos de denominação e atribuições diversas, considerando-os iguais para fins de se lhes conferirem os mesmos vencimentos, é a igualação jurídico-formal de cargos ontologicamente desiguais, para o efeito de se lhes darem vencimentos idênticos, de tal sorte que, ao aumentar-se o padrão de um, automaticamente o do outro também ficará majorado na mesma proporção. Na paridade, ao contrário, os cargos são ontologicamente iguais, daí devendo decorrer a igualdade de denominação e de retribuição; na verdade o princípio da paridade não é nada mais do que a aplicação do princípio da isonomia material: trabalho igual deve ser igualmente remunerado. Vinculação é a relação de comparação vertical, diferente da equiparação que é relação horizontal. Vincula-se um cargo inferior, isto é, de menores atribuições e menor complexibilidade, com outro superior, para o efeito de retribuição, mantendo-se certa diferença de vencimento entre um e outro, mas de sorte que, aumentando-se um, o outro também fica automaticamente majorado, para guardar a mesma distância preestabelecida...

A Constituição proíbe vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do serviço público (art. 98, parágrafo único).

(Cf. autor e op. cit. págs. 185/186, 2a. Ed. Rev. dos Tribunais, 1984).

Pois bem, à luz das distinções estabelecidas pelo texto acima, resulta evidente não se cogitar de paridade no presente pleito, porquanto cotejam-se cargos estruturados em carreiras distintas nos quadros de um mesmo poder: o Poder Executivo. Pelo que não se verificam os pressupostos de incidência de regra paritária.

Por igual, ainda no que diz respeito aos pressupostos da paridade, cumpre enfatizar que, a despeito de ambas as carreiras concorrerem para fins complementares, executam funções absolutamente dessemelhadas em face das atribuições constitucionais que são deferidas a cada uma delas, segundo as disposições pertinentes da Carta Política do Estado, datada de 1970. Perfunctório exame dos arts. 114, 116, 117 em cotejo com os artigos 119 e 120 da Lei Fundamental do Estado revelam a radical diferença entre o serviço e a estruturação da carreira que desassemelham os cargos organizados em ambas instituições. O policiamento fardado e ostensivo é deferido com exclusividade à Brigada Militar (art. 117), bem assim as tarefas de caráter especializado a que os policiais não têm acesso, tais como: prevenção e combate ao fogo, etc., (parágrafo único do art. 117). Com isso, nuclearmente, os cometimentos da Brigada Militar dizem com aspectos de polícia preventiva enquanto que a polícia civil realiza com elevada dose de especialização as atividades afincadas à polícia repressiva (art. 119). Do ponto de vista organizacional as diferenças avultam ainda mais, a desassemelhar ambas as instituições que servem aos serviços de segurança: estrutura-se a Brigada Militar para militarmente de molde a afeiçoar-se aos ditames da Lei Maior da Federação, que, por seu art. 13, § 4º, fá-la FORÇA AUXILIAR, RESERVA DO EXÉRCITO, enquanto a Polícia Civil aproxima-se estatutariamente dos demais servidores civis do Estado. Estas diferenças radicais não podem ser obscurecidas e inviabilizam tecnicamente tratamento paritário porquanto os pressupostos de incidência deste instituto não se verificam "in casu". Em realidade os fatos apontados com a inicial no presente "mandamus" dizem mais com uma pretensa equiparação do que com a paridade.

Portanto, ao dispor sobre vencimentos dos integrantes dos quadros dos funcionários policiais e da Brigada Militar, de forma a não guardar correspondências anteriormente observáveis, a Lei 7.849/83 não violou qualquer preceito paritário, até porque nenhuma legislação anterior, inclusive a que se alude no "mandamus", deduziu norma com este caráter, não sendo lícito isto deduzir de eventuais correspondências de vencimentos, inexistente como se viu a igualdade ontológica dos cargos, como, com acuidade, observou-se no texto adremente citado.

9. Inviável a verificação de vício por inconstitucionalidade da Lei 7.849/83 com assento no "caput" do art. 98 e no parágrafo 1º do art. 153 da Constituição Federal, como espero ter demonstrado, por maiores e mais poderosas razões também o é em relação aos parágrafos 3º e 36 do dispositivo que assegura e garante os direitos individuais.

Os impetrantes forram-se na garantia do direito adquirido a fim de esgrimirem a intangibilidade das correspondências de vencimentos estabelecidas pelas leis anteriores à 7.849/83, a partir da Lei 5.950, de 31 de dezembro de 1969. Querem assim ressaltar uma situação de equiparação que entendem terem incorporado a seu patrimônio jurídico pela continuada percepção de vencimentos ao nível dos postos e graduações dos Quadros da Brigada Militar.

Inobstante, desconsideram em sua peça vestibular determinações essenciais ao desate da causa por este fundamento.

A primeira destas determinações de desate implica a afirmação de que "INEXISTE DIREITO ADQUIRIDO CONTRA A CONSTITUIÇÃO".

HELY LOPES MEIRELLES, ao fixar os principais traços do regime estatutário que junte o funcionário público, por excelência, à Administração, deduz incidentalmente este axioma do direito público, nos seguintes termos:

"... Advertimos porém que inexistente direito adquirido contra a Constituição cujas normas, quando de eficácia plena, passam a regular desde logo a situações por elas abrangidas."

(Cf. aut. e op. cit. p. 384).

Embora possa soar estranhamente a ouvidos desafiados ao direito público, a orientação acima revelada é acompanhada por publicistas de escol desde a primeira Constituição Republicana até a presente data; como demonstra JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, em parecer editado ainda quando Procurador-Geral da República. De João Barbalho e Pontes de Miranda, lista os cultores do direito público que acentuaram a dinâmica deste axioma incluindo entre eles os que trataram do Direito Inter-temporal, para concluir explicitamente:

"Essas assertivas so coadunam com a natureza mesma das coisas. Se se elabora uma norma constitucional que veda situação anteriormente admitida, quer isso dizer que o Poder Constituinte entendeu ser esta vedação exigida pelo interesse comum; e, portanto, aplicável de imediato, salvo disposição expressa em contrário. Por isso os efeitos futuros de fatos passados são atingidos pelo novo preceito constitucional, res-

peitados apenas — exceto se a Constituição expressamente declarar o contrário — os efeitos que ocorreram antes da vigência da nova Constituição.

(Cf. PARECERES do Procurador-Geral, p. 299, 1972/1973 — Brasília).

De passagem sublinhe-se que esta orientação não sofre contraste na jurisprudência da Suprema Corte, que em vários arestos a tem assumido no deslinde de causas em que a garantia do direito adquirido é alegada. No R.E. nº 85.708/PR, o Min. LEITÃO DE ABREU, enfaticamente, consignou em seu voto como relator:

"... Não se desconhece que não há direito adquirido contra a Constituição, que pode, sem peias, desrespeitá-lo."

(Cf. R. T. J., vol. 87, p. 257).

Transpondo para a espécie presente esta orientação, tem-se que, mesmo pressupondo a existência de direito adquirido consolidado anteriormente ao regime da Constituição de 1967, com a edição desta, que trouxe em seu bojo norma vedativa de equiparações de qualquer espécie, o preceito equiparativo não mais poderia vigorar, ficando "ipso facto" derogado em decorrência da imediata aplicação das normas proibitivas constantes de texto constitucional, face à eficácia plena que a estes é reconhecida (Cf. José Afonso da Silva, Aplicabilidade das Normas Constitucionais, p. 93, nº 13).

De outra banda, como segunda determinação, afirma-se que a ninguém é dado desconhecer que os postulantes estão jungidos à Administração pelo regime estatutário cuja característica, de maior realce para a espécie é o poder que lhe é reconhecido de alterar unilateralmente as condições de prestação do serviço e sua contraprestação remuneratória. Tome-se a HELY LOPES MEIRELLES os esclarecimentos necessários. Consigna o administrativista paulista, em sua já citada obra:

"... É por essas razões que, no regime estatutário, o servidor não adquire direito à permanência das condições de serviço, do valor da remuneração, à amplitude dos direitos e dos limites das obrigações estabelecidos no estatuto sob a qual foi investido. No interesse do serviço público, aquelas condições e aquele valor podem ser alterados, ainda que em seu prejuízo pessoal; os seus direitos podem ser restringidos e as suas obrigações ampliadas, sem necessidade de sua aquiescência e sem que possa opor-se às modificações unilaterais da Administração."

(Cf. op. cit. p. 384).

A jurisprudência administrativa e constitucional da mais alta Corte de Justiça deste país, vem, iterativamente, agasalhando este entendimento. Entre outros, por sua elevada adequação à espécie e vinculação aos precedentes, cita-se o voto do Min. CORDEIRO GUERRA, no R. E. 91.577 — GO, publicado na RTJ, vol. 94, p. 896. "Verbis":

"No RE nº 74.777 - SP, RTJ 67/809, lecionou o eminente Ministro Bilac Pinto: — "No Brasil, o regime adotado para a função pública é o estatutário, o que quer dizer que o serviço público, em face da Administração, se encontra numa situação estatutária ou legal. O que caracteriza tal regime é a sua modificabilidade, ou seja, a possibilidade sempre aberta ao legislador de alterar a qualquer momento, de acordo com interesse público, as normas em vigor. Ante tais modificações, não pode o servidor reivindicar, a título de direito adquirido, a manutenção de vantagens concedidas pela legislação anterior. Essa a razão pela qual a doutrina do direito administrativo afirma que o regime estatutário é incompatível com o instituto de direito adquirido."

E depois de adequar a espécie sob julgamento a este modelo, conclui:

"Por esses motivos, não havendo inconstitucionalidade na lei em apreço, incensurável é o ato do ilustre Presidente do Tribunal "a quo". Não conheço, pois, do recurso."

Ainda em atenção ao regime legal que disciplina a prestação de serviço público, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL sumulou orientação, no que respecta a vencimentos, incompatível com os termos da impetração. Conheça-se o conteúdo da SÚMULA a que se alude:

"SÚMULA 27 — Os servidores públicos não têm vencimentos irredutíveis, prerrogativa dos membros do Poder Judiciário e dos que lhe são equiparados."

Donde se deduz, salvo as exceções constitucionais, a inexistência para os servidores estatutários de prerrogativa de irredutibilidade dos vencimentos o que inibe, também por este ângulo, a alegação de ofensa a direito adquirido com reconhecimento de vício de inconstitucionalidade para disposição legislativa que desconheceu situações pretéritas de equivalência de vencimentos deferidas aos autores relativamente aos que se abonavam aos postos e graduações da Brigada Militar.

Aliás, o precedente básico para o estabelecimento desta SÚMULA tem notável pertinência para a espécie. Trata-se dos Embargos no RE 43.315 - SP. Conheça-se a ementa:

"Vencimentos, irredutibilidade só a têm os magistrados. No tocante aos outros funcionários, a lei pode, revogando equiparação, reduzir os vencimentos para o futuro, não quanto ao período anterior a sua vigência."

(Cf. D.J. 21.03.1960, "in" SÚMULAS DO STF, Hugo Mosca, Brasília, 1979).

Terceira determinação de desate está em que, recente aplicação desta Súmula, testificando sua atualidade, demonstra a ampla incidência desta orientação ao coonestar a extinção de benefício, por lei nova, consolidado no patrimônio de funcionário aposentado anteriormente a sua vigência. Veja-se a ementa:

"EMENTA — Servidor policial militar reformado.

1) Benefício que é extinto por lei, em virtude de mutabilidade unilateral das relações estatutárias.

2) Inexistência de ofensa a direito adquirido. Aplicação da Súmula n.º 27

3) Recurso Extraordinário conhecido e provido.

(Cf. R.E. 74.335 - Pl. Rel. Min. Barros Monteiro, D.J. 20.11.74, "in" op. cit.).

Aliás, no sentido de inexistir direito adquirido ao regime jurídico observado quando da implantação dos proventos, a jurisprudência do STF tem se mantido uniforme como se vê do voto do eminente Min. MOREIRA ALVES proferido quando do julgamento do RE 89.516, no qual o PLENO daquela Corte ratificou posições editadas por decisões transatas. "Verbis":

Ora, como bem salientou o relator dos presentes embargos — o eminente Ministro Cordeiro Guerra —, esta Corte (e sua jurisprudência é, de há muito, firme nesse sentido) tem entendido que o servidor público, ao aposentar-se ou reformar-se, tem direito a ver os seus proventos calculados em conformidade com a legislação vigente ao tempo em que preencheu os requisitos necessários para requerer a aposentadoria voluntária ou a reforma, mas não tem direito adquirido ao regime jurídico que foi observado para o cálculo do montante dos proventos quando da aposentadoria, o que implica dizer que, mantido esse montante, tal regime pode ser modificado pela legislação posterior, sem ofensa a direito adquirido. Esse o sentido da Súmula n.º 359."

(Cf. RTJ, vol. 94/767, o excerto está na pág. 773).

Observe-se que esta manifestação vem na esteira de outras tantas que sujeitam a revisão dos proventos na inatividade à lei do tempo em que é efetivada, afastando a possibilidade de ser argüido o direito adquirido para fazer prevalecer, a esse respeito, a legislação contemporânea à inativação.

Expressivo desta orientação do Supremo Tribunal Federal é o voto proferido pelo eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, prolatado no RE 77.405 - RJ, o qual se transcreve parcialmente, na seguinte passagem:

"Legítima que fosse, porém, como sustento, a dita norma, o certo é que a derrogou, quando menos, o art. 8.º do DL 179/69, ao conceder aos inativos aumento inferior ao que concedeu aos ativos. Atuou o legislador, portanto, segundo a linha do meu pensamento a respeito do problema, no plano da livre ponderação das razões de conveniência que lhe cumpre atender.

A essa consequência opôs o acórdão recorrido, como se percebe, o escudo do direito adquirido. Considerou, em outras palavras que, se os recorridos se haviam aposentado ao tempo em que vigia a regra da igualação dos proventos aos vencimentos, tal regra haveria de acompanhar-lhes sempre a revisão dos proventos, ainda que lei posterior dispusesse contrariamente.

NESSE PONTO, QUE É FUNDAMENTAL, NO ACORDÃO RECORRIDO, É PATENTE Haver ele dissentido da jurisprudência invariável do Supremo Tribunal, da qual alguns exemplos são indicados no recurso. Firmou ela, com efeito, a salvo de qualquer hesitação, que a revisão dos proventos da aposentadoria obedece à lei do tempo em que é efetivada, e não àquela que porventura vigia no momento da aposentação."

(Cf. RTJ, vol. 69, pág. 556, o fragmento citado está na página 558).

Assim, o regime legal que junte o funcionário público, estrito senso, à Administração impede que, no respeitante a vencimentos, se possa argüir a inconstitucionalidade de legislação posterior atributiva de menores vencimentos ou proventos com assento na garantia do direito adquirido, salvo àqueles abrangidos pelas exceções constitucionais.

Por fim, ainda em referência ao alegado malferrimento dos direitos individuais dos impetrantes ressalvados pelas regras constitucionais constantes dos parágrafos 3º e 36 do art. 153 da Constituição Federal, é de acrescentar que, advertida a existência de vedação constitucional de equiparações ou vinculações de qualquer espécie, constante do parágrafo único do art. 98 da Carta Política Federal, não pode ser admitida a alegação de direito adquirido para sustentá-las após a edição do preceito proibitivo, como fixou, ainda recentemente, jurisprudência originária do STF.

"A jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que as vinculações ou equiparações (inclusive entre aposentados e funcionário da ativa) estabelecidas em leis anteriores à vedação contida no parágrafo único do art. 98 da Constituição Federal não constituem direito adquirido mesmo para os funcionários aposentados antes da proibição, uma vez que inexistente direito adquirido a regime jurídico. A proibição constitucional aplica-se, pois, a tais servidores a partir de sua entrada em vigor, o que implica dizer que, desde então, não há mais que se proceder a equiparações futuras, com base na legislação ordinária anterior que a estabelecia como regra geral.

(Cf. Voto do Min. MOREIRA ALVES no RE n.º 92.566 - RJ, "in" RTJ, vol. 98, pág. 881, excerto do voto na pág. 884/885).

Assim, por qualquer ângulo que se examine a lei adversada pelo presente "mandamus", com atenção ao regramento constitucional aludido na peça vestibular, não se adverte vício algum de inconstitucionalidade que possa retirar-lhe a eficácia por declaração de sua incompatibilidade com os ditames maiores da Carta Política Federal. Dessume-se, também, do exame realizado que a aplicação da Lei 7.849, de 14 de dezembro de 1983, não entra às testilhas com o sistema da Lei Maior, por isso que não ofende, outrossim, a regra genérica constante do parágrafo 36 do artigo 153 da Constituição Federal, lançada a esmo na inicial.

Portanto, conclui-se, sem esforço, que (1) não padecendo a Lei 7.849, de 14 de dezembro de 1983, de vício de inconstitucionalidade, como parece-me ter sido demonstrado ao longo das presentes razões, e (2) sendo, por igual, indiscutível que os impetrantes são destinatários do regramento por ela estabelecido, afigura-se-me de rigorosa legalidade da atuação administrativa da autoridade a quem está afeta a execução da Lei em questão, razão esta maior de improvemento da medida impetrada.

Colho a oportunidade para manifestar-lhe o meu especial apreço e distinta consideração.

FERROVIÁRIOS: ESTADO VENCE NO STF

CAIO MARTINS LEAL
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Questões constitucionais e federais relevantes. Divergência com a súmula 38 do STF.

1. Impossibilidade de prever-se, em lei ou tratado, seja o quanto das vantagens pecuniárias dos funcionários estabelecido com base em remuneração não prevista em lei, mas fixada por entidade outra que não a do servidor, maxime quando a outra é... entidade privada (!). Violação do princípio segundo o qual as vantagens pecuniárias dos funcionários devem ser fixadas (= quantificadas em cruzeiros) em lei da entidade a que pertencem e do que veda a delegação de poderes (CF, art. 6º, parágrafo único, art. 65, comb. c/art. 13, I e V).

2. Impossibilidade de, à míngua de lei, estender-se a funcionários inativos reclassificação posterior à aposentadoria, maxime quando tal reclassificação... sequer resultou de lei da entidade a que pertence o inativo, mas de ato de diretoria de empresa privada dirigido aos empregados dessa (!!). Divergência com a Súmula 38 do STF e, ainda aqui, ofensa aos arts. 6º, parágrafo único, e 65, comb. c/art. 13, I e V, da Constituição Federal.

3. Impossibilidade de reconhecer-se, após a Carta de 1967, equiparação de proventos da inatividade à remuneração da atividade (CF/1967, art. 96, e EC n.º 1/69, art. 98, parágrafo único, comb. c/art. 13, IV).

4. A inicial deve expor, com clareza e precisão, os fatos fundantes da demanda "causa petendi" (CPC, art. 232, III). Ora, tratando-se o pedido de diferença de proventos a que só se faz jus se o benefício previdenciário for inferior à remuneração da atividade, os fatos fundantes da demanda são os termos (= valores) de que se pretende extrair a diferença, que, assim, devem vir claramente expostos, maxime quando, como no caso, um deles (remuneração paga pela RFFSA a seus empregados)... sequer é fixado pelo Estado.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos da apelação cível n.º 40.718, em que figura como Apelante e reciprocamente Apelado juntamente com N.R.F. e OUTROS, vem perante Vossa Excelência, muito respeitosamente, por seu representante judicial firmatário, interpor RECURSO EXTRAORDINÁRIO contra o venerando acórdão de fls. 1271 a 1289, que negou provimento à apelação, em razão dos fatos e fundamentos abaixo expostos.

a) Dos fatos e da decisão recorrida

1. Trata-se o presente feito — um entre *multísimos*, de repercussão ainda inavaliável de todo — de ação em que os Autores, ora Recorridos, funcionários públicos estaduais ferroviários apunhados pela inativação previdenciária quando se encontravam cedidos à Rede Ferroviária Federal S/A, a revisão dos proventos de suas aposentadorias mediante (a) sua integração no Plano de Classi-

A Procuradoria-Geral do Estado vem sustentando de longa data, embora sem o acolhimento da Justiça local, não responder o Estado por vantagens dos servidores ferroviários cujo quanto não tenha sido fixado na lei estadual. Agora, modificando a orientação local, o Supremo Tribunal Federal acolheu integralmente, à unanimidade, a tese do Estado, dando provimento aos RR EE n.ºs 99.976 e 95.796, Rel. Min. SOARES MUÑOZ, e 97.333, Rel. Min. ALFREDO BUZARD, todos da 1ª Turma, e aos RR EE 94.911, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, 100.764 e 101.211, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, 101.363, Rel. Min. MOREIRA ALVES, e 99.380, Rel. Min. DÉCIO MIRANDA, esses da 2ª Turma. Pela repercussão do fato, que praticamente determinará o desaparecimento de todos os litígios entre Estado e ferroviários acerca do Acordo de Reversão, publicamos a petição de interposição e respectivas razões no RE 99.976, bem como o acórdão, da 1ª Turma, nele proferido e o acórdão, da 2ª Turma, proferido no RE 94.911.

ficação de Cargos adotado pela Rede Ferroviária Federal S/A através da Resolução da Diretoria 71/76 daquela Sociedade (inicial, inciso II, "a" fls. 12 a 24), (b) a incorporação aos proventos de alguns autores de funções gratificadas e cargos em comissão que teriam exercido na RFFSA (inicial, inciso II, "b", fls. 24-5) e, por fim, (c) cálculo e pagamento de suas gratificações adicionais de 15 e 25% com base na remuneração, maior, por eles percebida da Rede quando ali se encontravam em atividade e não nos vencimentos e vantagens, menores, a que faziam jus do Estado segundo a lei estadual às datas de suas aposentações.

Invocam, em suma, o Acordo de Reversão União-Estado-Rede e, principalmente, a Lei estadual n.º 3096/56, que prevê a equiparação dos proventos da inatividade à remuneração da atividade.

2. O Estado, ora Recorrente, contestou a demanda, alegando, em suma (a) que, preliminarmente, a inicial merecia completada, eis que nela não se expunham com clareza os fatos fundantes da demanda ("causa petendi") impossibilitando uma boa defesa, (b) que os Autores nunca teriam feito jus à vantagem do art. 189 da Lei n.º 2.061/53, visto como os estípendios (vencimentos e vantagens) a ele deferidos pela lei estadual das épocas das inativações eram inferiores aos valores das aposentadorias previdenciárias, (c) que o Acordo de Reversão não atribuía aos funcionários estaduais cedidos (como eram os Autores) direito contra o Estado a que a vantagem do art. 189 da Lei n.º 2.061/53 fosse calculada tomando por base a remuneração maior, fixada e paga pela Rede e não os estípendios, menores, previstos na lei estadual, (d) que, ademais, se assim tivesse disposto o Ajuste, seria ele inconstitucional, como tal devendo ser declarado, pois, então, o Estado não mais teria feito que, por ele, delegar à Rede sua competência privativa — exercível, de resto, mediante lei — de fixar o quanto das vantagens pecuniárias de seus funcionários, (e) que a equiparação consagrada pela Lei n.º 3.096/56 (de inativos e ativos), invocada pelos Autores, não mais podia subsistir em face do parágrafo único do art. 98 da Constituição Federal vigente, repetição, aliás, do art. 96 da Carta de 1967, e, por fim, (f) que, quando tudo o mais não fosse, sendo os AA. inativos, a reclassificação do Plano de Classificação de Cargos (da Rede) a eles não se dirigia, pelo que a pretensão encontraria óbice inclusive na Súmula 38 do STF (cf. contestação, fls.).

Restou incontroverso nos autos que as vantagens a que os AA. faziam jus do Estado, segundo a legislação estadual das datas das inativações (note-se não da época do Acordo de Reversão, que previa vantagens menores), eram inferiores aos valores de suas aposentadorias previdenciárias.

3. Julgada procedente a demanda (fls. 1186-1201), o Estado apelou, pleiteando a nulidade do processo (fls. 1215 a 1217) ou a improcedência da ação (fls. 1218 a 1228).

4. O venerando aresto recorrido, rejeitando as preliminares de nulidade, negou provimento à apelação (fls. 1271 a 1289), rejeitando-se, outrossim, embargos de declaração opostos para fins das Súmulas 282 e 356 do STF (cf. emb. decl. fls. 1291 a 1292, e ac. emb. decl., fls. 1297-9).

