

REVISTA DA PROCURADORIA- -GERAL DO ESTADO



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

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul foi criada em 1971, pelo Prof. Orlando Vainin, então Consultor-Geral do Estado. Tomou a feição atual em 1974, sendo Consultor-Geral do Estado o Prof. Mário Bernardo Sestá, 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 39	p. 1 a 255	1984
------	--------------	-------	-------	------------	------

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. 23cm. trimestral.

Continuação da Revista da
Consultoria-Geral do Estado.



ISSN0101 - 1480

Catálogo pela
Equipe de Documentação e
Divulgação da PGE

Os artigos de doutrina não representam,
necessariamente, a posição da Procuradoria-
-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

JAIR SOARES
Governador do Estado

CLÁUDIO STRASSBURGER
Vice-Governador do Estado

NEY SÁ
Procurador-Geral do Estado

MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES
Procurador-Geral Adjunto

ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS
Coordenador do Instituto de Informática Jurídica

CONSELHO DE REDAÇÃO

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

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

EQUIPE TÉCNICA

EXECUÇÃO E REVISÃO
Bel. Henriqueta Kopsch von Wackerritt

EXPEDIÇÃO
Dalva A. Bragança da Silveira

SUMÁRIO

DOCTRINA

MÁRIO G. LDSANO	A lei francesa sobre a proteção dos dados.....	13
RUY BARBOSA NOGUEIRA	A liberdade de escrever e a imunidade objetiva	21
LUCINO A MARIA PEREIRA RAGUGNETTI	Responsabilidade perante terceiros nos grupos societários.....	39
JOSÉ ALFREDD DE OLIVEIRA BARACHO	Processo e constituição: o devido processo legal.....	45

PARECERES

ALMIRO DO COUTO E SILVA	Sociedade de economia mista. Parecer 5275 PGE.....	79
ANA MARIA LANDELL DE MOURA	Aposentadoria antecipada de professores. Parecer 5452 PGE.....	89
JORGE ALBERTO DIEHL PIRES	Tempo de serviço como estagiário. Parecer 5399 PGE.....	97
JORGE ARTHUR MORSCH	Funcionário à disposição sem ônus para o Estado. Parecer 5402 PGE....	101
MANOEL ANDRÉ DA ROCHA NEY SÁ	Licença-prêmio. Parecer 5485 PGE... Cedência de servidores de sociedades de economia mista. Parecer 5453 PGE.....	109 115
MAURÍCIO AZEVEDO MDRAES	Dispensa de servidor trabalhista. Parecer 5412 PGE.....	125
AONOR GOULART	Alienação de veículos automotores do Estado. Parecer 5348 PGE.....	135
ELAINE OE ALBUDUERDUE PETRY	O interesse público das autarquias. Parecer 5200 PGE.....	143
EULÁLIA MARIA DE CARVALHO GUIMARÃES	Licenciamento anual de veículos automotores. Parecer 5437 PGE.....	151
EUNICE RDTTA BERGESCH	Convenção coletiva de trabalho. Parecer 5422 PGE.....	155
EUNICE NEQUETE MACHA OO	Reajuste semestral de salários. Parecer 5534 PGE.....	163

ASSUNTOS MUNICIPAIS

ALDO LEÃO FERREIRA Regime jurídico dos servidores municipais. Parecer 5404 PGE..... 175

MARIA IZABEL R. DE ARAÚJO FONYAT Taxa de conservação de estradas. Parecer 5445 PGE..... 181

NILO VARGAS Isenção tributária. Parecer 5429 PGE. 189

TRABALHOS FORENSES

NEY SÁ Custas Judiciais: mandado de segurança contra a Lei 7.887/83. Parecer. 199

CAIO M. LEAL Custas Judiciais: mandado de segurança contra a Lei 7.887/83. Agravo regimental contra a concessão da liminar..... 220

DEFRANCISCO GALLICCHIO Regime especial de trabalho e incorporação. Resposta do demandado .. 225

ADNOR GOULART Responsabilidade civil do Estado por ato de escrivão distrital. Contestação 237

DOCTRINA

A LEI FRANCESA SOBRE A PROTEÇÃO DOS DADOS

MÁRIO G. LOSANO
Professor de Teoria Geral do Direito na Universidade de Milão, Itália.