5. "Data venia", no entanto, em assim fazendo, o aresto (a) deu ao Acordo de Reversão uma interpretação que o põe em conflito com a Constituição Federal, mais especialmente com as regras que vedam a delegação de poderes e estabelecem deva o "quantum" das vantagens pecuniárias dos funcionários (no caso a diferença a que alude o art. 189 da Lei n.º 2.061/53) ser previsto em lei da entidade a que pertencem (CF, arts. 6º, parágrafo único, e 65), (b) admitiu equiparação de proventos da inatividade à remuneração da atividade, o que é vedado pelo parágrafo único do art. 98 da Constituição Federal, (c) negou vigência a vários dispositivos da lei processual civil (d) deu por válidos atos do governo local (Acordo de Reversão e Lei 3.096/56) contestados face à Carta Federal, (e), divergiu da Súmula 38 do STF e (f) dissentiu, na interpretação de tais temas, da orientação de outros tribunais do País, especialmente o Supremo Tribunal Federal.

6. Cabível, pois, contra o aresto, recurso extraordinário (CF, artigo 119, III, "a", "c" e "d").

b) Do cabimento pela letra "a"

b.a) Da violação ao princípio da fixação em lei do quanto das vantagens pecuniárias dos funcionários e ao que veda a delegação de poderes (CF, artigo 6º, parágrafo único, e artigo 65)

7. Entendeu o venerando acórdão, em face do Acordo de Reversão, que para os funcionários cedidos à Rede, como são os Autores, a vantagem do artigo 189 da Lei n.º 2.061/53 (diferença entre os vencimentos da atividade e a aposentadoria previdenciária), deve ser calculada tomando por base a remuneração, maior, fixada e paga pela Rede aos seus empregados (e inclusive, enquanto em atividade, aos Autores), e não nas vantagens, menores, previstas na lei estadual.

8. "Data venia", no entanto, com isso, deu ao Acordo uma interpretação que o põe em conflito com a Constituição Federal, violando, ele mesmo a mencionada Carta.

9. Isto porque, então, mediante o Convênio, o Estado não mais teria feito do que delegar à RFFSA sua competência privativa — exercível, de resto, mediante lei e, mais, agora, mediante

lei de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo — de fixar o "quantum" de vantagens de seus funcionários (como eram e são os Autores), no caso a diferença a que alude o artigo 189 da Lei n.º 2.061/53. A diferença de proventos, calculada sobre a remuneração estabelecida pela Rede, seria, então, na verdade, fixada pela RFFSA (entidade privada), em flagrante afronta aos princípios constitucionais citados, que estão contidos no artigo 6.º, parágrafo único, e artigo 65 da Carta Federal e são aplicáveis aos Estados-membros por força do artigo 13, I e V daquela Carta.

10. Cumpre, porém, precisar a colocação; o Recorrente não sustenta a inconstitucionalidade do Acordo; mas não sustenta exatamente porque entende que ele é fonte de obrigações apenas para e entre as partes convenientes (Rede, União e Estado) e, como tal, não cria para os funcionários estaduais cedidos direito a haver do Estado vantagens cujo "quantum" não tenha sido fixado em lei estadual. Se tal tivesse feito — e assim entendeu o acórdão recorrido, donde o cabimento de recurso também pela letra "c" do permissivo constitucional —, a inconstitucionalidade resumiria, fosse ele simples tratado, lei ou, até, norma constitucional estadual, pois nenhuma regra pode sobrepor-se às normas cogentes da Constituição Federal.

Daí porque, também, não ter qualquer significado o fato, que muitos pretendem lhe tenha dado força de lei estadual (o que é discutibilíssimo!), de ter sido o Acordo aprovado por ato da Assembléia Legislativa, pois, repita-se ainda uma vez, norma constitucional estadual que fosse, não poderia ele dispor como entendeu o aresto, ou seja, outorgar vantagens cujo "quantum" não seja fixado em lei estadual.

De outra parte, e em razão mesmo do exposto, cabe também fixar: o Recorrente não sustenta não possa pagar aos ferroviários diferença do proventos superior à resultante da aplicação dos padrões fixados em lei estadual. Poderá fazê-lo, uma vez que isso decorra da legislação federal, pois a tanto se obrigou, perante a União, mediante o Acordo. Ao fazê-lo, no entanto, o faz — e aqui o ponto fundamental — como obrigado perante a União e não perante os servidores, que, esses, repita-se, sob pena de violarem-se os princípios constitucionais citados, não podem adquirir contra o Estado vantagens cujo "quantum" não tenha sido fixado em lei estadual. Só a União, como credora do Estado pelo Acordo, poderia exigir tal pagamento. Não os servidores, que, note-se, não "tertius" em relação ao Ajuste. Em suma: ao pagar além do padrão estadual, o Estado age em nome e por conta de terceiro. Como mandatário ou a esse equiparado.

11. Na verdade, não parece admissível, no nosso sistema constitucional, onde se exige que o "quantum" das vantagens pecuniárias dos funcionários seja fixado em lei, onde se reconhece competência privativa às entidades jurídico-políticas para legislar sobre o seu direito administrativo, onde se veda expressamente a delegação de competência e, principalmente, onde se garante, imune a emendas, o princípio federativo, que, como tal, é indispensável inclusive para as unidades federadas, não parece admissível, num tal sistema constitucional, possa o Estado responder por vantagens pecuniárias de seus funcionários cujo "quantum" tenha sido fixado não em lei estadual, mas em ato de ... outrem (Rede, União, etc.), absolutamente estranho ao Estado.

Mais do que inconstitucional, isso gera situações de flagrante injustiça. Principalmente para os funcionários não cedidos ou devolvidos (o Acordo prevê também a devolução), que, prestando serviço no e para o Estado (serviço estadual "stricto sensu"), e com as mesmas qualificações funcionais dos cedidos, vêm-se colocados face ao Estado em posição pecuniária inferior, aquinhoados que foram aqueles, sem lei (!), sem ponderação orçamentária (!), sem aferição das possibilidades do erário estadual (!), por uma remuneração fixada por outrem (Rede, União, etc.) e, como é óbvio, e tanto mais grave, em função das disponibilidades do orçamento desse outrem (!).

Não se nega que os ferroviários possam fazer jus aos mesmos direitos de que gozam os demais servidores da REDE, principalmente em face da Lei n.º 3887/61. Mas tais direitos só poderão ser exigíveis... contra quem os outorgou (Rede, União, etc.) e não, nunca, à míngua de lei estadual, contra o Estado. Aliás, a própria Justiça do Trabalho vem reconhecendo esta superposição de vantagens, deferindo aos funcionários cedidos, contra a Rede, verbas tipicamente trabalhistas (13.º salários, etc.).

12. Que fez, no entanto, o acórdão recorrido?

A rigor não só determinou que as vantagens dos Autores (gratificações adicionais, etc.) fossem calculadas com base na remuneração fixada e paga pela RFFSA aos seus empregados (!?) como condenou o Estado a reenquadriá-los no Quadro de Pessoal ... daquela empresa!! (sic).

Mas, então, resta a pergunta: tendo editado a Lei n.º 7.412, de 1.º de junho de 1981 (fls. 1229-30), específica de reenquadramento dos funcionários ferroviários estaduais, a que norma o Estado deve obedecer? À sua? Pelo acórdão, não, mas, isto sim, à emergente da ... Diretoria da RFFSA, que editou o PCC (!?).

"Data venia", parece ao Apelante, a Federação não se deteriorou tanto, a ponto de tornar possível submeter um Estado-membro (será que o acórdão como tal ainda considera o Estado do Rio Grande do Sul?), no pagamento de vantagens de seus funcionários, a deliberações de ... empresas privadas!

13. Porém, quando isso não fosse, é evidente a inaplicabilidade do PCC aos Autores, inativos quando de seu advento.

Em primeiro porque, nos termos da Súmula 38 do Supremo Tribunal Federal, "reclassificação posterior à aposentadoria não aproveita ao servidor aposentado".

Em segundo porque, de fato, o Plano de Classificação de Cargos da RFFSA não se dirigia aos inativos, pois o acesso a ele dependia inclusive de testes seletivos, que, por razões óbvias, não poderiam ser prestados pelos inativos. O laudo de fls., conforme se pode verificar, reconheceu explicitamente que o acesso ao PCC dava-se por via de testes seletivos. Ora, se assim foi, é óbvio que, ao contrário do afirmado, não importou ele na extinção automática do Quadro anterior, PSCC. Onde ficariam e ficariam os reprovados nos testes? Evidente: nos cargos que ocupavam no PSCC!

b.b.) Violação do artigo 38, parágrafo único, da Constituição Federal

14. O venerando acórdão recorrido, para deferir o pedido dos A.A., aplicou o artigo 1.º da Lei n.º 3.096/56 (Lei Peracchi), que assim dispõe (ou, segundo a colocação do Recorrente, dispõe), "verbis":

"Os servidores civis e militares do Estado, quando em inatividade, por aposentadoria, reserva ou reforma, perceberão, sempre, proventos iguais aos vencimentos que, em qualquer época, venham a perceber os servidores em atividade, da mesma categoria, posto ou graduação, respeitada a proporcionalidade do tempo de serviço".

15. Ora, ao assim fazer, parece claro que o aresto violou o artigo 98, parágrafo único, da Carta Constitucional vigente, pois admitiu equiparação vedada por aquele dispositivo, que, aliás, é repetição do artigo 96 da Constituição de 1967.

16. Na verdade, o que passou a exigir-se a partir de 1967 é que, no tocante à remuneração, para cada categoria de pessoal do serviço público haja provimento legislativo específico, evitando-se repercussões não visadas e forçando-se o legislador a deter-se no exame das remunerações que defere.

Ora, é negável que, inobstante não se desvincule do serviço público, o servidor que se aposenta sofre uma tal modificação na sua relação com a Administração (v.g.: cessação dos deveres de comparecimento ao serviço e desempenho das atribuições, afastamento do cargo, que inclusive deixa de titular, etc.) que é de ser considerado como integrante de outra categoria, a dos inativos, que não aquela por ele integrada quando em atividade (cf. s/as modificações operadas pela aposentadoria, ALMIRO DO COUTO E SILVA, "Atos de Direito Administrativo Praticados Por Particulares e Direitos Formativos", "in" Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do RGS, vol. 9, págs. 27-8).

17. Nem se alegue, de outra parte, a existência de direito adquirido à equiparação, pois, como se sabe, os direitos adquiridos — e já é muito discutível, tendo em vista a natureza estatutária da relação de função pública, que se adquira direito a equiparações de remuneração — os direitos adquiridos não podem subsistir contra a Constituição, que corta, cerce, tudo o que contra ela se põe.

b.c.) Da divergência com a súmula 38 do STF

18. Mas não só. Como já se disse, decidindo como decidiu, o aresto recorrido entrou em "manifestação divergência" com a Súmula 38 do STF, pois, à míngua de lei, estendeu aos Recorridos, inativos, o Plano de Classificação de Cargos da Rede Ferroviária Federal S/A, que, à toda evidência, trata-se de reclassificação — e não simples "redenominação" — de cargos tanto que o acesso a ele dependia de testes seletivos e nem todos os servidores nele foram reenquadrados, conforme se pode verificar nos autos.

19. Caracterizada, pois, mais esta hipótese de exclusão da admissibilidade do apelo extremo (RISTF, artigo 325).

b.d.) Da negativa de vigência ao artigo 282, III e IV, do CPC

20. O aresto recorrido rejeitou as preliminares de falta de requisitos da inicial, entendendo-a não-inepta (a preliminar, no entanto, não era de ineptia!), mas clara e bem deduzida.

21. "Data venia", assim fazendo negou vigência ao artigo 282, III, do CPC, visto como na peça de abertura não se indicaram com precisão os fatos fundantes da demanda.

22. Com efeito, inobstante fazendo referência à vantagem do artigo 189 da Lei n.º 2.061/53, que é direito à diferença entre os estípedios da atividade e a aposentadoria previdenciária, a inicial

não indicava os valores da remuneração-paradigma e dos benefícios previdenciários, que, como é óbvio, se constituem fatos fundantes da demanda (porque só se houvesse diferença haveria o direito) e, como tais, não poderiam ter sua alegação e prova relegados para a liquidação.

Note-se: a remuneração — paradigma é fixada por ato da RFFSA, que, é óbvio, o Recorrente não tem obrigação de conhecer!

23. Assim, como se vê, parece claro que a inicial não reunia os requisitos do artigo 282, III, do CPC, impossibilitando ao Estado, ora Recorrente, a boa formulação da defesa, pelo que, se não houvesse de decidir o mérito a favor do Recorrente, impunha-se a decretação da nulidade do processo, determinando-se a complementação e, após, a reabertura do prazo para a contestação (cf. artigo 284, CPC).

b.c.a) Da relevância da questão federal

24. À precisão na exposição dos fatos, imposta pelo artigo 282, do Código de Processo Civil, é questão de suma relevância, pois diz com a própria garantia constitucional do contraditório no processo.

25. Como admitir-se uma inicial que não fornece a outra parte os elementos suficientes para bem deduzir sua defesa? Que não lhe permite pronunciar-se concretamente sobre o pedido porque, pedindo diferença, sequer indica os termos de que a diferença deva extrair-se? E, repita-se sempre tais termos... não são fixados pelo Recorrente!

26. Assim, o Recorrente argüi a relevância da matéria nos termos e para os efeitos dos artigos 325 e 328 do RISTF, pois, no ponto, o recurso encontraria o óbice do inciso IV, "d", daquele primeiro dispositivo regimental.

c) Do cabimento pela letra "c"

27. O venerando aresto recorrido, conforme foi demonstrado acima, deu ao Acordo de Reversão União-Estado-Rede uma interpretação que o põe em conflito com a Constituição Federal, pois, segundo a exegese do acórdão, mediante o Ajuste, o Estado teria (a) admitido a existência de vantagens de funcionários seus cujo "quantum" não houvesse de ser fixado em lei e (b) delegado à Rede Ferroviária Federal S/A sua competência privativa para fixar aquele "quantum".

28. Ora, se se entender que o Acordo deve ser interpretado assim (o Recorrente, "data venia", tendo em vista o princípio de que a interpretação não deve conduzir à inconstitucionalidade, entende que não, que o Ajuste deve ser interpretado como criador de direitos e obrigações apenas entre as partes convenientes), então é certo que se trata de "ato de governo local contestado em face da Constituição" (o Estado não poderia admitir vantagens cujo "quantum" não houvesse de ser fixado em lei estadual, nem delegar poderes para fixar aquele "quantum"), pelo que, tendo julgado o válido, o venerando aresto é passível de recurso extraordinário também pela letra "c" do permissivo constitucional.

29. De outra parte o cabimento do recurso por essa alínea tem também suporte no fato de ter-se aplicado, julgando-a válida, a Lei estadual n.º 3.096/56, que equipara os proventos da inatividade à remuneração da atividade, contestada em face do parágrafo único do artigo 98 da Constituição Federal, que veda "vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público".

d) Do cabimento pela letra "d"

30. Mas, cabível pelas letras "a" e "c", o apelo extraordinário tem cabimento também pela alínea "d" do inciso III do artigo 119 da Constituição Federal.

31. Com efeito, ao aplicar o artigo 1.º da Lei n.º 3.096/56, entendendo subsistente a equiparação ali consubstanciada, o aresto recorrido divergiu, de modo flagrante, da jurisprudência dos demais tribunais do País, especialmente o Supremo Tribunal Federal, que, em virtude do parágrafo único do artigo 98 da Carta Federal, não a admitem.

32. Eis, com efeito, as decisões:

"Toda a questão se resume em saber se continua em vigor o preceito do artigo 1.º da Lei estadual n.º 2.474, de 3 de novembro de 1961, assim concebido: "A revisão dos proventos aposentados do Estado de Minas Gerais se processa pela presente lei, ficando permanentemente equiparados e iguais aos da atividade do cargo ou função correspondente ao em que se deu a aposentadoria" (grifo do acórdão). (...) Assim, tenho que nada impede ao Estado de Minas Gerais aumentar, por lei especial ou geral, os proventos dos inativos, na mesma proporção dos vencimentos dos servidores em atividade, porém, não aceito a subsistência de uma equiparação automática e permanente por lei ordinária incompatível com os preceitos constitucionais federais, quan-

do o texto constitucional estadual, por conter o mesmo princípio, foi declarado insubsistente, por inconstitucional." (RE 78.429, MG, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA, "in" R. T. J. 81/783-5).

E, no mesmo sentido, o RE 67.175, ES, (R. T. J. 70/365), RE 79.694, ES (R. T. J. 75/853), A Rp 861, MG (R. T. J. 63/592), a Rp 754, GB (R. T. J. 50/218), a Rp 755, RJ (R. T. J. 52/501) e muitos outros.

33. Assim, como se vê, está manifestamente comprovado o dissídio: enquanto as decisões supra-referidas repelem equiparação do tipo da consubstanciada na Lei n.º 3.096/56 (de inativos e ativos), o aresto recorrido considera válida a equiparação, aplicando a lei local.

d.a.) Da relevância da questão federal

34. O tema da equiparação de remuneração no serviço público tem, indiscutivelmente, grande relevância, que, como é evidente, transcende os lindes da presente demanda e qualifica-se como suficiente para fundar o recurso extraordinário.

35. A inovação, certa ou errada, introduzida pela Constituição de 1967 (artigo 96) e reiterada na Emenda n.º 1/69 (artigo 98, parágrafo único) tem gravíssima repercussão, e, não se pode afastá-la sem negar um dos princípios básicos do direito administrativo vigente. Pretende-se que, em qualquer remuneração que defira, o legislador não se veja surpreendido com o deferimento de uma outra, a equiparada, que não quis outorgar.

36. Daí, pois, a relevância da questão federal, que, também neste ponto, é argüida pelo Recorrente nos termos e para os efeitos dos artigos 325 e 328 do RISTF, pois, aqui, também, para seu conhecimento pela alínea "d", o recurso encontraria o óbice regimental referido.

37. Desta forma, como se vê, exuberantemente demonstrados estão os pressupostos de admissibilidade do recurso extremo (CF, artigo 119, III, "a", "c", "d", e RISTF artigo 325, "caput", e artigo 328).

ISTO POSTO, REQUER se digne Vossa Excelência ADMITIR o presente recurso, abrindo-se vista às partes para as razões, e DETERMINAR o PROCESSAMENTO DA ARGÜIÇÃO DA RELEVÂNCIA, na forma e para os efeitos dos artigos 325, "caput", e 328 do RISTF; havendo por bem o Egrégio Tribunal Federal conhecê-lo e dar-lhe provimento para o efeito de julgar a ação integralmente improcedente com as cominações legais.

REQUER, outrossim, o traslado para o instrumento das seguintes peças:

1. Inicial, fls. 2-28.
 2. Contestação, fls. 266-272.
 3. Agravo retido, fls. 592-95.
 4. Sentença primeiro grau, fls. 1.186-1.201.
 5. Apelação, fls. 1.213-1.228.
 6. Relatório, fls. 1.264-66.
 7. Acórdão recorrido, fls. 1.271-1.289.
 8. Certidão da publicação do acórdão recorrido, fls. 1.290.
 9. Petição de emb. decl., fls. 1.291-1.293.
 10. Ac. emb. decl., fls. 1.297-99.
 11. Certidão publ. ac. emb. decl., fls. 1.300.
 12. Petição recurso extraordinário.
- Nestes termos pede deferimento.

PORTO ALEGRE, 25 de agosto de 1982.

CAIO MARTINS LEAL
PROCURADOR DO ESTADO

RAZÕES DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº

RECORRENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDOS: N.R.F. e OUTROS

OBJETO: RAZÕES DO RECURSO

Pelo Recorrente
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EGRÉGIA TURMA:

1. Trata-se no presente feito — um entre *multissimos*, de repercussão ainda inavaliável de todo — de ação em que os Autores, ora Recorridos, funcionários públicos estaduais ferroviários apanhados pela inativação previdenciária quando se encontravam cedidos à Rede Ferroviária Federal S/A, a revisão dos proventos de suas aposentadorias mediante (a) sua integração no Plano de Classificação de Cargos adotado pela Rede Ferroviária Federal S/A através da Resolução da Diretoria 71/76 daquela Sociedade (inicial, inciso II, "a", fls. 12 a 24), (b) a incorporação aos proventos de alguns autores de funções gratificadas e cargos em comissão que teriam exercido na RFFSA (inicial, inciso II, "b", fls. 24-5) e, por fim, (c) cálculo e pagamento de suas gratificações adicionais de 15 e 25% com base na remuneração, maior, por eles percebida da Rede quando ali se encontravam em atividade e não nos vencimentos e vantagens, menores, a que faziam jus do Estado segundo a lei estadual às datas de suas aposentações.

Invocam, em suma, o Acordo de Reversão União-Estado-Rede e, principalmente, a Lei estadual nº 3.096/56, que prevê a equiparação dos proventos da inatividade à remuneração da atividade.

2. O Estado, ora Recorrente, contestou a demanda, alegando, em suma (a) que, preliminarmente, a inicial merecia completada, eis que nela não se expunham com clareza os fatos fundantes da demanda ("causa petendi") impossibilitando uma boa defesa, (b) que os Autores nunca teriam feito jus à vantagem do artigo 189 da Lei nº 2.061/53, visto como os estipêndios (vencimentos e vantagens) a ele deferidos pela Lei estadual das épocas das inativações eram inferiores aos valores das aposentadorias previdenciárias, (c) que o Acordo de Reversão não atribuía aos funcionários estaduais cedidos (como eram os Autores) direito contra o Estado a que a vantagem do artigo 189 da Lei nº 2.061/53 fosse calculada tomando por base a remuneração maior, fixada e paga pela Rede e não os estipêndios, menores, previstos na lei estadual, (d) que, ademais, se assim tivesse disposto o Ajuste, seria ele *inconstitucional*, como tal devendo ser declarado, pois, então, o Estado não mais teria feito que, por ele, delegar à Rede sua competência privativa — exercível, de resto, mediante lei — de fixar o quanto das vantagens pecuniárias de seus funcionários, (e) que a equiparação consagrada pela Lei nº 3.096/56 (de inativos e ativos), invocada pelos Autores, não mais podia subsistir em face do parágrafo único do artigo 98 da Constituição Federal vigente, repetição, aliás, do artigo 96 da Carta de 1967, e, por fim, (f) que, quando tudo o mais não fosse, sendo os Autores inativos, a reclassificação do Plano de Classificação de Cargos (da Rede!) a eles não se dirigia, pelo que a pretensão encontraria óbice inclusive na Súmula 38 do STF (cf. contestação, fls.).

Restou incontroverso nos autos que as vantagens a que os Autores faziam jus do Estado, segundo a legislação estadual das datas das inativações (note-se não da época do Acordo de Reversão, que previa vantagens menores), eram inferiores aos valores de suas aposentadorias previdenciárias.

3. Julgada procedente a demanda (fls. 1186-1201), o Estado apelou, pleiteando a nulidade do processo (fls. 1215 a 1217) ou a improcedência da ação (fls. 1218 a 1228).

4. O venerando aresto recorrido, rejeitando as preliminares de nulidade, negou provimento à apelação (fls. 1271 a 1289), rejeitando-se, outrossim, embargos de declaração opostos para fins das Súmulas 282 e 356 do STF (cf. emb. decl., fls. 1291 a 1292, e ac. emb. decl., fls. 1297-9).

5. "Data venia", no entanto, tendo o aresto (a) dado ao Acordo de Reversão uma interpretação que o põe em conflito com a Constituição Federal, mais especialmente com as regras que vedam a delegação de poderes e estabelecem deva o "quantum" das vantagens pecuniárias dos funcionários (no caso a diferença a que alude o artigo 189 da Lei nº 2.061/53) ser previsto em lei da entidade a que pertencem (CF, artigo 6º, parágrafo único, e 65), (b) admitido equiparação de proventos da inatividade à remuneração da atividade, o que é vedado pelo parágrafo único do artigo 98 da Constituição Federal, (c) negado vigência a vários dispositivos da lei processual civil (d) dado por válidos atos

do governo, local (Acordo de Reversão e Lei nº 3.096/56) contestados face à Carta Federal, (e) divergido da Súmula 38 do STF e (f) dissentedo da interpretação de tais temas, da orientação de outros tribunais do País, especialmente o Supremo Tribunal Federal, o Recorrente interpôs o presente Recurso extraordinário com base nas alíneas "a", "c" e "d" do inciso III do artigo 119 da Constituição Federal.