As preocupações políticas decorrentes da grande difusão da informática estão induzindo um número cada vez maior de países a promulgar leis que restrinjam os danos eventualmente sobrevivendo ao cidadão pelo abuso no uso de informações referentes à sua vida privada. No dia 1º de janeiro de 1978, entrou em vigor a lei alemã sobre a proteção dos dados pessoais (data report, 2/77). A lei 78-17, de 6 de janeiro de 1978, tornou válidas as normas do "projeto Lecanuet", que institui inclusive para a França um tribunal informático: a Comissão Nacional de Informática e Liberdade. Com relação à Itália, há portanto necessidade cada vez mais premente de uma adequação à legislação dos participantes europeus e, a partir de hoje, as futuras leis italianas estarão condicionadas em parte àquelas já promulgadas em Bonn e Paris.

O CONTEXTO DA LEI FRANCESA

A história da informática francesa tornou-se nitidamente distinta da italiana a partir de 1964, quando a introdução de trabalhos de informática italianos e franceses na sociedade norte-americana provocou diversas reações nos dois governos. O governo francês visualizou no desenvolvimento de uma indústria informática autônoma uma condição para a própria independência nacional; um impulso decisivo nesta direção surgiu em 1963 através do governo norte-americano, que vetou a entrega de um grande processador - um Control Data 66000 - ao Commissariat pour "Énergie Atomique". Comentou-se inclusive que a França, se desejava ter uma "force de frappe"¹, deveria ter também uma "informatique de frappe"¹.

Embora somente hoje se comece a escrever algo sobre a história da informática daqueles anos, há uma série de documentos que evidenciam que não só a França mas também a Grã-Bretanha e a República Federal da Alemanha viam com preocupação o problema da convivência com a potência norte-americana. Surgem então nesta época os políticos nacionais da informática; também nesse campo, é fato, não aprouve à Europa dar uma resposta unitária. Enquanto a Itália não tomava nenhuma medida pública de amparo ao setor, a França pôs em operação o "Plan Calcul", criando estruturas que reorganizaram a produção, a demanda e a procura.

Tradução de "La legge francese sulla protezione dei dati" por César Augusto F. Mariano e revisão de Henriqueta K. von Wackerritt. Autorizada pelo autor.

N.T.¹ Idêntico ao original

Não é o objetivo deste artigo traçar a história de um quinquênio da informática nacional francesa. Importa, em vez disso, sublinhar que a administração pública deste país seguiu sempre de perto a evolução da informática, não somente em seus aspectos produtivos mas também em suas implicações sociais.

O PRIMEIRO PROJETO FRANCÊS

Um grupo de republicanos independentes, sob a direção de Poniowski, apresentou, em 1970, ao Congresso Nacional, um projeto de lei que visava ao controle institucionalizado do uso da informática. Este projeto limitava-se a traçar as linhas gerais das estruturas de controle sobre dados organizados por processadores, remetendo em seguida ao regulamento da execução a determinação precisa de cada aspecto. O referido projeto propunha a instituição de um "Comitê de Supervisão de Informática", composto de dez membros nomeados publicamente. Cada um dos usuários de computadores deveria fornecer a este comitê todas as informações que lhes fossem solicitadas. Além do mais, com intuito de proteger a pessoa pública, tal comitê tinha poderes de investigações diretas.

O objeto desta investigação devia ser a verificação de denúncias individuais ou coletivas sobre armazenamento ou uso de dados pessoais falsos, tendenciosos ou, seja como for, lesivos à liberdade individual ou à esfera privada. Se a denúncia fosse fundamentada, a sentença de primeira instância se daria perante uma sessão especializada do tribunal administrativo, sessão essa que no projeto Poniowski é denominada "Tribunal da Informática". O apelo a essa sentença poderia ser feito doravante ao Conselho de Estado.

Convém enfim lembrar que esse projeto de lei previa a instituição de um registro público da aparelhagem informática destinado a identificar os responsáveis pelos vários serviços, os tipos de uso do computador e o beneficiário do uso. Esse registro permitiria estabelecer formalmente quais eram as pessoas sobre as quais recaía o ônus da prova, no caso de uma sentença frente aos tribunais aqui referidos.