6. O recurso, interposto contra o aresto com fulcro nas alíneas "a", "c" e "d" do inciso III do artigo 119 da Constituição Federal (fls. 178-93), foi admitido apenas pela letra "c" (cf. despacho, item III, fls. 1368), o que, no entanto, não impede seu conhecimento pelas demais hipóteses em que se fundou (Súmula 292).

7. Para não alongar demasiadamente estas razões, e tendo em vista que a matéria foi exaustivamente examinada na petição de recurso extraordinário (fls. 1.301-23), permite-se o Recorrente aqui apenas desenvolver alguns pontos relevantes do apelo, cuja altíssima significação, no entanto, faz-se questão de deixar bem ressaltada.

É que, tendo a Rede concedido substancial aumento de salários aos seus empregados, a que, como é óbvio, não *anuiu o Estado*, existem atualmente centenas (!) de ações semelhantes em juízo (v. c., ... algumas, cópias anexas), com gravíssima e desnorteante repercussão para o erário estadual.

E, desde que nele se entenda de enfrentar o ponto, o presente recurso pode inclusive constituir-se em "leading case" acerca da posição que aqui se sustenta deva colocar-se o Estado no Acordo de Reversão.

(a) *Impossibilidade de reconhecer-se o Acordo de Reversão como outorgativo aos funcionários estaduais cedidos, contra o Estado, de vantagens funcionais cujo "quantum" seja fixado não em lei estadual. Indelegabilidade da competência do Estado de fixar, por lei, aquele "quantum" (Cf. artigo 6º, parágrafo único, comb. c/artigo 65 e 13, I e V).*

8. Pretendem os Autores, como se disse, e isso foi deferido pelo acórdão recorrido, que a vantagem aludida no artigo 189 da Lei nº 2.061/53 lhe seja paga pelo Recorrente com base na remuneração maior, fixada e paga pela Rede Ferroviária Federal S/A aos seus empregados (e inclusive ao Autor quando em atividade) e não nos estipêndios, menores, que lhe são deferidos pela lei estadual.

9. Arrimam-se, para tanto, no Acordo de Reversão União-Estado-Rede (fls. 25-41).

10. "Data venia", assim não pode ser. O Acordo referido não prevê obrigação do Estado perante os servidores de assim fazê-lo; e, se prevísse, seria *inconstitucional*, pois, então, por ele, ter-se-ia delegado à Rede ou à União a competência, privativa e indelegável (Cf. artigo 6º; parágrafos ún., e artigo 65 comb. c/artigo 13, I e V), de fixar o "quantum" das vantagens pecuniárias de funcionários estaduais. A quantia a mais (= superior ao padrão do Estado), não prevista na lei estadual, seria por uma ou outra fixada.

Na verdade, parece evidente que, se "A" (Estado-membro) responde perante "B" (funcionário estadual) por uma vantagem pecuniária cujo "quantum" é calculado com base em remuneração fixada por "C" (outro que não "A"), quem de fato fixa aquele "quantum" é... "C". Isso, no entanto, no nosso sistema constitucional, é simplesmente... impossível (!), porque, vedada a delegação (Cf. artigo 6º, parágrafo ún.), o quanto das vantagens pecuniárias dos funcionários deve ser fixado em lei da entidade a que pertencem (Cf. artigo 65 comb. c/artigo 13, I e V).

11. Não colhem, de outra parte, para afastar a delegação, os argumentos (a) de que o Acordo de Reversão teria força de lei em virtude de ter sido aprovado pela Assembleia Legislativa, (b) de que o Estado poderia ressarcir-se da União do que houvesse de pagar além do padrão estadual (cf. Acordo, c1, 11º, § 3º) e (c) de que à Rede incumbiria apenas a "realização dos cálculos das diferenças de proventos" (cf. despacho, fls. 155).

Quanto a (a) porque, ainda se reconhecendo força de lei ao Acordo, o que é discutibilíssimo, nem a lei e, diga-se melhor, sequer norma constitucional estadual, que deve também adequar-se ao regramento federal, poderia dispor, como se entendeu, tenha feito o Acordo, ou seja, consagrar a fixação do quanto de vantagens de funcionários estaduais por outra forma que não a... lei estadual.

Quanto a (b) porque o que importa na caracterização da delegação é que o Estado responda (= esteja obrigado) perante o funcionário pelo pagamento, pois, então, independente de qualquer ressarcimento (= haja ou não ressarcimento), o servidor poderá exigí-lo, o que, aliás, foi expressamente deferido pelo acórdão recorrido. Poderia o Estado, desde que nele se prevísse o ressarcimento, celebrar convênio mediante o qual os vencimentos de seus médicos devêssem ser iguais aos salários dos médicos do Hospital Nossa Senhora da Conceição, empresa privada? Poderiam os médicos-funcionários exigir do Estado vencimentos naquela base, invocando o convênio e o direito de reembolso? Evidentemente, não! A hipótese, no entanto, é a mesma (note-se: a RFFSA é inclusive... empresa privada!).

Quanto a (c) porque a fixação (*inconstitucional!*) do quanto da vantagem ocorre *com a atribuição pela Rede ou de remuneração a seus servidores*, pois é a esta remuneração que se entende (*inconstitucionalmente!*) deva o Estado sujeitar-se no pagamento da vantagem aos seus funcionários. Fixada a remuneração dos empregados da Rede (ato da Rede!), fixado estará o quanto da vantagem dos funcionários estaduais contra o Estado! Ninguém sustentou, "data venia" — e isso seria até primário — que a fixação vedada ocorresse com a... "*realização dos cálculos pela Rede*".

12. Certo, é possível extrair do Acordo tenham os servidores cedidos vantagens maiores que as previstas na legislação estadual, desde que deferidas pela Rede ou União (cf. Acordo de Reversão, cláusula 11ª, § 2º, comb. c/cl. 6ª e 8ª). Mas — e aqui o ponto fundamental — tais vantagens só podem ser exigidas... *de quem as outorgou!*

13. Poder-se-ia invocar, no entanto, a cláusula 11ª do Acordo, segundo a qual ao Estado *incumbirá o pagamento dos encargos da inatividade* (cl. 11ª) "caput"), reembolsando-se da União das importâncias de responsabilidade dessa (cl. 11ª, § 3º).

Como interpretar a cláusula? Seria ela inconstitucional? Não, mas não porque a única interpretação a se lhe dar, para salvá-la da inconstitucionalidade, é a de que a obrigação aí criada é *perante a União e não perante os servidores*, que, esses, repita-se sempre, por disposição constitucional, só podem adquirir contra o Estado vantagens cujo quanto esteja fixado em *lei estadual*. Donde, pois, a consequência: só a União, com base no Acordo, pode exigir do Estado tal pagamento (= pagamento de importâncias que, por não previstas na lei estadual, a ela, União, competem), da mesma forma que, para efetua-lo, dela o Estado pode — e deve — pretender a consignação no orçamento da dotação orçamentária necessário (Acordo, cl. 11ª, § 3º, "in fine").

14. Assim, *não se sustenta a inconstitucionalidade do Acordo de Reversão!* Mas não se sustenta exatamente porque se entende que ele é fonte de direitos e obrigações apenas *para e entre as partes convenientes* (União, Estado e Rede) e, como tal, ... não cria direito para os servidores a haver do Estado vantagens cujo quanto não esteja fixado em lei estadual. Se tal tivesse feito, a inconstitucionalidade resumaria, fosse ele simples tratado, lei ou, como se disse, *inclusive norma constitucional estadual*.

O Recorrente não nega possa pagar — e como tem pago! — aos ferroviários diferença de proventos superiores à resultante da aplicação dos padrões estaduais. Poderá fazê-lo, uma vez que isso decorra de legislação federal ou de ato de Rede aumentando os salários, pois a tanto se obrigou mediante o Acordo (cf. cl. 11ª, "caput"). Ao fazê-lo, no entanto, o faz — e aqui o ponto fundamental — como obrigado *perante a União e não perante os servidores*. Em duas palavras: *esses não têm direito de exigir-lhe tal pagamento*.

15. Na verdade, sobre inconstitucional e violador dos mais elementares princípios de contabilidade pública, que se informam na estimação da receita e previsão da despesa em lei orçamentária anual, o entendimento adotado pelo aresto recorrido tem, como se disse, no caso, gravíssima e desnordeante consequência para o erário estadual, que vê seu orçamento "inflado" de inopino por uma despesa altíssima e de repercussão ainda inavaliável de todo (a cada dia ajuízam-se ações semelhantes), despesa, no entanto, isto é o grave, *não prevista em lei* e, como tal, não ponderada pelos órgãos estaduais competentes para, em função da receita estimada, distribuir equitativamente os gastos do Estado.

Mas, não só. O entendimento gera situações de flagrante injustiça. Principalmente para os funcionários não-cedidos ou devolvidos (o Acordo prevê também a devolução, cf. cl. 5ª e 9ª, § 3º), que *prestando serviço no e para o Estado* (serviço estadual "stricto sensu"), e com as mesmas qualificações funcionais dos cedidos, vêm-se colocadas face ao Estado em posição pecuniária inferior (= sem os direitos, contra o Estado, que os cedidos têm), aquinhoados que foram aqueles, *sem lei (!), sem ponderação orçamentária (!), sem aferição* das possibilidades do erário estadual (!), por uma remuneração fixada por outrem e, como é óbvio, em função das disponibilidades do orçamento... *dessa outrem (!)*.

Mas, também não apenas isso. Adotando-se o entendimento do venerando aresto recorrido, e submetida que está a RFFSA à correção semestral de salários, o Estado a ela também ficaria submetido no que tange a seus funcionários — repita-se: *funcionários, sequer servidores celetistas!* — ferroviários, o que é expressamente excluído pela Lei nº 6.708/79 (artigo 20) e, de resto, tratando-se de funcionário "stricto sensu" (estatutário), nem poderia deixar de ser, pois refoge competência à União para legislar sobre vantagens de funcionários outros que não os seus.

16. Que fez, no entanto, o acórdão recorrido?

A rigor não só determinou que as vantagens dos Autores (gratificações adicionais, etc.) fossem calculadas com base na remuneração fixada e paga pela RFFSA aos seus empregados (!?) como condenou o Estado a reenquadrá-los no Quadro de Pessoal... *daquela empresa!* (sic).

Mas, então, resta a pergunta: tendo editado a Lei nº 7.412, de 1º de junho de 1981 (fls. 1229-30), específica de reenquadramento dos funcionários ferroviários estaduais, a que norma o Estado deve obedecer? À sua? Pelo acórdão, não, mas, isto sim, à emergente da... *Diretoria da RFFSA*, que editou o PCC(!?).

"Data venia", parece ao Apelante, a Federação não se deteriorou tanto, a ponto de tornar possível submeter um Estado-membro (será que o acórdão como tal ainda considera o Estado do Rio Grande do Sul?), no pagamento de vantagens de seus funcionários, a deliberações de ... empresas privadas!

17. Porém, quando isso não fosse, é evidente a inaplicabilidade do PCC aos Autores, inativos quando de seu advento.

Em primeiro porque, nos termos da Súmula 38 do Supremo Tribunal Federal, "*reclassificação posterior à aposentadoria não aproveita ao servidor aposentado*".

Em segundo porque, de fato, o Plano de Classificação de Cargos da RFFSA não se dirigia aos inativos, pois o acesso a ele dependia *inclusive de testes seletivos*, que, por razões óbvias, não poderiam ser prestados pelos inativos. O laudo de fls., conforme se pode verificar, reconheceu explicitamente que o acesso ao PCC dava-se por via de testes seletivos. Ora, se assim foi, é óbvio que, ao contrário do afirmado, *não importou ele em extinção automática do Quadro anterior, PSCC*. Onde ficaram e ficaram os reprovados nos testes? Evidente: *nos cargos que ocupavam no PSCC!*

18. Por fim, quanto ao Parecer nº 4.421, tão esgrimido pelos Recorridos na impugnação (fls.

1.945-6), em nada ele se opõe às teses sustentadas no presente apelo. O Estado nunca afirmou que os ferroviários não tenham direito a que se calcule a diferença de proventos com base na remuneração da RFFSA. O que se afirmou, e se sustenta, é que, se e na medida em que essa remuneração excede os padrões estaduais, ela deve ser exigida da Rede ou da União, conforme o caso, em ... *ação direta*, pois não há como possa surgir contra ele, Estado, direito a uma vantagem pecuniária não fixada em lei estadual. O Estado pode, sim, se entender conveniente e possível, pagar além do padrão estadual (daí a afirmação do Parecer). Mas — repita-se sempre — ao fazê-lo o faz como obrigado *perante a União e não perante os servidores*, que, esses, remarque-se também, só podem adquirir vantagens contra o Estado cujo quanto esteja fixado (= quantificado em cruzeiros) em lei estadual. Em suma: não há ação dos funcionários *contra o Estado* para haver tais vantagens, embora possa haver, é óbvio, contra a RFFSA ou a União.

19. Assim, como se vê, não pode subsistir o entendimento do venerando acórdão, cumprindo seja julgada improcedente a demanda.

b) **Violação do artigo 96, parágrafo único, da Constituição Federal**

20. O venerando acórdão recorrido, para deferir o pedido dos AA., aplicou o artigo 1º da Lei nº 3.096/56 (Lei Peracchi), que assim dispõe (ou, segundo a colocação do Recorrente, dispõe), "verbis":

"Os servidores civis e militares do Estado, quando em inatividade, por aposentadoria, reserva ou reforma, perceberão, sempre, proventos iguais aos vencimentos que, em qualquer época, venham a perceber os servidores em atividade, da mesma categoria, posto ou graduação, respeitada a proporcionalidade do tempo de serviço."

21. Ora, ao assim fazer, parece claro que o aresto violou o artigo 96, parágrafo único, da Carta Constitucional vigente, pois admitiu equiparação vedada por aquele dispositivo, que, aliás, é repetição do artigo 96 da Constituição de 1967.

22. Na verdade, o que passou a exigir-se a partir de 1967 é que, no tocante à remuneração, para cada categoria de pessoal do serviço público haja provimento legislativo *específico*, evitando-se repercussões não visadas e forçando-se o legislador a deter-se no exame das remunerações que defere.

Ora, é inegável que, inobstante não se desvincule do serviço público, o servidor que se aposenta sofre uma tal modificação na sua relação com a Administração (v. g.: cessação dos deveres de comparecimento ao serviço e desempenho das atribuições, afastamento do cargo, que inclusive deixa de titular, etc.) que é de ser considerado como integrante de *outra* categoria, a dos inativos, que não aquela por ele integrada quando em atividade (cf. s/as modificações operadas pela aposentadoria, ALMIRO DO COUTO E SILVA, "Atos de Direito Administrativo Praticados Por Particulares e Direitos Formativos", "in" Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do RGS, Vol. 9, págs. 27-8).

23. Nem se alegue, de outra parte, a existência de direito adquirido à equiparação, pois, como se sabe, os direitos adquiridos — e já é muito discutível, tendo em vista a natureza estatutária da relação de função pública, que se adquira direito a equiparações de remuneração — os direitos adquiridos não podem subsistir contra a Constituição, que corta, cerce, tudo o que contra ela se põe.

c) Da divergência com a súmula 38 do STF

24. Mas não só. Como já se disse, decidindo como decidiu, o aresto recorrido entrou em "manifesta divergência" com a Súmula 38 do STF, pois, à mingua de lei, estendeu aos Recorridos, inativos, o Plano de Classificação de Cargos da Rede Ferroviária Federal S/A, que, a toda evidência, trata-se de reclassificação — e não simples "redenominação" — de cargos tanto que o acesso a ele dependia de testes seletivos e nem todos os servidores nele foram reenquadrados, conforme se pode verificar nos autos.

d) Da negativa de vigência ao artigo 282, III e IV, do CPC

25. O aresto recorrido rejeitou as preliminares de falta de requisitos da inicial, entendendo-a não-inepta (a preliminar, no entanto, não era de ineptia!), mas clara e bem deduzida.

26. "Data venia", assim fazendo negou vigência ao artigo 282, III, do CPC, visto como na peça de abertura não se indicaram com precisão os fatos fundantes da demanda.

27. Com efeito, inobstante fazendo referência à vantagem do artigo 189 da Lei n.º 2.061/53, que é direito à diferença entre os estímulos da atividade e a aposentadoria previdenciária, a inicial não indicava os valores da remuneração-paradigma e dos benefícios previdenciários, que, como é óbvio, se constituem fatos fundantes da demanda (porque só se houvesse diferença haveria o direito) e, como tais, não poderiam ter sua alegação e prova relegados para a liquidação.

Note-se: a remuneração-paradigma é fixada por ato da RFFSA, que, é óbvio, o Recorrente não tem obrigação de conhecer!

28. Assim, como se vê, parece claro que a inicial não reunia os requisitos do artigo 282, III, do CPC, impossibilitando ao Estado, ora Recorrente, a boa formulação da defesa, pelo que, se não houvesse de decidir o mérito a favor do Recorrente, impunha-se a decretação da nulidade do processo, determinando-se a complementação e, após, a reabertura do prazo para a contestação (cf. artigo 284, CPC).

ISTO POSTO, ESPERA o Recorrente haja por bem essa Egrégia Turma CONHECER e PROVER o recurso extraordinário para julgar integralmente improcedente a demanda com as cominações legais, ou, se assim não entender, acolhendo as preliminares, decretar a nulidade do processo, fazendo-se então a aguardada

JUSTIÇA!

PORTO ALEGRE, 6 de dezembro de 1982. (segunda-feira)

CAIO MARTINS LEAL
PROCURADOR DO ESTADO

12.12.83

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 99.976-1 — RIO GRANDE DO SUL

RECORRENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDOS: N. R. F. E OUTROS

EMENTA: — Funcionários públicos estaduais cedidos à RFFSA. Pretensão à aposentadoria com as vantagens dos servidores da Rede Ferroviária, inclusive com idênticos reajustes, incidindo sobre o total as gratificações adicionais. Ação julgada procedente nas instâncias ordinárias. Ofensa aos artigos 6.º, parágrafo único, e 98, parágrafo único, da CF. Recurso extraordinário conhecido e provido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Brasília, 12 de dezembro de 1983.

SOARES MUÑOZ — PRESIDENTE E RELATOR

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 99.976-1 — RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: O SENHOR MINISTRO SOARES MUÑOZ
RECORRENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.
RECORRIDOS: N. R. F. E OUTROS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SOARES MUÑOZ: — O recurso extraordinário foi admitido pelo ilustre Desembargador Paulo Boeckel Veloso, em despacho que expõe a espécie:

"I. N. R. F. e OUTROS, ajuizaram ação contra o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pretendendo a revisão de proventos de sua inatividade, como funcionários inativos que trabalhavam na RFFSA, cedidos que foram pela VITER à União.

O juiz de 1.º grau julgou procedente a ação em parte. Apelaram ambas as partes. A 4.ª Câmara Cível negou provimento a ambas as apelações confirmando a sentença em regime de reexame necessário. O acórdão de fls. 1271/1289 vem precedido da seguinte ementa:

"Ferroviários. Vantagens na inatividade. Têm direito à gratificação adicional calculada sobre os vencimentos efetivamente recebidos. Também a reajustes de seus proventos na forma da Lei estadual n.º 3.096/56. Ainda a que seus proventos sejam pagos segundo os padrões e níveis nos termos do Plano de Classificação de Cargos da REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A. Precedentes jurisprudenciais. Demanda julgada procedente. Sentença confirmada".

Opostos embargos declaratórios pelo Estado do Rio Grande do Sul (1291/1293) foram estes, à unanimidade, rejeitados. Consta do acórdão a seguinte ementa:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

Questões expressa ou implicitamente analisadas no acórdão. Caráter infringente do julgado. Embargos rejeitados" (fls. 1297).

Ainda inconformado recorre extraordinariamente o Estado do Rio Grande do Sul com fundamento no art. 119, III, letras "a", "c", e "d" da CF. Sustenta que o acórdão, quando determina deva ser calculada a vantagem do art. 189, da Lei n.º 2061/53, com base na remuneração paga pela Rede Ferroviária Federal S/A aos seus empregados, violou os princípios dos arts. 6.º, § único (indelegabilidade de funções) e 65 (exclusiva competência do Executivo da iniciativa de leis que fixem vencimentos dos servidores públicos), da CF, aplicáveis aos Estados por força do art. 13, I e V da mesma Constituição, infringiu o art. 98, § único da Carta Magna quando aplicou, em favor dos recorridos, a Lei n.º 3096/56 (Lei Peracchi), negou vigência ao art. 282, III e IV do Código de Processo Civil, quando teve por não inepta a inicial, julgou válidos atos do Governo local contestados em face da Constituição da República, quais sejam o Acordo de Revisão e a Lei n.º 3096/56 em confronto com o art. 98, § único da Carta Federativa, divergiu da Súmula n.º 38, do STF e de acórdãos da Suprema Corte, que cita. Argui a relevância da questão federal (fls. 1301/1323).

O recurso foi impugnado (fls. 1345/1357).

Emitiu parecer o Procurador-Geral da Justiça opinando pela admissão do RE (fls. 1361/1364).

II. a) pela letra "a":

No que refere aos arts. 6.º, § único, 65 e 98, § único da CF o acórdão recorrido, ao decidir o fez com base em precedentes jurisprudenciais. Desta forma aplicável, à espécie, a Súmula 400 do STF, eis que a decisão encontra-se, no mínimo, dentro da faixa da razoabilidade.

Quanto à infringência no art. 282, III e IV do CPC é bem de ver que inexistente. O aresto fez exata aplicação da lei processual, calcado no que dispõe o art. 286 do referido Código.

b) pela letra "d":

Diz a Súmula n.º 38 do STF:

"Reclassificação posterior à aposentadoria não aproveita ao servidor aposentado".

O caso dos autos é distinto do que refere a Súmula, vez que o acórdão, com base na prova pericial, entendeu que o que houve foi "redenominação" de cargos e não "reclassificação". Diversas, pois, as situações. Inaplicável, desta forma, a Súmula referida.

c) No que respeita ao cabimento do recurso pela letra "c" do permissivo constitucional o Estado, em momento algum, contesta a validade do ato do Governo local de firmar ou aprovar o termo de Revisão face a norma da Constituição da República. No entanto arguiu a invalidade da Lei n.º 3096/56 face à norma contida no art. 98, § único da CF. Por este fundamento torna-se necessário o seguimento do RE.

III. Isto posto, ADMITO o RE com fundamento no art. 119, III, letra "c" da CF". (fls. 1.365 a 1.368)

O parecer da ilustre Procuradora Dra. Anadyr de Mendonça Rodrigues, aprovado pelo nobre Subprocurador-Geral Dr. Mauro Leite Soares, é no sentido de que o recurso extraordinário merece conhecimento e provimento, "in verbis":

"O Recurso Extraordinário é interposto com fundamento nas alíneas a, c e d do permissivo constitucional, fazendo alegação de ofensa aos artigos 6º, parágrafo único, 65 e 98, parágrafo único, da Constituição e 282, III e IV, do Código de Processo Civil, bem como de divergência com a Súmula 38 e os acórdãos apontados a fls. 1319/1320, além de afirmar que o V. Acórdão recorrido julgou válidos ato e lei do governo local contestados em face da Constituição e de fazer arguição de relevância da questão federal suscitada, esta acolhida (autos apensos).

Esclareça-se que o litígio versa sobre o pleito de funcionários estaduais aposentados que almejam obter, do Estado do Rio Grande do Sul, o pagamento de proventos iguais à remuneração estipulada pela Rede Ferroviária Federal — a favor de quem estavam cedidos, por ocasião da passagem à inatividade — para seus empregados de igual categoria, sob o fundamento de que tal direito lhes foi conferido pelo Acordo de Reversão celebrado entre a União, o Estado e a Rede e aprovado pela chamada "Lei Peracchi" (Lei estadual nº 3.096, de 1956).

Lembre-se que essa Excelsa Corte já teve ensejo de examinar a constitucionalidade da referida "Lei Peracchi", mas à luz do art. 102, § 2º, da Carta Magna, e das Súmulas 38 e 359, em caso no qual impugnava-se a pretensão de funcionários inativos, os quais almejavam a equiparação de seus proventos à remuneração auferida pelos funcionários em atividade, em cumprimento ao disposto na aludida Lei estadual (RTJ 78/250).

Naquela oportunidade, a Suprema Corte negou-se a reconhecer a mácula constitucional e a discrepância com as Súmulas 38 e 359, fazendo expressa referência, entretanto, à circunstância de que não se estava pronunciando sobre o tema da vulneração ao art. 98, parágrafo único, da Lei Maior:

"Nos termos em que foi interposto o recurso, dele não conheço. O recorrente não ataca a aplicação do art. 1º da denominada 'Lei Peracchi' (Lei estadual 3.096, de 31.12.56) sob o prisma da contrariedade, no caso, à vedação de equiparação ou vinculação (parágrafo único do art. 98 da EC 1/69)".