COMISSÃO DE INFORMÁTICA E LIBERDADE

Em setembro de 1975, os doze membros da "Commission Informatique et libertés", instituída em 8 de novembro de 1974 pelo Presidente da República, apresentaram um amplo relatório. Esse constituiu a base de um projeto de lei submetido ao Congresso Nacional pelo governo de Chirac, em 1976. O referido projeto é também conhecido como "Projeto Lecanuet", do período em que Lecanuet era Ministro da Justiça até a época da apresentação do projeto².

N.A.¹ "Proposition de loi tendant à la création d'un Comité de Surveillance et d'un Tribunal de l'Informatique, Assemblée Nationale, 4ème Législature, première session de 1970-71, n° 1454". O projeto Poniowski data de 30 de outubro de 1970.

N.A.² "Projet de loi relatif à l'informatique et aux libertés, Assemblée Nationale, 5ème Législature, première session ordinaire de 1976-77, n° 2516". O projeto Lecanuet data de 30 de outubro de 1970.

No que diz respeito a esse projeto, salta logo aos olhos a diferença na estruturação desta que é agora chamada "Commission Nationale Informatique et Libertés". Ela compõe-se de seis membros provindos do Poder Judiciário, em sentido amplo, (isto é, do Conselho de Estado, do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas), enquanto que os outros seis, é sabido, não devem provir do Governo. Essa comissão deve exercer o controle habitual sobre os dados individuais. Todavia, levando-se em conta o fenômeno de descentralização já presente em toda a Europa, prevê-se a possibilidade de delegar funções específicas a organismos regionais desta comissão. Seja como for, essa comissão é um organismo central que se encontra ligado, inclusive economicamente, ao âmbito do Ministério da Justiça.

A breve e lúcida relação que acompanha o projeto esclarece que finalmente a regulamentação jurídica da informática não é mais um fato puramente nacional: "se esse projeto de lei deve tender à proteção da liberdade e concomitantemente não obstar o desenvolvimento da informática, foi igualmente concebido para ser inserido no direito francês como abertura a convenções internacionais tidas como necessárias, pelo fato da informática não conhecer fronteiras". Essa coordenação — até agora ausente — é uma condição indispensável para que cada legislação nacional proteja eficazmente a liberdade individual. Uma Europa protegida por leis não uniformes provocaria transferência da atividade ilícita de um país a outro em que ela é lícita, ou ao menos tolerável: a *teleelaboração* anularia assim o direito nacional. Provavelmente se uniria àqueles que em um outro artigo eu chamara de "oásis informáticos", assim como hoje existem e progredem os "oásis fiscais".

Um aspecto político a ser seguido em seu futuro desenvolvimento prático implica a constatação de que a Comissão terá não somente função de informar o público sobre o que se realiza ou de controlar os dados individuais armazenados, "mas também de coordenar juntamente com o setor público e privado o desenvolvimento antes de uma ação preventiva que uma repressiva". Este princípio teórico é o que se pode conceber de mais sábio neste ramo, onde o dano causado ao indivíduo é frequentemente irreparável no plano material. Restará a verificação de como desenvolver-se-ão, em concreto, as futuras atividades da comissão.

Em traços gerais, a lei francesa deverá funcionar distinguindo o setor público (que segundo a relação "apresenta riscos particulares para a liberdade devido a sua capacidade de centralização") do privado. Para o processamento de dados pessoais efetuado por pessoas públicas ou por conta dessas, será necessário um decreto governamental, após um parecer favorável previamente dado pela comissão. Um parecer negativo desta comissão seria unicamente anulado mediante um decreto do Conselho de Estado autorizando a atividade contestada.

Para as empresas privadas basta, ao invés, uma nota oficial da atividade empreendida e um acolhimento deliberado dessa comissão. Esta informalidade no procedimento visa a não dificultar as atividades privadas. Ela é, todavia, considerada pela obrigação — imposta ao setor público ou privado — de possuir um registro dos

dados processados e de pô-los à disposição de qualquer pessoa que os requeira com motivo justo.

Estão, previstos casos em que o acesso aos dados individuais é de forma somente direta. Se um cidadão tem dúvida quanto a correção dos seus próprios dados de saúde, pode conseguir a sua revisão através da comissão, fazendo com que um médico examine os mesmos. No caso de uma investigação reivindicada pelo cidadão ter como objeto dados que comprometam a segurança e defesa do Estado, a inspeção dos mesmos será confiada a um membro da comissão.

Finalmente, a lei prevê que a coleta dos dados individuais seja efetuada informando o cidadão da sua finalidade; por conseguinte, o armazenamento e a organização não podem ter finalidade diversa daquela indicada no momento da coleta. Dados jurídicos somente podem ser coletados por repartições públicas.

Assim como no direito alemão, as disposições francesas também estão destinadas a entrar em vigor gradualmente. O Congresso Nacional aprovou o projeto de lei em 5 de outubro de 1977, após discussão que resultou em várias emendas³.

QUADRO DA LEGISLAÇÃO FRANCESA SOBRE INFORMÁTICA E LIBERDADES

Congresso Nacional

1. Projeto de lei n° 2516 e proposta n° 1004 e 3092, informação de Foyer e nome da Comissão Legislativa, n° 3125. Debate em 4 e 5 de outubro de 1977, aprovação em 5 de outubro de 1977.

2. Projeto de lei, modificado pelo Senado, n° 3226 informação de Foyer em nome da Comissão Legislativa, n° 3352. Debate e aprovação em 16 de dezembro de 1977.

3. Relatório de Foyer, em nome da Comissão mista, n° 3432. Debate e aprovação em 21 de dezembro de 1977.

4. Projeto de lei, modificado pelo Senado, n° 3384. Debate e aprovação em 21 de dezembro de 1977.

Senado

1. Projeto de lei, aprovado pelo Congresso Nacional, n° 5, de 1977-78, informação de Jacques Thyraud, em nome da Comissão Legislativa, n° 72 de 1977-78. Debate e aprovação em 17 de novembro de 1977.

N.A.³ "Projet de loi tendant à l'informatique et aux libertés, Assemblée Nationale, première session ordinaire de 1977-78, n° 762".

2. Projeto de lei, modificado pelo Congresso Nacional, n° 195, de 1977-78, informação de Jacques Thyraud, em nome da Comissão Legislativa, n° 199, de 1977-78. Debate e aprovação em 19 de dezembro de 1977.

3. Informação de Jacques Thyraud, em nome da Comissão paritética mista, n° 232 de 1977-78. Debate e aprovação em 21 de dezembro de 1977.

4. Projeto de lei, aprovado pelo Congresso Nacional, n° 240, de 1977-78. Debate e aprovação em 21 de dezembro de 1977.

Fonte: Journal Officiel de la République Française, 7 de maio de 1978, pág. 2

AS EMENDAS ADVINDAS DA DISCUSSÃO PARLAMENTAR

Excetuando-se várias emendas de menor porte, encontra-se no artigo 6 uma modificação de importante relevância, que transforma a estrutura da Comissão Nacional de Informática claramente em favor dos poderes públicos: embora o projeto preveja doze membros, metade proveniente de órgãos judiciários *in lato sensu* e metade de outras entidades, o texto definitivo deixa o número final de membros invariável, porém reduz a três somente aqueles que provêm de setores não-públicos.

A fim de evitar interferência no desenvolvimento da atividade da comissão e de suas delegações regionais, são previstas incompatibilidades formais já ilustradas no projeto; além do mais, a lei contém um artigo 10¹, que especifica: "No exercício de suas atribuições, os membros da comissão nacional e das delegações regionais de informática não recebem instruções de nenhuma autoridade".