Ficou, portanto, em aberto a questão da constitucionalidade da Lei estadual em apreço, em face do art. 98, parágrafo único, da Lei Fundamental.

O Supremo Tribunal Federal tem pensamento assentado de que a Constituição não garante nem veda a igualdade entre proventos e vencimentos, desde que prevista em lei (RTJ 79/661, *verbi gratia*).

Do mesmo modo, a partir do aresto publicado na RTJ 68/534, em que a questão mereceu mais longas considerações por parte do Ministro Xavier de Albuquerque, ficou explicitado que

"... lei geral de paridade entre revisão de proventos de inativos e aumento de vencimentos de ativos nenhuma pertinência têm, e por isso não a contraria, com a proibição constitucional de vinculações e equiparações, hoje contida no art. 98, parágrafo único, da Constituição". (ibidem, fls. 538)

Tem-se notícia, ainda, da adoção do mesmo entendimento, por ocasião do julgamento estampado na RTJ 81/774 (fls. 786).

In casu, no entanto, não se trata de paridade de proventos de inativos e vencimentos de funcionários ativos: a interpretação conferida pelo V. Acórdão recorrido ao art. 1º da Lei estadual nº 3.096, de 1956, veio a atribuir, a funcionários aposentados, permanente igualdade de seus proventos para com os SALÁRIOS DE EMPREGADOS DA REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A, entidade estranha à órbita estadual. É o que se diz a ementa do aludido aresto, que bem espelha o julgado:

"Ferroviários. Vantagens na inatividade. Têm direito à gratificação adicional calculada sobre os vencimentos efetivamente recebidos. Também a reajustes de seus proventos na forma da Lei estadual nº 3.096/56. Ainda a que seus proventos sejam pagos segundo os padrões e níveis nos termos do Plano de Classificação de Cargos da REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A". (fls. 1271, grifamos)

Ora, conquanto se possa ter como legítimo o estabelecimento, por lei, de permanente equiparação entre proventos de aposentados e vencimentos de funcionários, em respeito à jurisprudência atrás mencionada, o mesmo não se pode dizer, quando tal equiparação é vinculada a parâmetros estranhos à esfera da entidade de direito público à qual pertencem os inativos contemplados com a regra de paridade.

Vale lembrar que um dos fundamentos pelos quais esse Excelso Sodalício chegou à conclusão de que não há impedimento constitucional a que o legislador ordinário outorgue, aos aposentados, proventos equivalentes aos vencimentos fixados para os funcionários ativos, quer através da lei que rea-

justa vencimentos, quer por meio de lei geral que assim preveja, foi a consideração de que o mesmo legislador é livre para, a qualquer momento, revogar tal regra geral, caso assim o exijam as condições do Erário.

Para preservar essa liberdade legislativa é que o Supremo Tribunal Federal entendeu que a regra da paridade entre vencimentos e proventos, embora possa constar de lei ordinária, ofenderá a Carta Magna, caso esteja inserida no texto da Constituição Estadual, porque, então, estará proibindo o legislador estadual ordinário de revogar a paridade, sempre que ela for desaconselhável, dadas as condições do Tesouro local.

Consulte-se, a propósito, a seguinte passagem do voto do Ministro Xavier de Albuquerque, no aresto publicado na RTJ 68/534:

"Em segundo lugar, entendo que a Constituição não manda fazer a revisão dos proventos dos aposentados nas mesmas bases ou proporções em que houverem sido modificados os vencimentos dos ativos, mas, nem por isso impede ou proíbe que o legislador ordinário o faça, seja em cada lei de aumento de vencimentos, seja em lei geral de disciplinação da revisão. O legislador fica livre, atendidas razões políticas de conveniência e oportunidade nas quais se reflete, inclusive, a própria capacidade do Erário para suportar, ou não, a revisão partidária, de dar aos inativos elevação igual à que der, em cada oportunidade de aumento dos ativos, a estes, ou de dá-la em menor proporção. Também fica livre de editar lei geral estabelecendo paridade entre a revisão dos inativos e o aumento dos ativos, porque tal regra ela a poderá revogar a qualquer tempo, se sobrevierem razões políticas que aconselhem a revogação. Exemplo típico dessa segunda hipótese é a L. fed. nº 2.622/65, ainda vigente e sempre observada, até mesmo com a remissão expressa que lhe fazem as leis de aumento do funcionalismo da União, no âmbito federal. Quem não pode editar regra geral dessa índole é o constituinte estadual, porque isso obrigaria o legislador estadual ordinário a conceder, sempre, revisão de proventos e aumento de vencimentos em níveis iguais, quando nem sempre as razões políticas vigorantes o permitiriam". (ibidem, fls. 537, grifamos)

No caso dos autos, é bem verdade que, advindo de lei ordinária a paridade entre proventos de funcionários estaduais aposentados e funcionários ativos e não havendo texto da Constituição Estadual a impedir sua revogação por outra lei ordinária, pode-se, em princípio, tê-la como constitucional, face à orientação pretoriana trazida a colação.

Veja-se, todavia, que inexistente, na particular espécie, o pressuposto em que se fundou essa Excelsa Corte para considerar legítimo o advento da regra geral de paridade: a liberdade de revogação, uma vez necessária segundo os critérios de conveniência e oportunidade e as forças do Erário, avaliados pelo legislador ordinário.

A partir do momento em que os parâmetros utilizados na fixação dos proventos se situam em esfera estranha à esfera da entidade de direito público responsável pelo pagamento dos mesmos proventos, obviamente estará o Tesouro respectivo vulnerável às modificações sofridas no estabelecimento de seu importe, à revelia do legislador ordinário e do Poder Executivo estadual.

Perscrutando-se a mente do constituinte, ao inserir na Lei Fundamental os parágrafos únicos de seus artigos 6º e 98, certamente se divisarão situações como a relatada nestes autos, que diligenciou evitar.

Merece conhecimento o apelo extremo, portanto, visto como foi conferida, a ato e lei do governo local, interpretação contrária aos artigos 6º, parágrafo único, 65 e 98, parágrafo único, da Constituição.

Já a discrepância jurisprudencial argüida não se verifica, porquanto o aresto confrontado (fls. 1319/1320) cogita de hipótese em que houve prévia declaração de inconstitucionalidade do dispositivo atinente da Carta Política estadual, o que não se deu no caso vertente.

Quanto à *questio juris* referente a violação do art. 282, III e IV, do C.P.C., não se acha prequestionada, na forma das Súmulas 282 e 356.

O parecer é, por conseguinte, de que o Recurso Extraordinário comporta conhecimento e provimento, para que seja declarada a insubsistência da equiparação dos proventos dos funcionários aposentados com a remuneração auferida por empregados da Rede Ferroviária Federal S.A.". (fls. 1.441 a 1.447)

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SOARES MUÑOZ (RELATOR): A sentença de primeiro grau, mantida pelo acórdão recorrido, condenou o Estado do Rio Grande do Sul 1º) a pagar aos autores as gratifica-

ções adicionais de 15% e 25% a que façam jus, calculado o percentual sobre o valor efetivo de seus vencimentos ao tempo de suas aposentadorias; 2º) a reajustar os proventos de inatividade dos autores à razão de cem por cento dos aumentos que forem concedidos aos ferroviários em atividade; 3º) a pagar aos autores proventos de aposentadoria segundo os padrões e níveis a que têm direito, nos termos do Plano de Classificação de Cargos da RFFSA nos quais deverá enquadrá-los; 4º) a pagar aos autores as verbas já vencidas, não alcançadas pela prescrição quinquenal, e 5º) a pagar as custas processuais e os honorários advocatícios do patrono dos demandantes à razão de cinco por cento do valor da condenação.

Na mencionada condenação se estabeleceu a equiparação dos proventos da inatividade aos vencimentos dos servidores em atividade da RFFSA, segundo os padrões e níveis a que façam jus. A ofensa de tais vinculações ao art. 98, parágrafo único, da Constituição Federal é manifesta. Esse dispositivo, depois de no "caput" do artigo preceituar que os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo para cargos de atribuições iguais ou semelhantes, proíbe, no parágrafo único, vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal de serviço público. Tal vedação alcança tanto os vencimentos quanto os proventos, pois a ambos compreende a expressão remuneração do pessoal do serviço público.

Outro não é o sentido da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, como se vê do acórdão indicado como paradigma nas razões recursais, proferido no RE 78.429, do qual foi Relator o eminente Ministro Cordeiro Guerra, "in verbis":

"Toda a questão se resume em saber se continua em vigor o preceito do art. 1º da Lei estadual n.º 3.096/56, de 3 de novembro de 1961, assim concebido: "A revisão dos proventos aposentados do Estado de Minas Gerais se processa pela presente lei, ficando permanentemente equiparados e iguais aos da atividade do cargo ou função correspondente ao em que se deu a aposentadoria" (grifo do acórdão). / (...) Assim, tenho que nada impede ao Estado de Minas Gerais, aumentar, por lei especial ou geral, os proventos dos inativos, na mesma proporção dos vencimentos dos servidores em atividade, porém, não aceito a subsistência de uma equiparação automática e permanente por lei ordinária incompatível com os preceitos constitucionais federais, quando o texto constitucional estadual, por conter o mesmo princípio, foi declarado insubsistente, por inconstitucional" (RE 78.429, MG, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA, "in" RTJ 81/783-6). E no mesmo sentido, o RE 67.175, ES, (RTJ 70/365), RE 79.694, ES (RTJ 75/853), a Rp. 861, MG (RTJ 63/592), a Rp. 754, GB (RTJ 50/218), a Rp. 755, RJ (RTJ 52/501) e muitos outros".

A vinculação em referência também afrontou o art. 6º, parágrafo único, da Constituição Federal, porquanto, por ela, o Estado delegou à RFFSA as atribuições de fixar proventos de servidores públicos estaduais. Noutro precedente semelhante à espécie "sub judice" afastei a vulneração do art. 6º, parágrafo único, diante do fato de que a diferença entre os vencimentos dos funcionários estaduais e os salários dos empregados da Rede Ferroviária será paga pelo Estado, mediante posterior reembolso da União, nos termos do convênio que precedeu o retorno da viação férrea à União. Entretanto, agora, reexaminando a espécie, reformulei o mencionado entendimento, diante do fato de que a delegação não desaparece com a obrigação de reembolso assumida pela União, já que a delegação envolve igualmente a União.

De igual vício padece a obrigação imposta ao Estado de pagar gratificações adicionais sobre proventos superiores aos que são devidos aos servidores estaduais.

Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário e dou-lhe provimento para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência, mantida a percentagem de 5% dos honorários advocatícios que incidirá, no entanto, sobre o valor dado à causa (art. 20, § 4º, do CPC).

EXTRATO DE ATA

12 — RE 99.976-1 — RS

Rel., Min. Soares Muñoz. Recte.: Estado do Rio Grande do Sul. (Adv. Caio Martins Leal). Recdts.: N.R.F. e outros. (Adv. Pedro Araújo Baptista da Silva, Luiz Carlos Bettiol e outros).

Decisão: Depois do voto do Ministro Relator que conhecia do recurso extraordinário e lhe dava provimento, o julgamento foi adiado a pedido do Ministro Néri da Silveira. Falou pelo Recte.: Dr. Caio Martins Leal. 1ª Turma, 02.12.83.

Presidência do Senhor Ministro Soares Muñoz. Presentes à sessão os Senhores Ministros, Rafael Mayer, Néri da Silveira e Oscar Corrêa.

Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Alfredo Buzaid.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Toledo.

ANTÔNIO CARLOS DE AZEVEDO BRAGA
SECRETÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 99.976 — RIO GRANDE DO SUL

VOTO (VISTA)

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA: — Conheço do recurso e lhe dou provimento, para julgar a ação improcedente, condenados os autores nas custas e honorários de advogado, à base de 5% do valor dado à causa.

Faço-o, nos termos do voto, que proferi, nesta assentada, no julgamento do RE 95.796-RS, que se anexará, a este, por cópia, passando a constituir parte, dele, integrante, por toda a sua fundamentação.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 95.796 — RIO GRANDE DO SUL

VOTO (VISTA)

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA: — O Termo de Acordo, de 22.05.1959, sobre as condições de reversão da Viação Férrea do Rio Grande do Sul à União Federal e liquidação dos direitos e obrigações resultantes do contrato de arrendamento, celebrado entre a União e o Estado, a 17 de agosto de 1950 e seu aditivo ajustado a 27.09.1954, veio a ser aprovado pela Assembléia Legislativa do Estado, ex vi do Decreto Legislativo n.º 1.400, de 30.06.1960, e pela Lei federal n.º 3.887, de 08.02.1961.

Em virtude das disposições desse Termo de Acordo e da rescisão do contrato de arrendamento ao Estado, a Viação Férrea do Rio Grande do Sul (VIFER) passou a ser administrada pela Rede Ferroviária Federal S/A, assumindo a União, a contar de 16.09.1957, os direitos e obrigações decorrentes da exploração da VIFER, transferindo-os à Rede, a partir da data da assinatura do mencionado Termo de Acordo, na forma definida nesse documento, explicitando-se, na Cláusula Terceira: "Os bens e os direitos que integram a VIFER, pertencentes à União e ao Estado, após relacionados, serão incorporados à REDE, na forma da Lei federal n.º 3.115, de 16 de março de 1957, ressalvado o Horto Florestal de São Leopoldo, que será utilizado pelo Estado para a criação de parque público". Assumiu a União, em substituição ao Estado, "todo o ativo e passivo da Autarquia Estadual Viação Férrea do Rio Grande do Sul, a serem apurados em balanço na data de 16 de setembro de 1957, inclusive a responsabilidade por avais e demais obrigações oriundas de contratos de qualquer natureza, neles compreendidos os referentes a obras, melhoramentos e equipamentos destinados aos serviços ferroviários, desde que autorizados pelo Ministro da Viação e Obras Públicas" (Cláusula Décima Quarta).

No que concerne ao PESSOAL, o Termo de Acordo disciplinou desde a Cláusula Quarta até a Décima Terceira.

Dispõem as Cláusulas Quarta, Sexta, Oitava e Décima Primeira, verbis:

"Cláusula Quarta. A todos os servidores do Quadro da VIFER, estáveis ou não, qualquer que seja a natureza de sua investidura, fica assegurada a qualidade de servidor público ferroviário do Estado do Rio Grande do Sul, reconhecendo-se-lhes, em qualquer hipótese, todos os direitos, vantagens e prerrogativas que lhes estão ou forem legalmente assegurados.

Parágrafo Primeiro — Os servidores de que trata esta cláusula serão cedidos, nesta data, à União, para terem exercício na REDE, ou em sua subsidiária, em serviços compatíveis com seus cargos ou funções, dentro do território do Estado.

Parágrafo Segundo — Continuará em vigor o atual quadro dos servidores públicos ferroviários do Rio Grande do Sul, sendo, todavia, vedada qualquer nova nomeação, admissão ou ingresso de elementos a ele estranhos, ressalvando-se, contudo, o direito de reversão, transferência e movimentação nesse quadro dos atuais servidores, nos termos da Lei n.º 2.061, de 13 de abril de 1953, e os casos pendentes de recurso na esfera administrativa. Esse quadro será extinto pelo Estado quando se operar a vacância de todos os cargos e funções.

"Cláusula Sexta — Será considerado encargo do Estado a melhoria de vantagens concedida por ato deste aos servidores da VIFER.

Parágrafo Primeiro — Sempre que, em consequência de melhoria de vencimentos concedidos pela União, aos ferroviários dos quadros de funcionários, proceder o Estado ao reajustamento dos vencimentos dos servidores da VIFER, a fim de restabelecer a diferença atualmente existente entre os vencimentos dos mesmos e dos funcionários de igual categoria ou função devidos pela União à REDE, correrá à conta da União ou da REDE, a partir da vigência da melhoria federal, a despesa referente a dito reajustamento, inclusive as vantagens calculadas como incidência sobre os novos vencimentos.

Parágrafo Segundo — Se a melhoria de vantagens outorgadas pela União a seus ferroviários houver sido precedida de aumento de vencimentos, concedido pelo Estado aos servidores da VIFER, a União ou a REDE passará a responder pelos encargos da melhoria por aquela concedida até o limite correspondente ao restabelecimento da diferença a que se refere o parágrafo anterior, desde a data da vigência dos novos padrões de vencimentos federais.

Parágrafo Terceiro — Em qualquer caso, a despesa relativa ao excesso porventura verificado sobre o nível de vencimentos, que corresponda ao restabelecimento da diferença referida no parágrafo primeiro, será considerada encargo do Estado.

Parágrafo Quarto — Para o cálculo da diferença de que trata o parágrafo primeiro, levar-se-ão em conta os níveis atuais de vencimentos ou salários fixados pela União para os servidores da VIFER, tomando-se em consideração os padrões básicos ou iniciais dos respectivos cargos, funções ou carreira. Para os padrões correspondentes aos avanços, tomar-se-á a diferença verificada no padrão inicial.

Parágrafo Quinto — Verificado aumento de vencimentos ou salários dos servidores da VIFER, como decorrência da majoração de salário mínimo regional, responderá a União pelo aumento da despesa daí decorrente até o valor da majoração acrescido aos padrões de cada cargo ou função, a fim de resguardar a hierarquia salarial.

Cláusula Oitava — A REDE atenderá o pagamento das despesas relativas a direitos e vantagens de que gozam os servidores da VIFER, cabendo a responsabilidade por essas despesas:

a) à própria REDE, quanto aos vencimentos assim como as demais vantagens e direitos idênticos aos concedidos aos servidores da União, até os limites fixados para estes;

b) ao Estado, quanto à diferença entre direitos e vantagens concedidos pela legislação estadual e os previstos na legislação federal, respeitados os já autorizados pela União e considerados os que venham a ser por ela reconhecidos, aplicável esta medida aos servidores que tenham adquirido estabilidade até a data do referendado deste termo pelo Poder Legislativo Federal.

c) ainda ao Estado, quanto à diferença entre os direitos e vantagens concedidos pela legislação estadual e os previstos na legislação trabalhista, mesmo quando tais benefícios não constem da legislação trabalhista, respeitados os já reconhecidos pela União, considerando-se somente abrangidos por esta medida os servidores que não tenham adquirido estabilidade até a data mencionada na alínea anterior;

d) à União, quanto a todos os demais direitos e vantagens, não compreendidos nas alíneas anteriores.

"Parágrafo Primeiro — A obrigação referida na alínea c desta cláusula cessará após a aquisição de estabilidade por parte dos servidores ali aludidos, passando a vigorar então, em relação a ditos servidores, o estabelecido na alínea "b" da mesma cláusula.

"Parágrafo Segundo — A União e o Estado consignarão, anualmente, em seus orçamentos as dotações necessárias ao reembolso dos pagamentos efetuados pela Rede por força desta cláusula.

"Cláusula Décima Primeira — Os encargos com a inatividade dos servidores da VIFER, previstos nos arts. 189 e seus parágrafos, e 196 da Lei estadual n.º 2.061, de 13 de abril de 1953, serão de responsabilidade do Estado, a quem incumbirá o respectivo pagamento.

Parágrafo Primeiro — O encargo referido no parágrafo primeiro do art. 189 da citada lei, será de responsabilidade da REDE, a quem incumbirá o respectivo pagamento para todos os casos ocorridos após a assinatura do presente termo.

Parágrafo Segundo — Os encargos referidos nesta cláusula e relativos aos servidores estáveis e não estáveis que venham a ser aposentados a partir da data da assinatura deste termo, serão divididos entre o Estado e a União, proporcionalmente ao tempo de serviço prestado a cada um, computando-se, para este efeito, como serviço federal o prestado a VIFER a partir de 16 de setembro de 1957, e o que tiver sido prestado anteriormente a outros órgãos federais, cabendo, todavia, integralmente, ao Estado ou à União o ônus de diferença de proventos decorrentes dos futuros reajustamentos de vencimentos e salários por quem responderem, respectivamente, o Estado e a União ou a Rede, de conformidade com a cláusula sexta e seus parágrafos do presente instrumento.

Parágrafo Terceiro — A União reembolsará o Estado das importâncias correspondentes aos pagamentos dos encargos que a ela competem em face do parágrafo anterior, consignando, em seus orçamentos anuais no Anexo do Ministério de Viação e Obras Públicas, a dotação necessária para tal fim".

A Lei estadual gaúcha n.º 2.061, de 13.04.1953, Estatuto dos Servidores Públicos Ferroviários do Estado do Rio Grande do Sul, estabelece, em seus arts. 189 e parágrafos, e 196, referidos na Cláusula Décima Primeira, verbis:

"Art. 189. O servidor público ferroviário terá direito quando aposentado pela instituição de previdência social a que estiver vinculado, à diferença entre os proventos pagos por essa instituição e o estipêndio total percebido na data da aposentação, considerando este à razão de tantos trinta avos quantos forem os anos de serviço, até o máximo de trinta.

§ 1º — A aposentadoria, em consequência de invalidez prevista nos incisos III e IV do art. 191, dará direito à diferença entre o provento pago pela instituição de previdência social e o estipêndio da atividade, independentemente do tempo de serviço.

§ 2º — A diferença entre os proventos pagos pela instituição e aquele a que o servidor tiver direito, nos termos deste artigo, correrá à conta da Viação Férrea.

"Art. 196. É assegurado, aos servidores públicos ferroviários aposentados, aumento da diferença de proventos, à razão de 70%, toda vez que aos servidores ativos forem concedidos aumento de vencimento ou salário, em caráter geral ou parcial".

A Lei federal n.º 3.887, de 08.02.1961, que aprovou o Termo de Acordo, firmado entre o Governo Federal e o Estado do Rio Grande do Sul, sobre as condições de reversão da Viação Férrea do Rio Grande do Sul à União, em face da rescisão do contrato de arrendamento, por parte do Estado, mediante ato de 16.09.1957, usando da opção que lhe assegurava o art. 12, da Lei n.º 2.217, de 05.06.1954, dispôs, à sua vez, no art. 1º, parágrafo único:

"Art. 1º — omissis.

"Parágrafo único. São extensivos aos servidores públicos ferroviários do Rio Grande do Sul todos os direitos e vantagens assegurados aos demais ferroviários brasileiros incorporados à Rede Ferroviária Federal S.A., inclusive os novos níveis salariais, abono, fixados na Lei n.º 3.826, de 23 de novembro de 1960, desde que superiores aos vigentes na Viação Férrea do Rio Grande do Sul".

No que concerne ao tratamento dispensado pela União, em virtude dessa norma federal, vieram os ferroviários estaduais gaúchos, cedidos, efetivamente, a ser enquadrados no Plano de Classificação de Cargos, como previsto na Lei n.º 3.780, de 12.07.1960, para os efeitos da retribuição a eles devida, pelos serviços "compatíveis com seus cargos ou funções", o que se efetuou mediante a Carta Circular n.º 18, de 09.05.1962, sendo o Plano respectivo aprovado pelo Presidente da RFFSA, em Ofício n.º 718/PRF/62, de 17.04.1962. Posteriormente, com o advento da Lei federal n.º 4.345, de 26.06.1964, que fixou novos valores de vencimentos para os funcionários federais, promulgou-se a Lei n.º 4.564, de 11.12.1964, que dispôs especificamente sobre vencimentos e salários do pessoal da RFFSA, estendendo-se, também, esse reajustamento de salários aos servidores ferroviários do Estado gaúcho, cedidos à RFFSA, por intermédio da Circular n.º 2, de 11.02.1965. Por igual, a partir de 1º.01.1965, passaram a perceber a gratificação adicional em forma de quinquênios, até o máximo de sete, calculados sobre os vencimentos da tabela federal, na conformidade do art. 4º, da Lei n.º 4.564/1964. O Decreto-lei n.º 12, de 07.07.1966, que retificou dispositivos do Decreto-lei n.º 5, de 04.04.1966, estabeleceu, todavia, em seu art. 3º, verbis:

"Art. 3º. O art. 34 do Decreto-lei n.º 5, de 4 de abril de 1966, passa a ter a seguinte redação:

"Art. 34. O quadro do pessoal da RFFSA, aprovado por sua Diretoria e homologado pelo Ministro da Viação e Obras Públicas, constituir-se-á de empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho e de servidores cedidos.