A emenda do artigo 15² estende o campo normativo da lei aos fichários registrados no computador eletrônico, quando esses representam uma ameaça aos direitos individuais. Sempre no espírito da maior tutela para com o indivíduo é a anulação do item 3 do artigo 18 do projeto de lei. Originariamente, previa-se que de fato a comissão pudesse fixar, "com decisão justificada, as categorias de processamento que, não apresentando manifestamente risco para a vida privada ou para liberdade, constituem-se objeto de uma declaração simplificada preliminarmente". Os abusos a que uma norma deste gênero poderia se prestar e as discussões técnicas que poderia suscitar não conciliaram sua aprovação. Por fim, com o artigo 23B, a lei acrescenta uma nova proteção ao cidadão: ele pode, "por justo motivo", refutar que seus dados pessoais constituam objeto de processamento (salvo obviamente aqueles necessários à administração do Estado, artigo 12).

No aspecto jurídico, o artigo 23A, ao contrário, parece bastante supérfluo. Acrescento também isto à lei definitiva: "É vetada a coleta de dados por meios frau-

N.T.1 Em italiano "10 bis"

N.T.2 "15 bis"

dulentes, desleais ou ilícitos". Casos desse gênero já deveriam incidir sobre as normas gerais do Código Penal, mas a particularidade da matéria informática deve ter levado o legislador francês a ser claro quanto à redundância deste argumento.

O artigo 26 regula o fichário nominativo referente a opiniões políticas, religiosas, etc., esse é geralmente vetado, salvo a permissão acordada nas organizações religiosas, políticas, sindicais e outras, de manter no computador um registro dos próprios documentos. A este frágil setor são acrescentados, na fase do debate parlamentar, dois artigos. O artigo 26³ autoriza o acesso ao registro civil da população eleitora a todos os partidos e candidatos, em condições de absoluta equiparação, enquanto que o artigo 26 autoriza a imprensa e os meios de comunicação a manterem arquivos nominativos incluindo também informações religiosas, políticas, etc., no âmbito da legislação que regula a imprensa. Esta exceção — que pode suscitar alguma dúvida no que concerne a sua aplicação concreta quanto a invalidar a tutela do artigo 26 — se reúne ao crescente número de editoras e arquivos jornalísticos, rádio e televisão registrados no computador. O verdadeiro problema jurídico neste caso consiste em coordenar a lei sobre imprensa com a lei sobre a proteção dos dados individuais, de maneira que a proteção individual não interfira na liberdade de informação, assim como a liberdade de informação não venha a despir arbitrariamente o cidadão. Um conjunto de três novas normas impõem a correção obrigatória dos dados errôneos. O artigo 29 previa, já no projeto, o caso tradicional da retificação reivindicada pelo interessado. Atualmente, o 29 prescreve que esta correção seja efetuada oficialmente, quando o responsável pelo arquivo tomar conhecimento de dados memorizados incorretamente. O artigo 29 obriga-o, pois, a comunicar tal retificação a tantos quantos os dados façam referência, salvo dispensa deferida pela comissão.

No plano de organização, esta segunda norma cria um agravo importante ao centro de cálculo, que de fato deveria ter um arquivo com a lista de todos os destinatários das informações distribuídas: hipoteticamente, de fato, qualquer um desses poderia tornar-se errôneo em um segundo momento e, portanto, sua correção seria comunicada a todos os destinatários. O quarto artigo anexo, por fim, prescreve que o responsável pelo processamento dos dados pessoais zele igualmente pela segurança dos mesmos, evitando que sejam "deturpados, danificados ou comunicados a terceiros não autorizados".

A LEI DEFINITIVA DE 6 DE JANEIRO DE 1978

A amplitude da discussão legislativa sobre estas normas é demonstrada — mais ainda qua na ocasião das modificações vistas até agora com relação ao projeto originário Lecanuet — pelos passos sucessivos do *ite*⁴ legislativo. O vaivém dos textos e relações entre o Congresso Nacional e o Senado é bem intenso, de tal forma que

N.T.³ Em italiano, "26 bis" e "29 bis"

N.T.⁴ iter — caminho, via

não podemos somente oferecer uma tabela sintética na página precedente: a análise de todos esses documentos geraria não um artigo mas um livro. O ato final deste complexo processo é a lei n.º 78-17, de 6 de janeiro de 1978, que regula "a informática, os fichários e a liberdade".

Já o título é mais específico com referência aos projetos originais. O número de artigos não aumenta muito com respeito ao projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e analisado no próximo parágrafo: os 47 artigos do projeto tornam-se 48 na lei definitiva. O que conta, todavia, é a formulação dos artigos, efetuada de maneira profunda e precisa.

Tenta-se definir os conceitos mais dificultosos da lei pelo acréscimo de dois novos artigos ao capítulo I, intitulado precisamente "Princípios e definições". Provavelmente o debate e a experiência alemã identificam-se com o desejo de esclarecer ao máximo as dúvidas sobre este assunto. O artigo 4 define os dados pessoais (ou, segundo a terminologia francesa, "nominativos"): "são julgados pessoais, no sentido da presente lei, as informações que permitem de alguma maneira, direta ou indiretamente, identificar as pessoas físicas às quais se referem, seja o procedimento de uma pessoa física, seja de uma jurídica".

O artigo 5, ao contrário, define o que se entende por tratamento automático: "Denomina-se tratamento automático de informações pessoais, segundo a lei atua cada conjunto de operações referentes à utilização de fichários ou de bancos de dados e, em particular, referentes às interconexões ou aproximações, às consultas ou comunicação de informações pessoais".

Como ocorreu na lei alemã, a experiência dos próximos anos é que dirá se estas definições são suficientes para cobrir todos os casos de abuso. Por enquanto debatidas e discutíveis, essas primeiras definições são indispensáveis à preparação da aplicação das normas que tutelam a proteção dos dados individuais. A teoria normativa que regula as comunicações das empresas com o CNIL (que passou agora a 17 membros) tornou-se mais precisa e minuciosa. A fim de simplificar o futuro trabalho da comissão, cogitou-se também instituir modelos de computador previamente aprovados pelo CNIL. Isto diminuiria a denúncia da parte das empresas e a avaliação da comissão, mas já se prevê uma dificuldade: muitas sociedades de *software*⁵ submetem os próprios produtos à comissão para obter aprovação preventiva que lhes facilite a comercialização. A partir deste problema de organização, levantamentos já foram feitos utilizando-se o formulário planejado para esses fins.

AS SANÇÕES PENAIS

A realização dos nobres princípios nos quais se inspira esta lei admite custos nada irrelevantes para as administrações públicas e privadas onde esses devem ser

N.T.⁵ igual ao original

aplicados. A eficácia dessas normas tem estrita ligação com as penas que aqui estão reunidas. A lei francesa prevê 6 meses a 3 anos de prisão e/ou 2.000 a 200.000 francos de multa para quem não respeita as obrigações de notificação das próprias atividades junto à comissão; 1 a 5 anos de prisão e/ou de 20.000 a 200.000 francos de multa atingem aquele que conservar dados pessoais por uma data superior àquele declarada, ou ainda para armazenar dados do tipo político, religioso, racial, etc.

A divulgação ilegal e consciente de informações individuais legalmente coletadas admite de 2 a 6 meses de prisão e/ou de 2.000 a 20.000 francos de multa, enquanto que — se a divulgação for devida à negligência ou imprudência — a multa é mantida, porém a pena de prisão desaparece. Também é exigido acatamento à finalidade que se propõe a coleta dos dados, com sanções não leves: 1 a 5 anos de prisão e 20.000 a 2.000.000 de francos de multa.

A PREPARAÇÃO DAS ATIVIDADES

A formação da "Comission National Informatique et Libertés" requereu mais tempo do que o previsto, devido ao falecimento de alguns membros designados e a incompatibilidade de alguns empossados para com a atividade desempenhada nessa mesma comissão. Seja como for, no fim de 1979 já era possível ter-se uma idéia exata do calendário de atividades. Estabeleceu-se um único tipo de formulário, que unificaria todas as espécies de notificação ao CNIL: obviamente, cada pessoa compilaria a parte que lhe competisse. Este formulário já contém um pedido de informação que, a meu ver, será importante para a coordenação da legislação a respeito deste argumento: a pessoa deve, portanto, indicar entre outras não somente o tipo de organização dos dados, como também a população objeto dessa e, ainda, a finalidade da aplicação, e por último, se "a organização permite a transmissão de informações ao estrangeiro".