§ 1º. Ao pessoal cedido fica assegurado o direito de opção pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, garantida para os efeitos legais, a contagem do tempo de serviço prestado até a data da opção.

§ 2º. Os que não optarem pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho passarão, sem modificação da situação jurídica de cada um, a integrar, na jurisdição do Ministério da Viação e Obras Públicas, quadros e tabelas, suplementares, extintos, cujos cargos e funções, isolados, assim como as classes e padrões iniciais, quando de carreira, serão suprimidos à medida que vagarem.

§ 3º. Fica revogado o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 3.887, de 08 de fevereiro de 1961, mantidas, todavia, as vantagens até aqui concedidas, com base no mesmo, e que serão absorvidas, de futuro, como decorrência de reajustamentos, readaptações, promoções e acessos.

§ 4º. A União e a RFFSA se exoneram de quaisquer encargos provenientes de vantagens não previstos no Termo de Reversão a que se refere a mencionada Lei nº 3.887, de 1961, salvo as aqui referidas".

No que respeita ao Plano de Classificação de Cargos, de que trata a Lei federal nº 5.645, de 10.12.1970, também se estendeu aos ferroviários da VIFER, na Rede Ferroviária Federal S.A., consoante está no Manual de Instrução da Rede, para aplicação da aludida reclassificação, anexo à IRP 364/1976, da RFFSA, em seu item 08, verbis:

"O Plano de Classificação de Cargos também se aplica aos servidores públicos ferroviários do Estado do Rio Grande do Sul, cedidos à União para terem exercício na RFFSA, na forma do parágrafo primeiro da cláusula quarta do Termo de Acordo aprovado pela Lei nº 3.887, de 8.02.61. A RFFSA não reconhecerá, entretanto, para fins de classificação e enquadramento no PCC, quaisquer modificações feitas pelo Estado do Rio Grande do Sul, mesmo com efeitos retroativos, relativas a mutações funcionais, avanços, novas vantagens ou alterações de posição do servidor no Quadro da Portaria Ministerial nº 512/MVOP".

No que se refere ao tratamento dispensado aos ferroviários da VIFER, pelo Estado do Rio Grande do Sul, atingidos pelo Termo de Acordo em exame, continuaram compondo o Quadro dos Servidores Públicos Ferroviários do Rio Grande do Sul, em extinção, com a qualidade de servidores públicos ferroviários estaduais, com o regime estatutário da Lei estadual nº 2.061, de 13.04.1953 — Estatuto dos Servidores Públicos Ferroviários do Rio Grande do Sul. Cedidos, na data do Termo de Acordo, à União, para terem exercício na Rede, "em serviços compatíveis com seus cargos ou funções, dentro do território do Estado" (Cláusula Quarta e parágrafo primeiro), reservou-se à Rede o direito de devolução de servidor ferroviário ao Estado, nas circunstâncias dos parágrafos primeiro e terceiro, da Cláusula Nona, ou excedentes (Cláusula Quinta e seus parágrafos), bem assim ao Estado, mediante entendimento com a Rede, cabe solicitar a devolução do servidor ferroviário da VIFER, a pedido deste ou por necessidade dos serviços do Estado" (Cláusula Décima Terceira).

De outra parte, releva notar que, aos servidores estaduais ferroviários, da VIFER, sujeitos a Estatuto próprio, editado pela Lei nº 2.061, de 13.04.1953, — que se manteve, por força do Termo de Acordo em foco, — as Constituições do Estado do Rio Grande do Sul, ao longo do tempo, têm concedido garantias expressas. Assim, a Carta Política gaúcha, de 08.07.1947, em seu art. 219, dispunha: "A lei não poderá excluir os servidores ferroviários de qualquer direito, garantia ou vantagem, que for assegurado aos funcionários públicos". A Constituição Estadual, de 27 de janeiro de 1970, manteve regra expressa, em seu art. 108, verbis: "A lei não poderá excluir os servidores ferroviários de qualquer direito, garantia ou vantagem que forem assegurados aos funcionários públicos".

Ora, nessa conformidade, desde o Termo de Acordo, as leis de aumento do funcionalismo estadual incluem os servidores ferroviários em sua abrangência, ou lhes são específicas. Em tal sentido, as Leis sul-rio-grandenses nºs 4.833, de 02.12.1964, art. 1º (Lex-RS-64, p. 216); 4.937, de 22.02.1965, arts. 69 e 70 (Lex-RS-65, p. 92); Dec. 17.237, de 20.03.65, art. 1º (Lex-RS-65, p. 109); 5.125, de 07.12.65, art. 1º (Lex-RS-65, p. 316); 5.603, de 17.05.68, art. 6º (Lex-RS-68, p. 90); 5.892, de 23.12.69, art. 5º (Lex-RS-69, p. 308); 6.193, de 11.01.1971, art. 5º (Lex-RS-71, p. 22); 6.486, de 20.12.72, art. 32 (Lex-RS-72, p. 234); 6.835, de 16.12.74, art. 20 (Lex-RS-74, p. 247); 6.946, de 22.12.75, art. 15 (Lex-RS-75, p. 313); 7.064, de 31.03.77, art. 15 (Lex-RS-77, p. 37); 7.139, de 14.03.1978, art. 15 (Lex-RS-78, p. 72); 7.358, de 07.03.80, art. 21 (Lex-RS-80, p. 127); 7.440, de 09.12.80, art. 3º (Lex-RS-80, p. 351).

Por último, no particular, cabe referir a Lei estadual nº 7.412, de 19.11.1980, in D.O.E.-RS, de 19.11.1980, que dispõe sobre a aplicação da Lei nº 7.357, de 08 de fevereiro de 1980, complementada pela Lei nº 7.397, de 18 de agosto de 1980, aos Servidores Ferroviários e aos do Quadro Especial, determinando o art. 2º desse diploma estadual que os cargos integrantes dos Quadros referidos, permanecendo com a mesma nomenclatura, "serão classificados em padrões correspondentes aos estabelecidos pela Lei 7.357, de 8 de fevereiro de 1980, de conformidade com os Anexos I e II da presente Lei, segundo o seguinte critério: no primeiro da seqüência de quatro padrões, os cargos cujos ocupantes estiverem classificados no avanço 0, 1 ou 2, ou a um deles fizerem jus; no segundo, os que estiverem classificados no avanço 3, 4 ou 5, ou a um deles fizerem jus; no terceiro, os que estiverem classificados no avanço 6, 7 ou 8, ou a um deles fizerem jus; no quarto, os que estiverem classificados no avanço 9 ou 10, ou a um deles fizerem jus". No art. 3º da aludida Lei nº 7.412/1980, o legislador previu, expressamente, a situação dos ferroviários inativos, preceituando: "Art. 3º. Os servidores inativos pertencentes aos Quadros de que trata esta Lei terão seus proventos revistos de acordo com o critério estabelecido no artigo anterior, respeitada a legislação que lhes é própria".

Verifica-se, dessa sorte, que o Estado do Rio Grande do Sul mantém, para os servidores do Quadro da VIFER, em extinção, que, em face da Cláusula Quarta, do Termo de Acordo, são servidores públicos ferroviários do Rio Grande do Sul, protegidos, assim, pelos dispositivos transcritos de sua Constituição, sempre atualizados os padrões de seus vencimentos, concedendo-lhes, ainda, por força de comando constitucional do Estado, "qualquer direito, garantia ou vantagem que forem assegurados aos funcionários públicos".

Dessa maneira, não corresponde à realidade da legislação estadual a assertiva segundo a qual as bases de cálculo da gratificação adicional de 15% e 25%, prevista no art. 125, da Lei estadual nº 2.061, de 1953, são ainda os vencimentos percebidos à data do Termo de Acordo, em 1959. Cada ano, como decorre das leis estaduais acima enumeradas, os vencimentos correspondentes aos cargos componentes do Quadro dos Servidores Públicos Ferroviários do Rio Grande do Sul (Cláusula Quarta, parágrafo segundo, do Termo de Acordo) são aumentados, conforme o acréscimo dos estipêndios dos servidores estaduais, estando tal fato, de resto, garantido, constitucionalmente, no Estado sulino. Ora, em consonância com o art. 126, do mesmo Estatuto, que cumpre ter como incorporado ao Termo de Acordo, em face de suas Cláusulas Quarta e Décima Primeira, "as gratificações adicionais por tempo de serviço manterão sempre proporcionalidade com o vencimento ou salário percebido pelo servidor, acompanhando as oscilações destes".

É bem de ver, assim, que as gratificações adicionais, como vantagem de natureza estatutária, garantida pelo Estado, também, aos servidores estaduais ferroviários, não de ser calculadas, com base nos vencimentos correspondentes aos cargos, do Quadro a que pertencem, de que são titulares. As gratificações adicionais por tempo de serviço são acrescidas ao vencimento do servidor, sendo que a concessão de gratificação de vinte e cinco por cento faz cessar o gozo da de quinze por cento anteriormente deferida, qual deflui do art. 125, § 1º, do Estatuto em apreço.

Vantagem estadual, que se adiciona ao vencimento relativo ao cargo de que titular o servidor, no plano do Estado, certo se faz que o valor, a ela correspondente, se há de calcular, tendo em consideração o quantum do vencimento fixado pelo Estado, para o cargo respectivo, do Quadro da VIFER.

Cogitando-se, dessarte, de vantagem, de natureza estatutária, nada tem a ver com a contraprestação pecuniária salarial, que a Rede Ferroviária Federal S.A. paga a seus empregados e, também, como encargo próprio, aos ferroviários estaduais, do Quadro da VIFER, que lhe estejam cedidos, nos termos da Cláusula Oitava, letra "a", do Termo de Acordo. É que, conquanto servidores do Estado, na medida em que permanecerem cedidos à RFFSA, prestando-lhe os serviços "compatíveis com seus cargos ou funções" (Cláusula Quarta, parágrafo 1º), dela recebem a contraprestação devida, na conformidade dos níveis salariais estabelecidos para os empregados de seu Quadro próprio de pessoal, a teor do art. 34, do Decreto-lei nº 5/1966, na redação do art. 3º, do Decreto-lei nº 12/1966, Quadro esse, hoje, já integrado na sistemática do Plano de Classificação de Cargos, de que cogita a Lei 5.645, de 10.12.1970, consoante acima, a isso, se fez menção.

Não cabe, dessarte, pretender o cálculo das gratificações adicionais de 15% a 25%, devidos aos ferroviários estaduais, sobre o valor dos salários pagos pela RFFSA, em virtude dos serviços a ela prestados e decorrentes da política salarial federal.

A vantagem estatutária em apreço deve ser apurada, em seu quantitativo, tendo em conta assim, os vencimentos fixados pelo Estado do Rio Grande do Sul, em suas leis de aumento, para o cargo respectivo, de que titular o servidor ferroviário, enquanto encargo do Estado, e não com base nos salários pagos pela RFFSA, em geral, aos que nela servem. Não cabe, portanto, incidirem os adicionais de 15% e 25%, enquanto assegurados pelo Estado a seus servidores e, pois, aos ferroviários estaduais, sobre a parte dos ganhos, a maior, fixados e pagos pela RFFSA às funções correspondentes

em seu Quadro de Pessoal, porque essas vantagens não só não se contemplam no regime da CLT, como constituem parcela a que o Estado se compromete nos limites de sua legislação e dos estipêndios, que garante aos servidores ferroviários, do Quadro, em extinção, da VIFER. De sinalar, nesse sentido, que os servidores ferroviários estaduais devolvidos pela RFFSA, na forma prevista nas Cláusulas Nona, parágrafos primeiro e terceiro, e Décima Terceira, terão, no Estado, o tratamento pecuniário correspondente às leis estaduais gaúchas, que dispõem sobre o Quadro, em extinção, dos Servidores Ferroviários do Estado. Inexistindo, outrossim, disposição expressa, mandando serem pagas as gratificações adicionais, *estatutárias estaduais*, sobre os valores salariais fixados pela União ou pela Rede Ferroviária Federal S/A, não há como entender deva o Estado possuir a obrigação de conceder a vantagem, — por sua natureza, adicional dos vencimentos, que fixa, — tendo em conta base de cálculo diversa e maior, proveniente da deliberação da RFFSA ou, mesmo, da União Federal. Interpretação dessa índole estaria em conflito com o art. 13, *caput*, e inciso V, combinado com os arts. 65 e 57, II, todos da Constituição Federal.

Em se cuidando de ferroviários estaduais aposentados, da VIFER, que se enquadram nas disposições do Termo de Acordo em referência, certo está que, na inatividade, em face do sistema estatutário estadual, que lhes é aplicável, farão jus a vez calculadas essas gratificações adicionais, percebidas ainda na atividade, como vantagens incorporáveis, devendo, entretanto, incidir, tão-somente, sobre a parte que constitui encargo do Estado, não, assim, no que concerne a eventuais diferenças, à conta da União ou RFFSA. Em face da Cláusula Décima Primeira, do Termo de Acordo, aprovado pela Lei federal nº 3.887/1961, a responsabilidade do Estado com os encargos de inatividade dos servidores da VIFER, — incumbindo-lhe pagá-los, — limitam-se aos termos dos arts. 189 e parágrafos, e 196, ambos da Lei estadual gaúcha nº 2.061, de 1953, incorporados à referida Cláusula Décima Primeira. Ora, no art. 189 em foco, prevê-se o direito ao servidor público estadual ferroviário a receber a diferença entre os proventos pagos pela instituição de previdência social e o estipêndio total percebido na data da aposentação, considerando este à razão de tantos trinta avos quantos forem os anos de serviço até o máximo de trinta". De notar, desde logo, é que se cogita, na espécie, do estipêndio pago pelo Estado, na conformidade dos padrões de vencimentos estabelecidos para o Quadro dos Servidores Estaduais Ferroviários, e não da parcela, a maior, que corresponde a encargo da União ou da RFFSA, concernente aos níveis salariais, nessa empresa, estabelecidos.

Para bem compreender tal disposição, cumpre referir que, na redação do art. 189, da Lei nº 2.061/1953, se define regra concernente a estipêndios pagos pelo Estado, a seus servidores, à data da aposentadoria. Portanto, nesses limites, é que se dá a responsabilidade do Estado para com os ferroviários, que se inativam. Se, entretanto, os salários pagos pela RFFSA, à data da aposentadoria, eram superiores às tabelas do Estado, para o cargo, de que titular, o servidor inativando, à conta da União há de correr a diferença, a maior, relativamente ao estipêndio pago pelo Estado, inclusive gratificações adicionais de 15% e 25%, que incidem sobre o vencimento do Estado.

Com efeito, relativamente aos ferroviários estaduais inativos, a Cláusula Décima Primeira e seus parágrafos, suso transcritos, regulam-lhes o regime.

Impende, no particular, distinguir: a) quanto aos ferroviários inativados, anteriormente ao Termo de Acordo, os encargos previstos nos arts. 189 e seus parágrafos e 196, da Lei estadual nº 2.061/1953, serão de responsabilidade exclusiva do Estado a quem incumbirá o respectivo pagamento, incorporada aos proventos a gratificação adicional de 15% ou 25%, conforme já estivessem da vantagem usufruindo, à data da respectiva aposentadoria (Cláusula Décima Primeira); b) quanto aos ferroviários aposentados, depois do Termo de Acordo, incide o parágrafo segundo, da Cláusula Décima Primeira, devendo os encargos, de que cuida a mesma Cláusula ser divididos entre o Estado e a União, proporcionalmente ao tempo de serviço prestado a cada um, "cabendo, todavia, integralmente, ao Estado ou à União, o ônus de diferença de proventos decorrentes dos futuros reajustamentos de vencimentos e salários por quem, responderem, respectivamente, o Estado e a União ou a Rede, de conformidade com a cláusula sexta e seus parágrafos do presente instrumento." Ressalva-se, entretanto, no parágrafo primeiro da Cláusula Décima Primeira, ser o encargo *diferença de proventos* da responsabilidade da Rede, a quem incumbirá o respectivo pagamento, nos casos de aposentadoria, em seqüência de invalidez prevista no art. 191, incisos III e IV, da Lei estadual nº 2.061/53, qualquer seja o tempo de serviço.

Assegurado está, assim, aos servidores ferroviários inativos a diferença entre os proventos pagos pela instituição previdenciária e o estipêndio total percebido na data da aposentadoria, "considerando este à razão de tantos trinta avos quantos forem os anos de serviço, até o máximo de trinta".

Em se cogitando, portanto, de servidores aposentados, depois do Termo de Acordo, os encargos do pagamento da diferença, entre os proventos oriundos da previdência social e o estipêndio percebido na data da inatividade, serão divididos entre o Estado e a União, proporcionalmente ao tempo de serviço prestado a cada um, se não ocorrer a hipótese da parte final do mesmo parágrafo, adiante

referida. Não é procedente, dessa maneira, a aplicação, pura e simples, da Cláusula Décima Primeira, do Termo de Acordo, a todos os casos de inatividade, quer anteriores quer posteriores ao referido Termo de Reversão, para concluir que, tão-só ao Estado, incumbe a responsabilidade pela diferença de proventos. Tanto é assim que, no parágrafo terceiro, da referida Cláusula Décima Primeira, está assentado que a União reembolsará o Estado das importâncias correspondentes aos pagamentos dos encargos que a ela competem, em face do parágrafo segundo, que dispõe sobre a divisão dos encargos com a diferença de proventos na inatividade, dos que se aposentaram, depois da assinatura do Termo de Acordo, cumprindo, ainda, no particular, observar o que se contém na parte final do referido parágrafo segundo da Cláusula Décima Primeira.

Estipulou-se, em realidade, na parte final do parágrafo segundo, da Cláusula Décima Primeira, o encargo integral, do Estado ou da União, pelo "ônus de diferença de proventos decorrentes de futuros reajustamentos de vencimentos e salários", atendido o disposto na Cláusula Sexta e seus parágrafos, do Termo de Acordo, que regulam a responsabilidade pelos aumentos de vencimentos e salários resultantes de ato do Estado ou da União.

Assim sendo, os que se inativavam, após a assinatura do Termo de Acordo (Cláusula Décima Primeira, parágrafo segundo), fazem jus à diferença prevista no art. 189, da Lei estadual nº 2.061, de 1953, "entre proventos pagos pela instituição de previdência e o estipêndio total percebido na data da aposentação, considerando este à razão de tantos trinta avos quantos forem os anos de serviço, até o máximo de trinta", dividindo-se a responsabilidade por essa diferença, entre Estado e União, "proporcionalmente ao tempo de serviço prestado a cada um", salvo se couber, pelas revisões de proventos, "integralmente, ao Estado ou à União o ônus de diferença de proventos decorrentes dos futuros reajustamentos de vencimentos e salários por quem responde, respectivamente, o Estado e a União ou a Rede", nos termos da Cláusula Sexta e seus parágrafos. Em face dessas disposições, não há considerar o Estado obrigado, para com os inativos, relativamente ao valor da diferença de proventos, se os estipêndios que assegura, de acordo com a sua legislação, aos ferroviários estaduais, inclusive a gratificação adicional por tempo de serviço de 15% e 25%, são inferiores aos proventos que lhes são garantidos pela instituição previdenciária, em razão das contribuições decorrentes dos salários, que a RFFSA lhes vinha pagando, à data da aposentadoria, superiores aos do Estado, com apoio na política salarial federal, referente às empresas públicas e sociedades de economia mista, sob controle acionário da União. Em decorrência do Termo de Acordo em exame, não pode o Estado obrigar-se por diferença de proventos, em virtude de maiores salários que a União ou a Rede Ferroviária Federal S.A. entendam de pagar aos servidores estaduais ferroviários, a elas, cedidos. Se os proventos fixados de acordo com a Lei estadual, inclusive gratificações adicionais de tempo de serviço, são inferiores aos pagos pela previdência social, bem de ver é que não há o encargo previsto no art. 189, da Lei estadual nº 2.061/1953, a ser atendido por parte do Estado, que não pode ser responsável pelos salários maiores, por ele, não fixados e, sim, pela União Federal ou a RFFSA. A diferença, portanto, que se apurar, entre os proventos pagos pela previdência social e os salários, superiores aos fixados pelo Estado, pagos pela RFFSA ao cargo correspondente à data da aposentadoria, constituirá ônus por quem responde a União, integralmente, na conformidade do parágrafo segundo, da Cláusula Décima Primeira, eis que decorrente dos reajustamentos, posteriores ao Termo de Acordo, de vencimentos e salários para os ferroviários, inclusive, pagos aos cedidos. Está na Cláusula Sexta, parágrafo primeiro *verbis*: "Sempre que, em consequência de melhoria de vencimentos concedidos pela União, aos ferroviários dos quadros de funcionários, proceder o Estado ao reajustamento dos vencimentos dos servidores da VIFER, a fim de restabelecer a diferença atualmente existente, entre os vencimentos dos mesmos e dos funcionários de igual categoria ou função devidos pela União à Rede, correrá à conta da União ou da Rede, a partir da vigência da melhoria federal, a despesa referente a dito reajustamento, inclusive as vantagens calculadas sobre os novos vencimentos".

Quanto aos reajustamentos dos proventos dos aposentados, estabeleceu-se na Cláusula Décima Primeira do Termo de Acordo, a aplicação do art. 196, da Lei estadual nº 2.061/1953, que reza:

"Art. 196. É assegurado, aos servidores públicos ferroviários aposentados, aumento da diferença de proventos, à razão de 70%, toda vez que aos servidores ativos forem concedidos aumento de vencimento ou salário, em caráter geral ou parcial".

Discute-se, no particular, a aplicação, ou não, da Lei estadual nº 3.096, de 1956, — Lei Peracchi — às revisões de aposentadoria dos ferroviários da VIFER.

Rezam os arts. 1º e seu parágrafo 1º, e 4º, do diploma estadual em referência:

"Art. 1º Os servidores civis e militares do Estado, quando em inatividade por aposentadoria, reserva ou reforma, perceberão, sempre, proventos iguais aos vencimentos que, em qualquer época, venham a perceber os servidores em atividade, da mesma categoria, padrão, posto ou graduação, respeitada a proporcionalidade do tempo de serviço".

Parágrafo 1º. Para efetivação do disposto neste artigo, sempre que forem aumentados os vencimentos dos servidores em atividade, serão revistos, independentemente de requerimento dos interessados, os proventos dos inativos.

"Art. 4º. Os servidores da Viação Férrea do Rio Grande do Sul, e de outras autarquias do Estado, desde que sujeitos a regime previdenciário próprio, quando inativados por aposentadoria, terão seus proventos calculados em bases idênticas às previstas nesta Lei".

No plano do direito estadual, aplicável aos ferroviários, — e inclusive por força do art. 219, da Constituição gaúcha de 1947, e do art. 108, da Carta estadual vigente, antes referidos, — não pode haver dúvida, quanto à revisão dos proventos dos ferroviários inativos, à base do que prevê a Lei nº 3.096/1956, enquanto vigorante, no que concerne aos reajustes procedidos pelo Estado.

Sucedo, porém, que o Termo de Acordo, celebrado a 22.05.1959, entre União e Estado do Rio Grande do Sul, expressamente, dispôs que se aplicasse o art. 196, da Lei nº 2.061/1953, não se referindo à Lei estadual nº 3.096/1956, no que concerne aos encargos com a inatividade dos servidores da VIFER. Posteriormente, o citado Decreto-lei federal nº 12, de 07.07.1966, em seu art. 3º, ao alterar o art. 34, do Decreto-lei nº 5, de 04.04.1966, de explicito, revogou o parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 3.887, de 08.02.61, que aprovou o Termo de Acordo, por parte da União, dispondo nos parágrafos 3º e 4º, introduzidos no art. 34, do Decreto-lei nº 5/1966, verbis:

"§ 3º Fica revogado o parágrafo único do art. 1º, da Lei nº 3.887, de 08 de fevereiro de 1961, mantidas, todavia, as vantagens até aqui concedidas, com base no mesmo, e que serão absorvidas, de futuro, como decorrência de reajustamentos, readaptações, promoções e acessos.

§ 4º A União e a RFFSA se exoneram de quaisquer encargos provenientes de vantagens não previstas no Termo de Reversão a que se refere a mencionada Lei nº 3.887, de 1961, salvo as aqui referidas".

Desse modo, no que respeita a encargos da União, não é possível pretender, nas revisões de aposentadorias do pessoal da VIFER, aplicar o disposto na Lei 3.096/1956, não mencionada no Termo de Acordo, que só prevê a norma, acima transcrita, do art. 196, da Lei nº 2.061/1953 (Cláusula Quarta). A disposição federal (§ 4º, do art. 34, do Decreto-lei nº 5/1966, introduzido pelo art. 3º, do Decreto-lei nº 12/1966), disso é vedativa.