Para as elaborações mais elementares, a Lei prevê uma declaração simplificada. Normas relativas a pagamentos e aquelas destinadas a arquivos de clientes e fornecedores deverão estar prontas no início de 1980.

Concluindo, a execução das normas francesas relativas ao setor público deverá seguir este calendário:

1º de novembro de 1977: administrações centrais.

1º de janeiro de 1980: serviços externos das administrações e comunidades territoriais.

1º de março de 1980: pessoas públicas e privadas que administram um serviço público.

Para o setor privado, a atividade de notificação junto ao CNIL deveria acontecer por etapas entre 1º de maio e 1º de outubro de 1980.

N.A.⁴ Informatique et Libertés, "Expertises des systèmes d'information", novembro de 1970, n.º 13, p. 9

A LIBERDADE DE ESCREVER E A IMUNIDADE OBJETIVA

RUY BARBOSA NOGUEIRA
Catedrático de Direito Tributário e Professor de
Direito Tributário Comparado da USP.

- O princípio político-constitucional da imunidade impositiva sobre o conhecimento (NO TAX ON KNOWLEDGE).
- Exclusão do poder de instituir imposto sobre quaisquer dos gêneros livro, jornal e periódicos e da espécie papel destinado à sua impressão.
- As antigas isenções dadas por leis ordinárias sob condições do conteúdo ideológico e a atual imunidade objetiva e incondicionada para todos os gêneros de livros, jornais e periódicos, consagrada na Constituição Federal.
- O fisco não tem poder nem competência para instituir imposto arrecadatário ou ordinatório sobre quaisquer dos gêneros de livros, jornais ou periódicos e muito menos para exigir imposto sem lei e constitucionalmente proibido.
- Não cabe à lei tributária dispor, nem é função atribuída ao fisco apreciar o conteúdo ideológico da escrita, para efeitos de imposição, posto que constitucionalmente esta não existe nem pode existir.
- Direito Tributário pátrio e comparado.

CONSULTA

EDITORA ABRIL S.A., com organização, aquisição de direitos autorais e colaboração de notáveis autores e especialistas, dentre outros livros vem publicando, como caráter didático, cívico, informativo e cultural, *livros ilustrados* para crianças.

Como V. Ex.^a pode verificar dos exemplares anexos, cada um consiste em um livro já impresso, com capa cartonada, ilustrada e colorida sob o título genérico "*livro ilustrado*" e mais o específico do exemplar, como "AMAR É..." ou "JOGOS OLÍMPICOS".

As páginas dentro da brochura estão reunidas e grampeadas, formando o respectivo volume.

O conteúdo da obra consiste em quadros impressos, numerados e cada um com o respectivo *verbete* impresso para o leitor infante-juvenil o ler e ilustrá-lo com a respectiva figura ou cromo representativo da idéia expressa no conceito abstrato do *verbete*.

O cromo ou estampa é separado ou móvel, precisamente para que a criança possa adquiri-lo e com os dados e informações aprender a aplicá-lo na ilustração do respectivo quadro contendo o verbete conceitual.

Para se evitar qualquer confusão incabível com os antigos *álbuns de figurinhas difíceis*, cuja coleção visava a arriscar ou jogar em sorteios de brindes ou prêmios — que aliás vieram a ser legalmente proibidos — estes livros didáticos trazem impresso, em negrito:

"Os cromos deste livro foram impressos e distribuídos em quantidades rigorosamente iguais, não havendo, portanto, cromos difíceis.

Se faltar alguma ilustração em seu livro e você quiser completar sua coleção, peça os cromos diretamente à Editora Abril S.A., ao preço de Cr\$ 1,00 cada, preenchendo a carta-resposta... O preenchimento desta coleção não dá direito a prêmios ou brindes, nem se destina a concursos ou exploração, de acordo com a legislação em vigor".

Portanto, a criança que leu previamente o conceito ou ensino descrito no verbete, seleciona o respectivo cromo ou estampa e o cola no quadro, passando também a visualizar o conceito na expressão cromática ou imagem, completando o seu aprendizado, e, ao mesmo tempo, participando da elaboração física do livro e da elaboração intelectual da obra nele contida.