Analisando a situação dos reajustes de proventos, em face da aplicação da Cláusula Décima Primeira, do Termo de Acordo, o ilustre Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, professor Almiro do Couto e Silva, no Parecer nº 3.163, a 10.11.1975, observou:

"No instante da aposentadoria, a diferença entre a aposentadoria paga pelo INPS e o valor da remuneração que o servidor percebia em atividade é satisfeita integralmente pela União e Estado, atendendo-se ao critério da proporcionalidade do tempo de serviço, a que alude o termo de reversão, no texto transcrito.

Quanto a isso não há qualquer dúvida. As dúvidas só começam a surgir com relação à revisão de proventos. De acordo com o art. 196 do Estatuto do Ferroviário (Lei nº 2.061, de 1953), a revisão dos proventos dos inativos deveria ser feita na base de 70% dos vencimentos dos servidores em atividade. O Termo de Reversão, que é de 1959, na sua cláusula décima primeira, faz alusão expressa do art. 196 do Estatuto dos Ferroviários, não se referindo, entretanto, à Lei Peracchi, já então em vigência, pois é de 1966.

Em razão disso formou-se a seguinte situação: sempre que o Estado reajusta o vencimento de seus funcionários em atividade, são revisados, do mesmo modo, os proventos dos inativos ferroviários, como, no Estado, a revisão de proventos é feita, desde a Lei Peracchi, de forma a estender aos inativos as mesmas vantagens outorgadas aos ativos, não há, em princípio, qualquer reclamação quanto a este ponto. Mas, de outro lado, sucede que, na grande maioria dos casos, as vantagens pagas pela Rede a seus servidores são superiores às pagas pelo Estado. Como essas vantagens são outorgadas pela Rede, o ônus da revisão de proventos que elas determinam, a teor do disposto no § 2º, da Cláusula Décima Primeira do Termo de Reversão, incumbe à União. Esta, porém, efetua a revisão observando estritamente o disposto no art. 196 do Estatuto dos Ferroviários, sem considerar, portanto, a Lei Peracchi, ou seja, apenas na base de 70% da remuneração paga aos servidores em atividade.

Pretendem os ferroviários, que se aposentaram após o Termo de Reversão, continuar percebendo, pela revisão de seus proventos, as mesmas vantagens que percebiam se estivessem em atividade. Pretendem eles, em outras palavras, que as revisões,

mesmo efetuadas em decorrência de vantagens concedidas pela Rede, se realize na base de 100% e não só de 70% dos benefícios outorgados aos ativos, invocando, para isso, a Lei Peracchi.

A esse entendimento opõe-se a objeção de que a Lei Peracchi visou assegurar, na inatividade, a percepção das mesmas vantagens patrimoniais que o Estado outorgava aos servidores em atividade de igual categoria e padrão (Lei nº 3.096, de 1956, art. 1º), não sendo possível escondê-la até buscar vantagens concedidas pela Rede. O argumento impressiona, porquanto, o servidor cedido pelo Estado à Rede percebe remuneração de dupla natureza. Enquanto funcionário do Estado e a este ligado, pois, por vínculo jurídico de índole estatutária, percebe ele do Estado vencimentos e outras vantagens que só a funcionário caberia. Em razão, todavia, de trabalhos na Rede, é remunerado com vantagens e benefícios de cunho nitidamente salarial.

As vantagens, digamos assim estatutárias, são pagas pelo Estado e as salariais pela Rede. Ao inativar-se o servidor seria lógico e coerente que essa mesma situação se mantivesse. A parte dos proventos referente às vantagens estatutárias seria paga pelo Estado e a parte dos proventos relacionada com as vantagens salariais seria paga pela União, na forma, aliás, do disposto no § 2º da Cláusula Décima Primeira do Termo de Reversão. Não pode haver dúvida, diante da clareza com que, neste particular, está redigida a Cláusula, de que a única responsável pelas diferenças de proventos, derivadas de revisão decorrente de reajuste de vantagens salariais é a União e não o Estado. Se as partes de que se compõem os proventos dos inativos (parte estatutária e parte salarial) fossem pagas separadamente, conforme a sua origem, uma pelo Estado e outra pela União, o problema que ora examinamos nada teria a ver com o Estado. A reclamação de que os ferroviários estariam obtendo revisões de proventos, decorrentes de reajuste de vantagens salariais concedidas pela Rede, só na base de 70% e não na da 100%, deveria ser encaminhada à União, que é a exclusiva responsável, nessas hipóteses, pelos ônus decorrentes da revisão de proventos.

O Termo de Reversão, todavia, instituiu um sistema pelo qual todas as vantagens são pagas pelo Estado e este depois se reembolsa daquelas parcelas que são da responsabilidade da União, o que explica a circunstância de ter sido a reclamação endereçada ao Estado.

Ora, tendo em vista que a União só admite responsabilidade derivada da revisão de proventos na base de 70% (art. 196 do Estatuto dos Ferroviários) e não na de 100% (Lei Peracchi), não parece razoável que o Estado pague aos servidores ferroviários a parcela relativa à revisão de proventos derivada de reajuste salarial, na proporção de 100%, quando não poderia ser reembolsado, pela União, da diferença de 30%.

Não se pode, por outro lado, desconhecer que, ao tempo da assinatura do Termo de Reversão, já estava em vigor a Lei Peracchi, e o Estado, pelo Termo de Reversão, não assumiu qualquer responsabilidade por ônus decorrentes, total ou parcialmente, de reajustamentos salariais realizados pela Rede".

2. Em face da análise do Termo de Acordo, aprovado pela Lei federal nº 3.887, de 08.02.1961, com as conclusões supra alinhadas, passo a examinar a pretensão dos autores. Queixam-se de os proventos de sua inatividade estarem sendo pagos, em valores inferiores aos que sustentam devidos, em razão de dois pontos (fls. 3):

"a) A RFFSA não calcula a gratificação adicional sobre o vencimento efetivamente pago ao servidor. Vale dizer não procede esse cálculo sobre o vencimento do cargo que o servidor vem exercendo, mas, sim, sobre o vencimento do cargo que o mesmo desfrutava no quadro da VIFER, em 59;

b) A RFFSA, ao proceder a revisão da "diferença de proventos", não leva em conta senão o percentual de 70% do aumento conferido aos servidores em atividade, quando deveria fazê-lo nas mesmas bases, na mesma proporção, 100%".

Contrariamente ao que estabeleceram a sentença (fls. 128) e o acórdão (fls. 171/173), não é possível reconhecer aos ferroviários inativos direito à gratificação adicional de 25%, prevista na legislação estadual, de natureza estatutária, também, "sobre os proventos efetivamente recebidos na Rede". Examinou-se, acima, que essa vantagem corresponde, tão-só, a acréscimo incidente sobre o estipêndio devido pelo Estado. Não só não se contempla na CLT, aplicável ao Quadro de Pessoal da RFFSA (Art. 34, do Decreto-lei nº 05/1966, na redação introduzida pelo art. 3º, do Decreto-lei nº

12/1966), como não está prevista no Termo de Acordo em foco. A teor do parágrafo 4º, do art. 34, do Decreto-lei nº 05/1966, na redação do citado art. 3º, do Decreto-lei nº 12/1966: "A União e a RFFSA se exoneram de quaisquer encargos provenientes de vantagens não previstas no Termo de Reversão a que se refere a mencionada Lei nº 3.887, de 1961, salvo as aqui referidas".

Portanto, não há assento, nem no dispositivo legal em apreço, nem no Termo de Acordo, para reconhecer o cálculo de gratificação adicional de 15% e 25% sobre estipêndio pago pela RFFSA aos ferroviários estaduais cedidos. Tão-somente essa vantagem lhes é devida, em parcela resultante da incidência do percentual respectivo sobre o vencimento correspondente ao cargo, fixado pelo Estado. Releva, no particular, observar que o valor do vencimento, base de cálculo da gratificação adicional por tempo de serviço, não é o mesmo da época do Termo de Acordo, pois, em realidade, o Estado, cada ano, vem atualizando os vencimentos correspondentes aos cargos integrantes do Quadro de Servidores Ferroviários Estaduais, consoante acima examinei.

De outra parte, não é cabível, também determinar que o reajuste da diferença de proventos dos inativos, na parte referente ao encargo da União, se faça, à base de 100%, sem lei expressamente autorizando, eis que tal não decorre do Termo de Acordo, que mandou aplicar o artigo 196, do Estatuto dos Ferroviários o qual estabelece revisão, à base de 70% do aumento de vencimento ou salário aos servidores ativos. Nem será possível aplicar a Lei nº 3.096/1956, não prevista no Termo de Acordo, o que está, por lei, vedado, diante do já referido art. 3º, do Decreto-lei nº 12/1966, ao introduzir o § 4º, ao art. 34, do Decreto-lei nº 05/1966, segundo o qual a União e a RFFSA se exoneram de quaisquer encargos provenientes de vantagens não previstas no Termo de Reversão, a que se refere a Lei nº 3.887/1961. Certo está que a Lei estadual nº 3.096/1956, não prevista no Termo de Acordo, não poderá ser aplicada para onerar a União, na parte de seu encargo, quanto aos reajustamentos dos proventos. Nem é possível dita conclusão, a partir da consideração de que o Estado se haveria de reembolsar das importâncias correspondentes aos pagamentos dos encargos, que à União competem, a teor do parágrafo terceiro, da Cláusula Décima Primeira. Correta a posição do Estado no sentido de não concordar com o pagamento daquilo que, a seguir, não logrará título para o reembolso, eis que despesa não admitida pela União, em texto de lei. No particular, somente restaria aos recorridos discutir essa parte, em ação contra a União Federal.

Vê-se, dessa sorte, que a sentença e o acórdão, ao determinarem o cálculo da gratificação adicional sobre a totalidade do que recebiam os recorridos na RFFSA e o reajuste dos proventos à base de 100% do aumento dos vencimentos, equipararam, sem apoio no Termo de Acordo, ou em lei, os proventos dos inativos aos vencimentos percebidos pelos servidores ocupantes dos cargos correspondentes na atividade, segundo os padrões e níveis a que façam jus. Compreendo que não é possível deixar de reconhecer, *data venia*, a ofensa, pelo acórdão, ao art. 98, parágrafo único, da Constituição Federal, que veda vinculação ou equiparação de qualquer natureza para efeito de remuneração do pessoal do serviço público, não sendo de, aí, distinguir entre pessoal, ativo e inativo.

Na espécie, como se verificou, a revisão dos proventos dos inativos, à base de 100% do aumento do pessoal ativo, não possui autorização legal, concernentemente à parte da diferença de proventos, que constitui encargo da União, e é, na espécie, a parcela mais significativa, como reconheceu o acórdão. Nem legitimaria essa concessão, à evidência, o fato de o Estado poder reembolsar-se do que pagou pela União, pois lhe incumbe pagar, tão-só, o que é, efetivamente, devido.

Nesse sentido, o acórdão vulnerou, por igual, o art. 65, da Constituição, na medida em que determinou, sem lei, de iniciativa do Poder Executivo, o pagamento de vantagens a servidores públicos inativos, no que respeita ao reconhecimento do direito dos autores a 100%, não apenas 70%, do aumento da diferença de proventos, na parte que constitui encargo da União (Cláusula Décima Primeira, parágrafo segundo) e, ainda, os arts. 65 e 13, *caput* e seu inciso V, da Lei Maior, ao decidir que a gratificação adicional de 25%, a que fazem jus os recorridos, se aplique não só sobre a parte correspondente ao vencimento atribuído pelo Estado aos ferroviários, tendo em conta os cargos correspondentes que proveram na atividade, e de acordo com sua legislação própria (Lei nº 2.061/1953, arts. 125, 126 e 128), mas, ainda, sobre a parte relativa aos salários pagos pela RFFSA, (enquanto a ela estavam cedidos e onde se aposentaram), visto, *de referência a essa parcela*, não haver lei assegurando incidência a gratificação adicional, por tempo de serviço, estatutária, nem isso decorre do Termo de Acordo.

Do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento, para julgar a ação improcedente, invertendo os ônus da sucumbência, fixando, desde logo, em 10% os honorários advocatícios.

EXTRATO DE ATA

15 — RE 99.978-1 — RS

Rel., Min. Soares Muñoz. Recte.: Estado do Rio Grande do Sul. (Adv. Caio Martins Leal). Recorridos.: N.R.F. e outros). (Advs. Pedro Araújo Baptista da Silva, Luiz Carlos Bettiol e outros).

Decisão: Depois do voto do Ministro Relator que conhecia do recurso extraordinário e lhe dava provimento, o julgamento foi adiado a pedido do Ministro Néri da Silveira. Falou pelo Recte.: Dr. Caio Martins Leal. 1ª Turma, 02.12.83.

Decisão: Conheceu-se do recurso extraordinário e se lhe deu provimento, para julgar improcedente a ação. Decisão unânime. 1ª Turma, 12.12.83.

Presidência do Senhor Ministro Soares Muñoz. Presentes à sessão os Senhores Ministros Rafael Mayer, Néri da Silveira, Alindo Buzaid e Oscar Corrêa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mauro Leite Soares.

ANTONIO CARLOS DE AZEVEDO BRAGA
SECRETÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 94.111-8 — RIO GRANDE DO SUL

RECORRENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO: L.P.M.

EMENTA: — Administrativo.

Ferroviário da antiga Viação Férrea Rio Grande do Sul, incorporada à Rede Ferroviária Federal S.A. Complementação de proventos.

Incabível pretender o ferroviário — funcionário público do Estado cedido à Rede Ferroviária Federal, em decorrência da incorporação a esta da antiga Viação Férrea Rio Grande do Sul — que o Estado lhe pague, na aposentadoria, a permanente diferença de proventos entre os vencimentos do seu cargo público e os salários que forem sendo pagos pela Rede aos seus próprios servidores, em atividade, embora aposentado dentro do prazo previsto no art. 177, § 1º, da Constituição de 1967. E que atender-se a tal pretensão importaria em serem os proventos do funcionário, de fato, fixados pela R.F.F.S.A., o que contrariaria o disposto no art. 6º, parágrafo único, e no art. 65, ambos da Constituição Federal, pois, então, função legislativa (aumento dos proventos dos funcionários públicos) estaria sendo exercida pela Rede, quando aquele primeiro preceito constitucional veda delegação de poderes de tal natureza; e o segundo torna privativo do Poder Executivo iniciativa de leis que fixem vencimentos e vantagens de servidores públicos, autorizem, criem ou aumentem despesa pública.

Recurso conhecido e provido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer em parte do recurso e nesta parte dar-lhe provimento.

Brasília, 13 de dezembro de 1983.

DJACI FALCÃO

PRESIDENTE

ALDIR PASSARINHO

RELATOR

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 94.111.8 — RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO

RECORRENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO: L.P.M.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO (RELATOR) — Trata-se de ação ordinária proposta por L.P.M., ferroviário, aposentado, contra o Estado do Rio Grande do Sul e a Rede Ferroviária Fe-

deral, com vistas ao reconhecimento de seu direito à percepção integral dos aumentos concedidos ao funcionalismo em atividade, com a gratificação adicional de 25%, sem que fossem consideradas as eventuais majorações dos proventos pagos pelo INPS.

O magistrado de primeiro grau julgou procedente o pedido, reconhecendo ao autor o direito pleiteado, considerada a prescrição quinquenal de cada parcela, tudo a ser apurado em liquidação de sentença. A revisão dos proventos de inatividade deve ser feita na proporção de 100%, assim garantidas todas as vantagens previstas no estatuto dos ferroviários. Quanto à gratificação de 25% deve incidir sobre os salários realmente percebidos pelo servidor. A aposentadoria do autor ocorreu antes da vedação constitucional de 1967. Assim não se pode computar as majorações do INPS sob pretexto de que os proventos de inatividade superem aos ganhos dos funcionários ativos. Por outro lado, entendeu ser ilegítima a integração da Rede Ferroviária Federal na relação processual. De consequência, condenou o Estado ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, e o autor a pagar as despesas correspondentes à participação da Rede, incluídos os honorários respectivos.

Apelaram as partes. A 3ª Câmara Cível, examinando os recursos, negou provimento a ambos, confirmando a sentença em acórdão assim ementado (fls. 71):

"FERROVIÁRIO

Não pode o Estado deixar de pagar ao servidor ferroviário regularmente aposentado menos do que faz jus, nem unilateralmente pretender invalidar o que acordou e foi chancelado através de decreto legislativo.

A Rede Ferroviária Federal nada devendo ao demandante não podia ser convocada ao debate e deve ser dada como parte ilegítima no pólo passivo da relação processual. Apelo do demandante para dá-la como acionável rejeitado.

Recurso voluntário do Estado desprovido, confirmado o "decisum" sob reexame segundo a jurisprudência dominante no Tribunal. Sentença confirmada em reexame necessário".

Irresignado com essa decisão, recorreu extraordinariamente o Estado do Rio Grande do Sul, com amparo nas letras a, c e d da previsão constitucional, alegando violação ao artigo 6º, parágrafo único, e artigo 65 da Constituição Federal, ou seja, ao princípio da fixação em lei do quanto das vantagens pecuniárias dos funcionários e ao que veda a delegação de poderes. Outrossim, teria afrontado o artigo 98, parágrafo único, da Carta Magna, em deferindo o pedido do autor, aplicando o artigo 1º da Lei 3.096/56, admitindo, por consequente, equiparação vedada pelo referido dispositivo constitucional.

Justificando o cabimento do recurso pela letra c, sustenta o Estado que o aresto recorrido deu ao Acordo de Reversão União-Estado-Rede uma interpretação que coloca em conflito com a Constituição Federal (ato de Governo local contestado em face da Constituição). De outra parte, afirma que o cabimento do recurso por essa alínea tem, também, suporte no fato de ter-se aplicado, julgando-se válida, a Lei estadual nº 3096/56, que equipara os proventos da inatividade à remuneração da atividade, contestada em face do parágrafo único do artigo 98 da Lei Maior.

Também pela letra d, entende o Estado que tem amparo seu recurso, pois o aresto recorrido, ao aplicar o art. 1º da Lei 3.096/56, divergiu, de modo flagrante, da jurisprudência dos demais Tribunais do País, especialmente desta Corte. Menciona vários arestos sobre a impossibilidade de equiparação, em virtude do parágrafo único do art. 98 da Lei Fundamental.

Foi o recurso admitido pela letra c.

Ouvida, propugnou a Procuradoria-Geral da República pelo não conhecimento do recurso. É este o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO (RELATOR): — O autor, funcionário público estadual cedido à Rede Ferroviária Federal S/A, com a passagem a esta da antiga Viação Férrea Rio Grande do Sul, aposentado dentro do prazo de um ano da Constituição de 1967 e, portanto, sob o amparo do seu art. 177, § 1º, pleiteou perante a Justiça do Rio Grande do Sul, e conforme expresso na inicial, o reconhecimento de seu direito à percepção integral dos aumentos concedidos ao funcionalismo em atividade, a título de revisão de proventos; a incidência da gratificação adicional de 25% sobre os vencimentos efetivamente percebidos e, ainda, que, para efeito da revisão da diferença de proventos, não sejam levadas em conta as eventuais majorações do INPS, bem como o pagamento dos atrasados não atingidos pela prescrição quinquenal, acrescidos de juros de mora, honorários de advogado e demais cominações legais.

A sentença de 1º grau julgou a Rede Ferroviária Federal S/A parte ilegítima "ad causam" mas, considerando o Estado como o único réu, na ação, concedeu ao demandante o que ele pleiteava, sendo a sentença mantida no C. Tribunal "a quo".

O Estado não nega a revisão dos proventos, mas se insurge em que seja ele obrigado a pagar diferença entre os vencimentos do cargo estadual e os proventos da aposentadoria previdenciária, de molde a perfazer o "quantum" que o servidor perceberia como se em atividade estivesse, na aludida ferrovia, entendendo que não poderia o entendimento dado ao Acordo da Reversão — pelo qual os antigos ferroviários da Viação Férrea Rio Grande do Sul, integrantes dos quadros do Estado e que ficaram cedidos à Rede — ser aquele de o Estado pagar aquela diferença, sob pena de passar a Rede a, na verdade, vir a fixar os proventos de funcionários públicos estaduais, o que contrariava o disposto no art. 6º, parágrafo único, e art. 65, tudo da Constituição Federal.

Este é um dos pontos da inconformação do recorrente. De logo, esclarecendo que considero questionado o tema constitucional aludido, porquanto foi ele objeto da apelação e expressamente mencionado no relatório como argumento do Estado, então apelante, apreciou o voto condutor do acórdão ao repelir o argumento, declarando:

"O Estado, porém, tendo em vista a situação especial, assegurou no "termo de reversão" a garantia de futuras vantagens decorrentes de promoções, aumentos e vantagens. Não pode agora, em forma autoritária e unilateral, pretender invalidar o que avançou em forma legal".

E, mais adiante, ainda acentua o acórdão:

"Não pode o Estado deixar de pagar ao servidor ferroviário regularmente aposentado menos do que faz jus, nem unilateralmente pretender invalidar o que acordou e foi chancelado através do decreto legislativo".

A meu ver, porém, a razão está com o recorrente e, no particular, de fato — e tal como entendeu o ilustre Vice-Presidente do Tribunal gaúcho — a interpretação dada pelo v. acórdão impugnado às discutidas cláusulas do chamado Termo de Reversão e ao art. 189 da Lei 2.061/53, entra às testilhas com as disposições constitucionais que dão suporte ao apelo derradeiro.

Senão, vejamos.

Diz o art. 189 da Lei 2.061/53, "in verbis", e segundo se lê da inicial:

"O servidor público ferroviário terá direito, quando aposentado pela instituição de previdência social a que estiver vinculado, a diferença entre os proventos pagos por essa instituição e o estipêndio total percebido na data da aposentação, considerado este à razão de tantos avos quantos foram os anos de serviço até o máximo de trinta".

E dispõem, de sua parte, as cláusulas 4ª e 11ª do mencionado Termo de Reversão:

"A todos os servidores do quadro da VIFER, estáveis ou não, qualquer que seja a natureza de sua investidura, fica assegurada a qualidade de servidor público ferroviário do Estado do Rio Grande do Sul, reconhecendo-se-lhes, em qualquer hipótese, todos os direitos, vantagens e prerrogativas que lhe estão ou forem legalmente assegurados". (Cláusula 4ª).

"Os encargos com a inatividade dos servidores da VIFER, previstos nos artigos 189 e seus parágrafos e 196 da Lei estadual nº 2.061, de 13 de abril de 1953, serão da responsabilidade do Estado, a quem incumbirá o respectivo pagamento". (Cláusula 11ª)

Como parece óbvio, a Lei 2.061/53 tinha em vista as situações normais, comuns, que advinham das aposentadorias dos ferroviários, posto que delas resultava passarem os aposentados a perceber menos do que os servidores em atividade, e assim os cofres públicos completavam as diferenças de proventos. Assim, em se tratando de funcionários cedidos à Rede, o entendimento só poderia ser o de que o Estado complementaria a diferença entre os vencimentos do cargo público e os proventos previdenciários. E a mais do que isso não poderiam ir as cláusulas do Termo de Ajuste, pois interpretá-las diferentemente, ou seja, que estas importassem no pagamento, pelo Estado, entre os proventos previdenciários e os salários percebidos na Rede, seria vulnerar os preceitos constitucionais trazidos à balha pelo recorrente.

Na verdade, dizem tais normas constitucionais:

"Art. 6º, parágrafo único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro".

"Art. 65. É da competência do Poder Executivo a iniciativa das leis orçamentárias e das que abram créditos, fixem vencimentos e vantagens dos servidores públicos, concedam subvenção ou auxílio ou, de qualquer modo, autorizem, criem ou aumentem a despesa pública".

Ora, fora de dúvida que obrigar o Estado a pagar suplementação de proventos dos seus funcionários à base do que fosse fixado pela Rede, seria atribuir a este poder indelegável do Estado, em interpretação que não se compadeceria com os próprios princípios fundamentais que asseguram a autonomia dos Estados e por isso mesmo indelegáveis.

Deste modo, o que de fato há de ter-se é que a complementação devida pelo Estado do Rio Grande do Sul aos ferroviários dos seus quadros cedidos à Rede é aquela referente à diferença entre os proventos da aposentadoria do previdenciário e os vencimentos do cargo público.

Quanto à gratificação de 25% incidir sobre o total dos proventos e não apenas sobre os vencimentos do cargo público, é possível que fique este ponto ultrapassado com a decisão do item anterior, mas, no caso, é de dizer-se que sobre ele não incidiu o extraordinário.

No tocante à equiparação dos proventos do autor do percebido pelos que se encontram na ativa, e para contrariedade do que foi invocado o art. 98, parágrafo único da C.F., perde sentido o exame, porquanto, pelo que se tem dos autos, o valor da aposentadoria previdenciária era superior à remuneração do autor como funcionário público e, *no caso, não se trata de ação declaratória*. Na verdade, a discussão se tratava com vistas à permanente equiparação entre os proventos, com a complementação que seria paga pelo Estado, e os salários dos ferroviários da Rede, em atividade, e de igual situação.

Pelo exposto, conheço parcialmente do recurso pelo fundamento da letra "c" e lhe dou provimento parcial, com as explicitações acima, a fim de exonerar o Estado recorrente da obrigação de pagar complementação entre o valor dos proventos da aposentadoria previdenciária do postulante e os salários dos servidores de igual função, pagos pela Rede.

É o meu voto.

EXTRATO DE ATA

RE 94.111-8 — RS

Rel., Min. Aldir Passarinho. Recte.: Estado do Rio Grande do Sul (Adv. Caio Martins Leal). Recdo.: L.P.M. (Advs. Roberval Rodrigues e outra).

Decisão: Conhecido em parte, e nesta parte, provido nos termos do voto do Relator. Unânime. Falou pelo Recte.: o Dr. Caio Martins Leal. 2ª Turma, 13.12.83.

Presidência do Senhor Ministro Djaci Falcão. Presentes à sessão os Senhores Ministros Décio Miranda, Aldir Passarinho e Francisco Rezek.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Moreira Alves.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mauro Leite Soares.

HÉLIO FRANCISCO MARQUES
SECRETÁRIO

PARECERES PUBLICADOS NA RPGE

Número	Relator	Revista
s/nº	Vanin, Guimarães & Sesta	v.1, n.1, 1971
1/GAJ	Vanin, Orlando Giraldi	v.2, n.4, 1972
26/GAJ	Vanin, Orlando Giraldi	v.2, n.2, 1972
28/GCG	Vanin, Orlando Giraldi	v.1, n.1, 1971
29/GCG	Vanin, Orlando Giraldi	v.2, n.2, 1972
73/USE	Bortolan, Ivalino João	v.2, n.2, 1972
86/USE	Bortolan, Ivalino João	v.2, n.2, 1972
219/DAJ	Pagano, Adyles Duarte	v.1, n.1, 1971
435/DAJ	Vanin, Orlando Giraldi	v.2, n.2, 1972
556/GAJ	Couto e Silva, Almiro do	v.2, n.2, 1972
636/DAJ	Fernandes, Wilson	v.2, n.2, 1972
953/DAJ	Filippi, Adauray Pinto	v.1, n.1, 1971
1009	Filippi, Adauray Pinto	v.1, n.1, 1971
1073/UAJ	Lima, Cyl Paranhos de	v.1, n.1, 1971
1146/UAJ	Machado, Dilma Macedo	v.1, n.1, 1971
1198/UAJ	Borba, Bartolomé	v.2, n.3, 1972
1886	Hüllen, Renita Maria	v.2, n.3, 1972
1891	Soares, Mário Nunes	v.1, n.1, 1971
1893	Ribeiro, Elmo Pilla	v.1, n.1, 1971
1894	João, Paulo Germano	v.1, n.1, 1971
1895	Couto e Silva, Almiro do	v.1, n.1, 1971
1897	João, Paulo Germano	v.1, n.1, 1971
1899	Couto e Silva, Almiro do	v.1, n.1, 1971
1902	Sá, Ney	v.1, n.1, 1971
1903	Miller, José Carlos T.	v.1, n.1, 1971
1904	Leal, Caio Martins	v.1, n.1, 1971
1905	Soares, Mário Nunes	v.1, n.1, 1971
1906	Zacchia, José	v.1, n.1, 1971
1909	Miller, José Carlos T.	v.1, n.1, 1971
1911	Cabral, Armando Henrique	v.1, n.1, 1971
1912	Ramos, José Hugo V. Castro	v.1, n.1, 1971
1914	Pires, Jorge Alberto Diehl	v.1, n.1, 1971
1917	Monteiro, José Joaquim	v.1, n.1, 1971
1918	Filippi, Adauray Pinto	v.1, n.1, 1971
2065	Schuch, Dilma Sulamita	v.2, n.3, 1972
2067	Rodrigues, Emílio	v.2, n.3, 1972
2071	João, Paulo Germano	v.2, n.3, 1972
2072	Silva, Celeste Pacheco da	v.2, n.3, 1972
2102	Rocha, Manoel André da	v.2, n.3, 1972
2105	Couto e Silva, Almiro do	v.2, n.3, 1972
2112	Leal, Caio Martins	v.2, n.4, 1972
2131	Vanin, Orlando Giraldi	v.2, n.4, 1972
2146	Rocha, Manoel André da	v.2, n.4, 1972
2148	Zanini, Flávio José	v.2, n.4, 1972
2153	Sá, Ney	v.2, n.4, 1972
2163	Schuch, Dilma Sulamita	v.2, n.4, 1972
2164	Rodrigues, Emílio	v.2, n.4, 1972
2167	Cunha, Wenceslau Souza da	v.2, n.4, 1972
2171	Filippi, Adauray Pinto	v.2, n.4, 1972
2176	Hüllen, Renita Maria	v.2, n.4, 1972
2180	Ferreira, Nilo Damasceno	v.2, n.4, 1972
2186	Leal, Caio Martins	v.3, n.5, 1973
2192	Couto e Silva, Almiro do	v.3, n.5, 1973
2194	Miller, José Carlos T.	v.3, n.5, 1973

Número	Relator	Revista
2199	Soares, Mário Nunes	v.3, n.5, 1973
2202	Miller, José Carlos T.	v.3, n.5, 1973
2207	Borba, Bartolomé	v.3, n.5, 1973
2210	Soares, Mário Nunes	v.3, n.5, 1973
2212	Filippi, Adauray Pinto	v.3, n.5, 1973
2217	Couto e Silva, Almiro do	v.3, n.5, 1973
2231	Silva, Celeste Pacheco da	v.3, n.5, 1973
2234	Soares, Mário Nunes	v.3, n.5, 1973
2250	Vanin, Orlando Giraldi	v.3, n.5, 1973
2254	Cunha, Wenceslau Souza da	v.3, n.5, 1973
2261	Filippi, Adauray Pinto	v.3, n.5, 1973
2266	Sá, Ney	v.3, n.5, 1973
2276	Monteiro, José Joaquim	v.3, n.5, 1973
2294	Rodrigues, Emílio	v.3, n.5, 1973
2297	Soares, Mário Nunes	v.3, n.5, 1973
2298	Cabral, Armando Henrique D.	v.3, n.5, 1973
2299	Souza, Benoni Silveira	v.3, n.5, 1973
2300	Vanin, Orlando Giraldi	v.3, n.6, 1973
2307	Zacchia, José	v.3, n.5, 1973
2311	Hüllen, Renita Maria	v.3, n.5, 1973
2314	Cabral, Armando Henrique D.	v.3, n.5, 1973
2325	Cabral, Armando Henrique D.	v.3, n.6, 1973
2326	Ferreira, Nilo Damasceno	v.3, n.6, 1973
2328	Soares, Mário Nunes	v.3, n.6, 1973
2329	Cabral, Armando Henrique D.	v.3, n.7, 1973
2331	João, Paulo Germano	v.3, n.7, 1973
2332	Cunha, Wenceslau Souza da	v.3, n.6, 1973
2333	Leal, Caio Martins	v.3, n.6, 1973
2337	Soares, Mário Nunes	v.3, n.6, 1973
2338	Sá, Ney	v.3, n.6, 1973
2339	Pires, Jorge Alberto Diehl	v.3, n.6, 1973
2345	Miller, José Carlos T.	v.3, n.6, 1973
2357	Filippi, Adauray Pinto	v.3, n.6, 1973
2359	Soares, Mário Nunes	v.3, n.7, 1973
2361	Moura, Ana Maria L. de	v.3, n.6, 1973
2374	Silva, Celeste Pacheco da	v.3, n.6, 1973
2377	João, Paulo Germano	v.3, n.6, 1973
2381	Ferreira, Nilo Damasceno	v.3, n.7, 1973
2382	Ribeiro, Elmo Pilla	v.3, n.7, 1973
2383	Ribeiro, Elmo Pilla	v.3, n.7, 1973
2390	Rocha, Manoel André da	v.3, n.7, 1973
2392	Leal, Caio Martins	v.3, n.7, 1973
2399	Miller, José Carlos T.	v.3, n.7, 1973
2402	Filippi, Adauray Pinto	v.3, n.7, 1973
2419	Hüllen, Renita Maria	v.3, n.7, 1973
2420	Moura, Ana Maria L. de	v.3, n.7, 1973
2422	Vanin, Orlando Giraldi	v.3, n.7, 1973
2427	Hüllen, Renita Maria	v.3, n.7, 1973
2444	Soares, Mário Nunes	v.3, n.7, 1973
2445	Cabral, Armando Henrique D.	v.4, n.8, 1974
2449	Filippi, Adauray Pinto	v.4, n.8, 1974
2455	Hüllen, Renita Maria	v.4, n.8, 1974
2464	Soares, Mário Nunes	v.4, n.8, 1974
2464	Soares, Mário Nunes	v.6, n.15, 1976

Número	Relator	Revista
2466	Sá, Ney	v.4, n.8, 1974
2467	Pires, Jorge Alberto Diehl	v.4, n.8, 1974
2468	Soares, Mário Nunes	v.4, n.8, 1974
2471	Moura, Ana Maria L. de	v.4, n.8, 1974
2475	Ferreira, Nilo Damasceno	v.4, n.8, 1974
2477	João, Paulo Germano	v.4, n.8, 1974
2487	Hüllen, Renita Maria	v.4, n.8, 1974
2568	Monteiro, José Joaquim	v.6, n.16, 1976
2575	Moura, Ana Maria L. de	v.4, n.9, 1974
2578	Soares, Mário Nunes	v.4, n.9, 1974
2582	Pires, Jorge Alberto Diehl	v.4, n.9, 1974
2587	Couto e Silva, Almiro do	v.4, n.9, 1974
2592	Ribeiro, Elmo Pilla	v.4, n.9, 1974
2617	Ruschel, Carlos Maria	v.4, n.9, 1974
2782	Ruschel, Carlos Maria	v.5, n.13, 1975
2805	Ferreira, Nilo Damasceno	v.7, n.17, 1977
3030	Ferreira, Nilo Damasceno	v.6, n.14, 1976
3042	Couto e Silva, Almiro do	v.6, n.14, 1976
3074	Soares, Mário Nunes	v.6, n.14, 1976
3132	Filippi, Rejane Brasil	v.6, n.16, 1976
3146	Couto e Silva, Almiro do	v.5, n.13, 1975
3158	Costa, Celso Martins	v.6, n.14, 1976
3159	Alfoncin, Jacques Távora	v.6, n.14, 1976
3263	Azevedo, Marília de O.	v.6, n.15, 1976
3288	Ramos, José Hugo C.	v.6, n.14, 1976
3271	Rodrigues, Emilio	v.7, n.17, 1977
3277	Monteiro Filho, Nelson	v.6, n.14, 1976
3311	Moraes, Maurício Azevedo	v.6, n.15, 1976
3313	Moraes, Maurício Azevedo	v.6, n.16, 1976
3337	Carriconde, João S.	v.6, n.16, 1976
3338	Scomazzon, Waldacyr	v.6, n.16, 1976
3348	Moraes, Maurício Azevedo	v.6, n.15, 1976
3353	Sesta, Mário Bernardo	v.10, n.26, 1980
3366	Sá, Ney	v.6, n.16, 1976
3376	Rocha, Manoel André	v.6, n.15, 1976
3388	Grassi, Marisa S.	v.7, n.17, 1977
3404	Carriconde, João S.	v.6, n.15, 1976
3490	Couto e Silva, Almiro do	v.7, n.17, 1977
3506	Aiano, Wilson	v.7, n.17, 1977
3518	Allgayer, Antonio Estevão	v.7, n.18, 1977
3534	Grassi, Marisa Soares	v.7, n.18, 1977
3537	Soares, Mário Nunes	v.7, n.18, 1977
3543	João, Paulo Germano	v.7, n.18, 1977
3545	Rodrigues, Emilio	v.7, n.18, 1977
3553	Gruszynski, Alexandre Henrique	v.7, n.17, 1977
3554	Grassi, Marisa Soares	v.8, n.22, 1978
3558	Pires, José Quadros	v.7, n.19, 1977
3575	Rocha, Manoel André da	v.7, n.18, 1977
3576	Morsch, Jorge Arthur	v.7, n.18, 1977
3577	Soares, Mário Nunes	v.8, n.21, 1978
3589	Sesta, Mário Bernardo	v.8, n.22, 1978
3593	Allgayer, Antonio Estevão	v.7, n.19, 1977
3597	Allgayer, Antonio Estevão	v.9, n.23, 1979
3605	Rocha, Manoel André da	v.10, n.26, 1980
3609	Costa, Celso Martins	v.8, n.22, 1978
3610	Gruszynski, Alexandre Henrique	v.8, n.21, 1978
3617	Cabral, Armando Henrique D.	v.8, n.22, 1978

Número	Relator	Revista
3626	Soares, Mário Nunes	v.8, n.22, 1978
3631	Pires, José Quadros	v.7, n.18, 1977
3635	Couto e Silva, Almiro do	v.7, n.18, 1977
3643	Monteiro, José Joaquim	v.7, n.19, 1977
3659	Costa, Celso Martins	v.7, n.19, 1977
3662	Soares, Mário Nunes	v.7, n.19, 1977
3666	Pires, José Quadros	v.8, n.22, 1978
3675	Sesta, Mário Bernardo	v.7, n.19, 1977
3676	Morsch, Jorge Arthur	v.8, n.20, 1978
3685	Moraes, Maurício Azevedo	v.8, n.20, 1978
3700	Rocha, Manoel André da	v.8, n.21, 1978
3725	Tesheiner, José Maria R.	v.8, n.22, 1978
3728	Rodrigues, Emilio	v.8, n.20, 1978
3729	Tesheiner, José Maria R.	v.8, n.21, 1978
3730	Scomazzon, Waldacyr	v.8, n.20, 1978
3735	Rocha, Manoel André da	v.8, n.20, 1978
3744	Tesheiner, José Maria R.	v.8, n.20, 1978
3750	Sesta, Mário Bernardo	v.8, n.21, 1978
3759	Allgayer, Antonio Estevão	v.8, n.21, 1978
3763	Soares, Mário Nunes	v.8, n.20, 1978
3777	Sá, Ney	v.8, n.21, 1978
3831	Allgayer, Antonio Estevão	v.8, n.22, 1978
3834	Scomazzon, Waldacyr	v.8, n.21, 1978
3845	Monteiro, José Joaquim	v.8, n.22, 1978
3850	Soares, Mário Nunes	v.9, n.23, 1979
3853	Dias, Francisco Gonçalves	v.8, n.21, 1978
3856	Morsch, Jorge Arthur	v.8, n.22, 1978
3867	Couto e Silva, Almiro do	v.8, n.21, 1978
3880	Sá, Ney	v.9, n.24, 1979
3881	Couto e Silva, Almiro do	v.8, n.22, 1978
3882	Pires, Jorge Alberto Diehl	v.8, n.22, 1978
3944	Couto e Silva, Almiro do	v.9, n.23, 1979
3945	Monteiro, José Joaquim	v.9, n.23, 1979
3964	Morsch, Jorge Arthur	v.9, n.23, 1979
3984	Moraes, Maurício Azevedo	v.9, n.23, 1979
3989	Couto e Silva, Almiro do	v.10, n.25, 1980
3998	Gruszynski, Alexandre Henrique	v.9, n.23, 1979
4001	Grassi, Marisa Soares	v.9, n.23, 1979
4045	Pires, José Quadros	v.9, n.24, 1979
4057	Ribeiro, Elmo Pilla	v.10, n.26, 1980
4067	Sá, Ney	v.9, n.23, 1979
4073	Marchi, Dercio	v.9, n.24, 1979
4083	Monteiro, José Joaquim	v.9, n.24, 1979
4084	Cabral, Armando Henrique D.	v.9, n.25, 1979
4086	Cabral, Armando Henrique D.	v.9, n.24, 1978
4091	Alfoncin, Jacques Távora	v.9, n.23, 1979
4099	Galbinski, Clarita	v.9, n.24, 1979
4103	Cabral, Armando Henrique D.	v.13, n.36, 1983
4117	Pires, José Quadros	v.9, n.24, 1979
4120	Couto e Silva, Almiro do	v.9, n.24, 1979
4130	Lustosa, Caio	v.9, n.24, 1979
4134	Monteiro, José Joaquim	v.9, n.24, 1979
4139	Morsch, Jorge Arthur	v.9, n.24, 1979
4140	Rodrigues, Mercedes de M.	v.9, n.24, 1979
4145	Pires, José Quadros	v.10, n.26, 1980
4151	Pires, José Quadros	v.9, n.25, 1979
4157	Galbinski, Clarita	v.9, n.25, 1979

Número	Relator	Revista
4178	La Porta, Sílvia	v.9, n.25, 1979
4184	Cabral, Armando Henrique D.	v.9, n.25, 1979
4186	Aranovich, Rosa Maria de C.	v.9, n.25, 1979
4189	Hüllen, Renita Maria	v.9, n.25, 1979
4190	Pires, José Quadros	v.9, n.25, 1979
4191	Galbinski, Clarita	v.10, n.26, 1980
4194	Hüllen, Renita Maria	v.11, n.29, 1981
4200	Bastos, Rosa Maria P.	v.9, n.25, 1979
4206	Rodrigues, Mercedes de M.	v.10, n.26, 1980
4209	Moura, Eliana Donatelli de	v.10, n.26, 1980
4210	Cabral, Armando Henrique D.	v.10, n.26, 1980
4212	Ribeiro, Elmo Pilla	v.9, n.25, 1979
4218	Morsch, Jorge Arthur	v.9, n.25, 1979
4219	Moura, Eliana Donatelli de	v.9, n.25, 1979
4220	Ramos, José Hugo V. Castro	v.9, n.25, 1979
4248	Galbinski, Clarita	v.9, n.25, 1979
4252	Rodrigues, Mercedes de M.	v.10, n.26, 1980
4253	Sá, Ney	v.10, n.27, 1980
4262	Pires, Jorge Alberto Diehl	v.10, n.28, 1980
4277	Pires, José Quadros	v.10, n.27, 1980
4287	Grassi, Marisa Soares	v.10, n.27, 1980
4289	La Porta, Sílvia	v.10, n.26, 1980
4293	Rodrigues, Mercedes de Moraes	v.10, n.27, 1980
4295	Moura, Eliana Donatelli de	v.11, n.29, 1981
4296	Rodrigues, Emilio	v.10, n.27, 1980
4297	Ribeiro, Elmo Pilla	v.10, n.27, 1980
4303	Couto e Silva, Almiro do	v.10, n.27, 1980
4310	Grassi, Marisa Soares	v.10, n.28, 1980
4311	Oliveira, Ana Maria F. de	v.10, n.28, 1980
4312	Pires, José Quadros	v.11, n.31, 1981
4313	Oliveira, Ana Maria F. de	v.11, n.30, 1981
4315	Aranovich, Rosa Maria de C.	v.10, n.27, 1980
4316	Hüllen, Renita Maria	v.10, n.27, 1980
4320	Moura, Eliana Donatelli de	v.10, n.27, 1980
4321	Bastos, Rosa Maria P.	v.10, n.27, 1980
4322	Nygaard, Verena	v.10, n.27, 1980
4323	Rodrigues, M. de Moraes	v.11, n.29, 1981
4325	Couto e Silva, Almiro do	v.11, n.29, 1981
4327	Couto e Silva, Almiro do	v.10, n.28, 1980
4331	Ramos, José Hugo V. C.	v.10, n.27, 1980
4332	Moura, Ana Maria L. de	v.13, n.35, 1983
4337	Bergesch, Eunice Rotta	v.10, n.27, 1980
4338	Nygaard, Verena	v.10, n.28, 1980
4346	Pires, José Quadros	v.10, n.28, 1980
4348	Azevedo, Marília de O.	v.10, n.28, 1980
4353	Cabral, Armando Henrique D.	v.10, n.27, 1980
4356	Azevedo, Marília de O.	v.10, n.27, 1980
4357	Nygaard, Verena	v.10, n.27, 1980
4358	Rosa Filho, Telmo C. de	v.10, n.27, 1980
4361	Bergesch, Eunice Rotta	v.10, n.27, 1980
4364	Pires, José Quadros	v.10, n.27, 1980
4368	Moura, Eliana Donatelli de	v.10, n.28, 1980
4369	Couto e Silva, Almiro do	v.11, n.31, 1981
4370	Moura, Ana Maria L. de	v.12, n.34, 1982
4373	Bergesch, Eunice Rotta	v.12, n.32, 1982
4374	Grassi, Marisa Soares	v.11, n.29, 1981

Número	Relator	Revista
4380	Moura, Eliana Donatelli de	v.11, n.30, 1981
4391	Sá, Ney	v.11, n.29, 1981
4393	Bastos, Rosa Maria Peixoto	v.10, n.28, 1980
4396	Aranovich, Rosa Maria de C.	v.10, n.28, 1980
4398	Bergesch, Eunice Rotta	v.10, n.28, 1980
4401	Rodrigues, Mercedes de M.	v.10, n.28, 1980
4411	Aranovich, Rosa Maria de C.	v.11, n.29, 1981
4412	La Porta, Sílvia	v.11, n.29, 1981
4415	La Porta, Sílvia	v.10, n.28, 1980
4416	Moura, Eliana Donatelli de	v.12, n.32, 1982
4440	Ramos, José Hugo V. C.	v.11, n.29, 1981
4454	Nygaard, Verena	v.11, n.29, 1981
4458	Ramos, José Hugo V. Castro	v.13, n.35, 1983
4463	Ribeiro, Elmo Pilla	v.11, n.29, 1981
4492	Pires, Jorge Alberto Diehl	v.11, n.31, 1981
4501	Goulart, Adnor	v.11, n.29, 1981
4507	Galbinski, Clarita	v.11, n.30, 1981
4508	Hüllen, Renita Maria	v.11, n.30, 1981
4510	Bastos, Rosa Maria P.	v.11, n.29, 1981
4518	Galbinski, Clarita	v.11, n.31, 1981
4526	Gruszynski, Alexandre Henrique	v.13, n.37, 1983
4529	Azevedo, Marília de O.	v.11, n.31, 1981
4530	Galbinski, Clarita	v.11, n.29, 1981
4532	Cabral, Armando Henrique D.	v.11, n.29, 1981
4552	Bastos, Rosa Maria P.	v.11, n.31, 1981
4556	Cabral, Armando Henrique D.	v.11, n.30, 1981
4557	Ramos, José Hugo V. C.	v.11, n.30, 1981
4563	Bastos, Rosa Maria P.	v.11, n.30, 1981
4564	Couto e Silva, Almiro do	v.11, n.30, 1981
4577	Ramos, José Hugo V. Castro	v.12, n.33, 1982
4579	Cabral, Armando Henrique D.	v.11, n.31, 1981
4585	Pires, Jorge Alberto Diehl	v.13, n.35, 1983
4592	Pires, Jorge Alberto Diehl	v.11, n.30, 1981
4593	Rodrigues, Mercedes de M.	v.11, n.30, 1981
4548	Lustosa, Caio	v.13, n.36, 1983
4605	Guimarães, Eulália Maria de C.	v.11, n.31, 1981
4610	Hüllen, Renita Maria	v.11, n.31, 1981
4612	Ramos, José Hugo V. C.	v.11, n.31, 1981
4614	La Porta, Sílvia	v.11, n.30, 1981
4620	Grassi, Marisa Soares	v.11, n.30, 1981
4621	Pires, José Quadros	v.11, n.30, 1981
4622	Grassi, Marisa Soares	v.12, n.32, 1982
4624	La Porta, Sílvia	v.11, n.31, 1981
4628	Sá, Ney	v.12, n.33, 1982
4631	Nygaard, Verena	v.11, n.31, 1981
4640	Moura, Eliana Donatelli de	v.11, n.31, 1981
4643	Pires, Jorge Alberto Diehl	v.11, n.31, 1981
4648	Lustosa, Caio	v.11, n.31, 1981
4652	Grassi, Marisa Soares	v.11, n.31, 1981
4663	Morsch, Jorge Arthur	v.11, n.31, 1981
4666	Pires, Jorge Alberto Diehl	v.12, n.32, 1982
4674	Sá, Ney	v.11, n.31, 1981
4678	Lustosa, Caio	v.12, n.32, 1982
4679	Ferreira, Aldo Leão	v.12, n.32, 1982
4680	Aranovich, Rosa Maria de C.	v.12, n.32, 1982
4687	Pires, José Quadros	v.12, n.32, 1982
4689	Machado, Eunice Nequete	v.12, n.32, 1983

Número	Relator	Revista
4690	Rocha, Manoel André da	v. 12, n. 32, 1982
4692	Aranovich, Rosa Maria C.	v. 12, n. 34, 1982
4704	Hüllen, Renita Maria	v. 12, n. 32, 1982
4705	Couto e Silva, Almiro do	v. 12, n. 32, 1982
4708	La Porta, Sílvia	v. 13, n. 35, 1983
4712	Sá, Ney	v. 12, n. 32, 1982
4721	Ferreira, Aldo Leão	v. 12, n. 34, 1982
4730	Rodrigues, Mercedes de M.	v. 12, n. 32, 1982
4732	Azevedo, Marília de O.	v. 12, n. 32, 1982
4740	Pires, Jorge Alberto Diehl	v. 12, n. 34, 1982
4765	Fonyat, Maria Izabel R.	v. 12, n. 32, 1982
4766	Aranovich, Rosa Maria de C.	v. 13, n. 37, 1983
4787	Ramos, José Hugo V. C.	v. 12, n. 34, 1982
4788	Bastos, Rosa Maria P.	v. 12, n. 32, 1983
4792	Monteiro José Joaquim	v. 13, n. 35, 1983
4809	Fonyat, Maria Izabel A. R.	v. 13, n. 36, 1983
4813	Lustosa, Caio	v. 12, n. 33, 1982
4818	Couto e Silva, Almiro do	v. 12, n. 33, 1982
4832	Moura, Eliana Donatelli de	v. 13, n. 37, 1983
4833	Moura, Eliana Donatelli do	v. 12, n. 34, 1982
4841	Machado, Eunice Nequete	v. 12, n. 33, 1982
4842	Aranovich, Rosa Maria de C.	v. 13, n. 35, 1983
4843	Rocha, Manoel André da	v. 12, n. 33, 1982
4845	Machado, Eunice Nequete	v. 13, n. 37, 1983
4861	Couto e Silva, Almiro do	v. 13, n. 37, 1983
4862	Bastos, Rosa Maria P.	v. 12, n. 33, 1982
4864	Morsch, Jorge Arthur	v. 12, n. 33, 1982
4865	Moraes, Maurício Azevedo	v. 12, n. 33, 1982
4866	Hüllen, Renita Maria	v. 12, n. 33, 1982
4867	Aranovich, Rosa Maria de C.	v. 13, n. 36, 1983
4872	Bastos, Rosa Maria P.	v. 13, n. 35, 1983
4879	Guimarães, Eulália Maria C.	v. 12, n. 34, 1982
4883	Machado, Eunice Nequete	v. 13, n. 35, 1982
4889	Cabral, Armando Henrique D.	v. 12, n. 33, 1982
4897	Netto, Floriano Miller	v. 12, n. 33, 1982
4905	Machado, Eunice Nequete	v. 12, n. 34, 1982
4907	Moura, Eliana Donatelli de	v. 12, n. 33, 1982
4910	Azevedo, Marília de O.	v. 12, n. 34, 1982
4930	Fonyat, Maria Izabel A. R.	v. 12, n. 33, 1982
4937	Bastos, Rosa Maria P.	v. 12, n. 34, 1983
4940	Gruszynski, Alexandre Henrique	v. 12, n. 34, 1982
4956	Lustosa, Caio	v. 13, n. 35, 1983
4960	Bergesch, Eunice Rotta	v. 12, n. 34, 1982
4962	Rocha, Manoel André da	v. 12, n. 34, 1982
4964	La Porta, Sílvia	v. 13, n. 37, 1983
4966	Sá, Ney	v. 12, n. 34, 1982
		v. 13, n. 35, 1983
5014	Hüllen, Renita Maria	v. 13, n. 35, 1983
		v. 13, n. 37, 1983
5023	Fonyat, Maria Izabel de A. R.	v. 13, n. 35, 1983
5024	Grassi, Marisa Soares	v. 13, n. 36, 1983
5028	Grassi, Marisa Soares	v. 13, n. 35, 1983
5029	Nygaard, Verena	v. 13, n. 37, 1983
5031	Ramos, José Hugo C.	v. 13, n. 36, 1983
5030	Morsch, Jorge Arthur	v. 13, n. 35, 1982
5038	Pires, José Quadros	v. 13, n. 36, 1983
5043	Lustosa, Caio	v. 13, n. 37, 1983

Número	Relator	Revista
5056	Moura, Eliana Donatelli de	v. 13, n. 35, 1983
5057	Azevedo, Marília	v. 13, n. 36, 1983
5058	Guimarães, Eulália Maria de C.	v. 13, n. 35, 1983
5059	Ferreira, Aldo Leão	v. 13, n. 36, 1983
5067	Monteiro, José Joaquim	v. 13, n. 36, 1983
5094	Hüllen, Renita Maria	v. 13, n. 36, 1983
5097	La Porta, Sílvia	v. 13, n. 36, 1983
5108	Goulart, Adnor	v. 13, n. 37, 1983
5122	Guimarães, Eulália	v. 13, n. 36, 1983
5124	Sá, Ney	v. 13, n. 36, 1983
5126	Monteiro José Joaquim	v. 13, n. 38, 1983
5144	Monteiro, José Joaquim	v. 13, n. 37, 1983
5148	Guimarães, Eulália Maria de C.	v. 13, n. 37, 1983
5150	Gruszynski, Alexandre Henrique	v. 13, n. 36, 1983
5154	Bastos, Rosa Maria P.	v. 13, n. 36, 1983
5163	Sá, Ney	v. 13, n. 37, 1983
5169	Ramos, José Hugo C.	v. 13, n. 37, 1983
5185	Silva, Targino B. da	v. 13, n. 38, 1983
5200	Petry, Elaine de A.	v. 14, n. 39, 1984
5203	Sá, Ney	v. 13, n. 38, 1983
5218	Petry, Elaine de A.	v. 13, n. 57, 1983
5223	Galbinski, Clarita	v. 13, n. 37, 1983
5229	Grassi, Marisa Soares	v. 13, n. 38, 1983
5253	Guimarães, Eulália Maria de C.	v. 13, n. 38, 1983
5262	Aranovich, Rosa Maria de C.	v. 13, n. 38, 1983
5267	Morsch, Jorge Arthur	v. 13, n. 37, 1983
5268	Sá, Ney	v. 14, n. 40, 1984
5271	Petry, Elaine de A.	v. 14, n. 40, 1984
5275	Couto e Silva, Almiro do	v. 14, n. 34, 1984
5282	Morsch, Jorge Arthur	v. 13, n. 38, 1983
5290	Ferreira, Aldo Leão	v. 13, n. 38, 1983
5296	Vargas, Nilo	v. 13, n. 38, 1983
5298	Moreira, Jorge Rafael C.	v. 13, n. 38, 1983
5325	Petry, Elaine de A.	v. 13, n. 38, 1983
5329	Pires, Jorge Alberto Diehl	v. 13, n. 38, 1983
5335	Fonyat, Maria Izabel de A.	v. 13, n. 38, 1983
5348	Goulart, Adnor	v. 14, n. 34, 1984
5362	La Porta, Sílvia	v. 13, n. 38, 1983
5386	Nygaard, Verena	v. 13, n. 38, 1983
5399	Pires, Jorge Alberto Diehl	v. 14, n. 39, 1984
5402	Morsch, Jorge Arthur	v. 14, n. 39, 1984
5404	Ferreira, Aldo Leão	v. 14, n. 39, 1984
5412	Moraes, Maurício Azevedo	v. 14, n. 39, 1984
5422	Bergesch, Eunice Rotta	v. 14, n. 39, 1984
5429	Vargas, Nilo	v. 14, n. 39, 1984
5437	Guimarães, Eulália Maria de C.	v. 14, n. 39, 1984
5445	Fonyat, Maria Izabel de A.	v. 14, n. 39, 1984
5452	Moura, Ana Maria L. de	v. 14, n. 38, 1984
5453	Sá, Ney	v. 14, n. 39, 1984
5461	Goulart, Adnor	v. 14, n. 40, 1984
5485	Rocha, Manoel André da	v. 14, n. 39, 1984
5534	Machado, Eunice Nequete	v. 14, n. 39, 1984
5568	Guimarães, Eulália Maria de C.	v. 14, n. 40, 1984
5585	Borba, Bartolomé	v. 14, n. 40, 1984
5632	Nygaard, Verena	v. 14, n. 40, 1984
5646	Gruszynski, Alexandre Henrique	v. 14, n. 40, 1984
5650	Moura, Eliana Donatelli de	v. 14, n. 40, 1984

Número	Relator	Revista
5666	Alfonsin, Jacques Távora	v. 14, n. 40, 1984
5668	Sesta, Mário Bernardo	v. 14, n. 40, 1984
5669	La Porta, Sílvia	v. 14, n. 40, 1984
5682	Azevedo, Marília de O.	v. 14, n. 40, 1984
5685	Bergesch, Eunice	v. 14, n. 40, 1984

Número	Relator	Revista
5686	Machado, Eunice Nequete	v. 14, n. 40, 1984
5687	Moura, Ana Maria L. de	v. 14, n. 40, 1984
5692	Fonyat, Maria Izabel de A.	v. 14, n. 40, 1984
5693	Hüllen, Renita Maria	v. 14, n. 40, 1984
5697	Aranovich, Rosa Maria de C.	v. 14, n. 40, 1984

ÍNDICE DE ASSUNTOS

ACUMULAÇÃO DE CARGOS

- Acumulação de cargos e funções. Acúmulo indevido, configurado pelo "caput" do art. 99 da Constituição Federal, de servidor da Companhia União de Seguros Gerais colocado à disposição da Casa Civil do Gabinete do Senhor Governador, e que exerce cumulativamente cargo de professor estadual. Parecer do Procurador Rosa Maria de Campos Aranovich 75
- Aposentadoria *ver* PROVENTOS 115

BENS PÚBLICOS

- Bens públicos. Dispensabilidade do registro imobiliário. O registro imobiliário é necessário somente no momento da eventual transferência de domínio a particulares. A tese propõe a eficácia do tombo para a incorporação de imóveis do patrimônio público. Artigo de Eliana Donatelli de Moura 42
- Seguro de bens dos órgãos do Poder Público. Seguro de bens pertinentes à Administração Federal Indireta cedidos a órgãos da Administração local. Matéria regida pelo artigo 23 do DL 73/66; ausência de conflito entre esse texto legal e o Decreto estadual nº 21.141/71. Parecer do Procurador Mário Bernardo Sesta 59
- Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Mário Bernardo Sesta 60

CARGO PÚBLICO

- Criação de cargo municipal. Câmara Municipal. Quadro de Pessoal. Cargo de Consultor Jurídico. Inexistindo paradigma no Poder Executivo, em relação ao cargo de Consultor Jurídico, recentemente criado na Câmara, poderá o Município observar os critérios estabelecidos na Lei Complementar nº 10, de 06 de maio de 1971, que fixa normas para o cumprimento do disposto nos artigos 98 e 108, § 1º, da Constituição Federal, ainda que dirigido referido diploma legal somente ao legislador federal. Parecer do Procurador Maria Izabel de A.R. Fonyat 117
- Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Prefeito Municipal de Mostardas, RS, encaminhando parecer do Procurador Maria Izabel de A.R. Fonyat 120
- *ver* ACUMULAÇÃO DE CARGOS 75

CULPA

- A noção de culpa grave administrativa. O campo de aplicação da noção. As características da noção. Artigo de Jean-François Couzinet. Tradução por César Augusto F. Mariano e revisão de Eliana Donatelli de Moura 13

CUSTAS

- Correção monetária de custas. Incidência sobre o montante devido ao Estado, pelo sistema oficializado de remuneração, e não recolhido, atualmente, pelo servidor público encarregado de fazê-lo. Parecer do Procurador Jacques Távora Alfonsin 79

DIREITO DE DEFESA

- Direito de defesa. Processo administrativo-disciplinar. Julgamento pelo Conselho Superior de Polícia. Exigência da presença do defensor constituído ou dativo, designado que seja apenas para o julgamento. Nulidade do julgamento realizado com preterição dessa formalidade. Parecer do Procurador Ney Sá 49
- Ofício do Procurador-Geral Francisco Seizano V. da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Ney Sá 58

DISPENSÁRIOS DE MEDICAMENTOS

- Dispensários de medicamentos de pequenas unidades hospitalares. Hipóteses em que estão obrigados ou dispensados de manter farmacêutico para proceder à dispensação de medicamentos às pessoas internadas em tais estabelecimentos. Lei federal nº 5.991. A solução do problema à luz dos ensinamentos doutrinários. Parecer do Procurador Adnor Goulart. 91
- Ofício do Procurador-Geral Francisco Salzano Vieira da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Adnor Goulart. 97
- Dissolução de sociedades *ver* SOCIEDADE 39

ESTABILIDADE

- Estabilidade e efetivação. A estabilidade constitucional é pressuposto jurídico básico para gerar o direito à efetivação especial prevista na Lei nº 7.133, de 13 de janeiro de 1978. Parecer do Procurador Ana Maria Landell de Moura 66
- Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Ana Maria Landell de Moura 67
- Efetivação *ver* ESTABILIDADE. 66

FERROVIÁRIO

- Ferrovários: Estado vence no STF. Recurso Extraordinário (CF, artigo 119, III, a, c e d e RISTF, artigo 325, "caput", e 328. Ofensa à Constituição. Divergência com a Súmula e Relevância da Questão Federal) elaborado pelo Procurador Caio Martins Leal 146
- Ferrovários: Estado vence no STF. Razões do Recurso Extraordinário pelo Procurador Caio Martins Leal 152
- Ferrovários: Estado vence no STF. Acórdão RE 99.976-1. Relator Ministro Soares Muñoz 156

HOMENAGEM PÓSTUMA

- Um mestre eminente do Direito. Discurso proferido pelo Dr. Almiro do Couto e Silva na cerimônia de sepultamento do Professor Ruy Cirne Lime 11

INFRAÇÕES SANITÁRIAS

- Infrações sanitárias. Penalidades. Procedimento administrativo para aplicação das penalidades previstas na Lei federal nº 6.437, de 20 de agosto de 1977. Parecer do Procurador Verena Nygaard 88

IMPOSTO

- Imposto predial e territorial urbano. Distinções legais para delimitação de zona urbana para fins urbanísticos e para fins tributários. Distinção entre zona urbana e de expansão urbana. Inconstitucionalidade do artigo 6º e parágrafo único da Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972. Parecer do Procurador Renita Maria Hüllen 130
- Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Vice-Prefeito Municipal de Capão do Leão, RS, encaminhando parecer do Procurador Renita Maria Hüllen 136
- Legislação sanitária *ver* INFRAÇÕES SANITÁRIAS 88

LICENÇA DA FUNCIONÁRIA CASADA

- Licença para acompanhar cônjuge. Essa licença, concedida ainda que por tempo indeterminado, nos termos do artigo 135 da Lei nº 2.338, de 25/01/1954, quando vigente, não pode conduzir à exoneração automática por não-cumprimento do estágio probatório, como resultado de interrupções, por tempo superior a quatro anos, prevista no artigo 25 da Lei nº 6.672, de 22/04/1974, superveniente. Parecer do Procurador Alexandre Henrique Gruszynski 62
- Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Alexandre Henrique Gruszynski 64

LOTEAMENTO

- Loteamento urbano na região metropolitana. Exame e anuência prévia do Estado. Competência do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana. Lei Complementar nº 14/73 e Lei

nº 6.766/79. Leis estaduais que regem a matéria. Papel da METROPLAN, Fundação Metropolitana de Planejamento, e da Procuradoria-Geral do Estado. Decreto institucionalizador dos rotinas e procedimentos administrativos. Parecer do Procurador Sílvia La Porta 126

- Magistério *ver* LICENÇA À FUNCIONÁRIA CASADA 62
- Medicamentos *ver* DISPENSÁRIOS DE MEDICAMENTOS 91
- Multa *ver* INFRAÇÕES SANITÁRIAS 88
- Município *ver* CARGO PÚBLICO 117

PARIDADE

- Paridade e equiparação. Informações em mandado de segurança pelo Procurador DeFrancisco Gallicchio 139

PERÍODO DE TRÂNSITO

- Período de trânsito. Servidores policiais egressos da Escola de Polícia: primeira investidura em cargo. Lacuna entre a posse e o exercício não é considerada "período de trânsito" nem passível de justificação aludida no artigo 166, § 2º, da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952. Parecer do Procurador Elaine de Albuquerque Petry 69
- Ofício do Procurador-Geral do Estado Francisco Salzano Vieira da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Elaine de Albuquerque Petry 74

PODER DE POLÍCIA

- Poder de polícia. A filiação compulsória de uma pessoa jurídica de direito privado a entidade, quer pública quer privada, só pode ser imposta por via legal, pena de afronta ao princípio da legalidade. O Estado no exercício de sua atividade de polícia administrativa encontra-se sujeito ao princípio de reserva legal. Poder de polícia — atividade essencialmente administrativa. Parecer do Procurador Eulália Guimarães 107
- Princípio da legalidade *ver* PODER DE POLÍCIA 107

PROVENTOS

- Aposentadoria. Os proventos de aposentadoria serão integrais se o funcionário contar com 35 anos de serviço, se do sexo masculino, e 30 anos, se do sexo feminino. Os adicionais e avanços serão incorporados aos proventos. Parecer do Procurador Marília de Oliveira Azevedo 115
- Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Presidente da Câmara Municipal de Machadinho, RS, encaminhando parecer do Procurador Marília de Oliveira Azevedo 116
- Complementação de proventos. A concessão de complementação de proventos, assegurada pelo Decreto-lei nº 1.145/46 aos servidores estaduais aposentados pela Previdência Social, fica adstrita à implementação das condições impostas no Estatuto próprio para a aposentadoria por conta do Tesouro Nacional. Possibilidade de cômputo de tempo de serviço privado para fins de complementação de proventos (Lei nº 7.057/76). Parecer do Procurador Eunice Rotta Bergesch 104

SOCIEDADE

- Penhorabilidade dos bens de sócios de sociedades irregularmente dissolvidas. A falta de registro da dissolução da sociedade comercial é infração ao artigo 338 do Código Comercial. Os sócios são solidários e ilimitadamente responsáveis pelos haveres da sociedade irregularmente dissolvida. Artigo de Rui Portanova 39

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

- Integralização de ações de sociedades de economia mista. Capitalização da reserva decorrente da correção monetária do capital realizado. O novo valor das ações só passa vigorar após a deliberação da Assembleia Geral Ordinária, aprovar o balanço e homologar a correção

monetária do capital (Cfe. artigo 167 da Lei n.º 6.404/76). Parecer do Procurador Eliana Donatelli de Moura	85
— Solo urbano ver LOTEAMENTO	126
— Registro imobiliário ver BENS PÚBLICOS	42
— Remuneração ver VEREADOR	121
— Responsabilidade administrativa ver CULPA	13

TEMPO DE SERVIÇO

— Cômputo de tempo ficto de serviço. Desvio de função. Ao servidor, que, de boa-fé, ainda que em desvio da função, obrou por vinte e cinco anos em alguma das circunstâncias a que a Lei n.º 2.455, de 6 de novembro de 1954, confere o acréscimo de 2/5 de tempo ficto (artigo 1.º, I, letr. "a" e "e"), é devida tal abreviação de tempo para fins de aposentadoria como medida de proteção a sua própria saúde. Parecer do Procurador Eunice Nequete Machado	99
— Ofício do Procurador-Geral Ney Sá, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Eunice Nequete Machado	103
— Tributo ver IMPOSTO	130

VEREADOR

— Remuneração de vereadores. Lei Complementar n.º 45, de 14 de dezembro de 1983. Interpretação e conseqüências do novo limite de despesa global estabelecido em 4% da receita arrecadada no ano anterior, sobre a remuneração dos vereadores anteriormente fixada. Princípio da anterioridade da fixação da remuneração dos cargos eletivos. Parecer do Procurador Bartolomé Borba	121
--	-----

ÍNDICE DE AUTOR

ALFONSIN, Jacques Távora. — Correção monetária de custas. Parecer	79
ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. — Acumulação de cargos e funções. Parecer	75
AZEVEDO, Marília de Oliveira. — Aposentadoria. Parecer	115
BERGESCH, Eunice Rotta. — Complementação de proventos. Parecer	104
BORBA, Bartolomé. — Remuneração de vereadores. Parecer	121
COUZINET, Jean François. — A noção de falta grave administrativa. Artigo	13
COUTO E SILVA, Almiro do. — Um mestre eminente do Direito. Discurso	11
CUNHA, Francisco Salzano V. — Direito de defesa. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Ney Sá	58
— Dispensários de medicamentos de pequenas unidades hospitalares. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Adnor Goulart	97
— Período de trânsito. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Elaine de Albuquerque Petry	74
FONYAT, Maria Izabel de A.R. — Criação de cargo municipal. Parecer	117
GALLICCHIO, DeFrancisco. — Paridade e equiparação. Informações em mandado de segurança	139
GOULART, Adnor. — Dispensários de medicamentos de pequenas unidades hospitalares. Parecer	91
GRUSZYNSKI, Alexandre Henrique. — Licença para acompanhar cônjuge. Parecer	62
GUIMARÃES, Eulália. — Poder de polícia. Parecer	107
HÜLLEN, Renita Maria. — Imposto predial e territorial urbano. Parecer	130
LA PORTA, Sílvia. — Loteamento urbano na região metropolitana. Parecer	126
LEAL, Caio Martins. — Ferrovários: Estado vence no STF. Recurso extraordinário	146
— Ferrovários: Estado vence no STF. Razões do recurso extraordinário	152
— Ferrovários: Estado vence no STF. Acórdão R.E. 99.976-1. Relator Ministro Soares Muñoz. Parecer	156
MACHADO, Eunice Nequete. — Cômputo de tempo ficto de serviço. Parecer	99
MOURA, Ana Maria Landell de — Estabilidade e efetivação. Parecer	66
MOURA, Eliana Donatelli de. — Integralização de ações de sociedades de economia mista. Parecer	85
— Bens públicos. Dispensabilidade do registro imobiliário. Artigo	42
NYGAARD, Verena. — Infrações sanitárias. Parecer	88
PETRY, Elaine de Albuquerque. — Período de trânsito. Parecer	69
PORTANOVA, Rui. — Penhorabilidade dos bens de sócios de sociedades irregularmente dissolvidas. Artigo	39
SÁ, Ney. — Direito de defesa. Parecer	49
— Licença para acompanhar cônjuge. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Alexandre Henrique Gruszynski	64
— Seguro de bens dos órgãos do Poder Público. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Mário Bernardo Sesta	60
— Estabilidade e efetivação. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Ana Maria Landell de Moura	67
— Cômputo de tempo ficto de serviço. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Eunice Nequete Machado	103
— Aposentadoria. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Presidente da Câmara Municipal de Machadinho, RS, encaminhando parecer do Procurador Marília de Oliveira Azevedo	116
— Criação de cargo municipal. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Prefeito Municipal de Mostardas, RS, encaminhando parecer do Procurador Maria Izabel de A.R. Fonyat	120
— Imposto predial e territorial urbano. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Vice-Prefeito Municipal de Capão do Leão, RS, encaminhando parecer do Procurador Renita Marie Hüllan	136
SESTA, Mário Bernardo. — Seguro de bens dos órgãos do Poder Público. Parecer	59

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado é uma publicação trimestral do Instituto de Informática Jurídica, da Procuradoria-Geral do Estado. A correspondência deve ser dirigida para a Avenida Borges de Medeiros, nº 417, 11º andar, em Porto Alegre.

Capa de Léo Dexheimer



companhia rio-grandense de artes gráficas

corag