Acontece que a ora Consultante vem editando tais livros na certeza de que estão imunes dos impostos sobre eles, como IPI e ICM, e assim podendo distribuí-los por meio de livrarias e bancas de jornais que operam somente com publicações imunes ou não.

O Fisco Federal já reconheceu essa imunidade constitucional, como também a vem pacificamente reconhecendo todos os fiscos dos demais Estados de nosso País.

Porém, como exceção, o Fisco do Estado de São Paulo pretende exigir ICM e escrituração de cada estabelecimento ou banca de jornal, contra o texto da Constituição Federal e da própria "não incidência" estatuída na lei e no Regulamento do ICM do Estado de São Paulo (Lei 440/74, art. 3.º e Decreto n.º 17.727/81, art. 4.º, I).

Assim, essa violência ou flagrante inconstitucionalidade e ilegalidade não só vieram agravar o leitor ou consumidor final com o ICM, mas impedir a livre circulação, distribuição e venda pelas livrarias e bancas de livros, jornais e periódicos que comercializam até agora com tais publicações dentro do regime da imunidade prevista na letra d, inciso III, art. 19 da Constituição Federal.

Portanto, além do gravame ao leitor desse livro, tal discriminação viria excluir da livre iniciativa e comércio desse livro as livrarias, bancas de livros, jornais e perió-

dicos que operam sob o regime da imunidade, porque apenas para trabalharem com essa espécie de livro cada estabelecimento ficaria sujeito às *desproporcionadas* obrigações e ônus fiscais ou burocráticos da inscrição, escrituração de livros, notas, guias, estatísticas, etc., além dos difíceis problemas de separação de estoques e, portanto, impedidos de exercerem essa atividade.

Tal discriminação, além de inconstitucional é de fato uma contradição ou desarmonia dentro do sistema da imunidade do livro. Corresponderia à pena de morte dessa específica atividade que a Constituição garante como livre iniciativa.

Não podendo se conformar com essa pretensão fiscal, por entendê-la inconstitucional, a ora Consultante propôs ação ordinária perante a 2.ª Vara da Fazenda Estadual, cuja sentença de primeira instância não acolheu o pedido da ora Consultante, a seu ver por manifestos erros de fato e de direito.

Anexando xerox de todas as peças dos respectivos autos, inclusive do texto da sentença, vimos solicitar a V. Ex.ª estudo e possível parecer, a fim de podermos instruir o competente recurso.

Atenciosamente
p.p. Lairton Costa
Advogado

PARECER

I — A questão que nos é proposta a estudo e parecer está resolvida, tanto pela forma como pelo conteúdo, nos textos constitucional e tributários, os mais hierárquicos, completos e exaurientes possíveis, para proteção da liberdade do pensamento impresso em papel, a partir da Constituição de 1967, e atual texto da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, não comportando as digressões subjetivas da sentença sobre "analogia" entre "gênero" e "espécie" de livros (o que é um erro, porque ontologicamente o gênero inclui suas espécies) e condicionamento da IMUNIDADE à natureza do conteúdo ideológico, seja didático, cultural ou não, do livro, jornal ou periódico, senão vejamos.

A SENTENÇA

II — O ilustre Juiz prolator da sentença de primeira instância adotou como fundamento para decidir unicamente dois flagrantes erros, inadmissíveis, de fato e de direito.

Tendo nos autos os livros ilustrados para crianças, e adotando o emprego da analogia para exigir imposto (o que é proibido pelo § 1.º do art. 108 do CTN), apenas revelou sua dúvida, declarando na sentença:

"alguma discussão poderia surgir na **equiparação** destes **aos livros**"

Eis o primeiro erro fático e jurídico.

III — A Constituição, sem qualquer restrição ou condicionamento, menciona "o livro" como *gênero*, o que inclui todas as "espécies" de livros. Ninguém no mundo nem nestes autos disse ou poderia dizer que o *livro ilustrado para crianças* não é uma espécie do gênero "livro". Analogia ou equiparação seria a "similaridade" de um gênero com outro gênero; de uma espécie com outra espécie. Se incluído um "gênero", sem excepcionar nenhuma espécie, todas as espécies estão nele insitas ou compreendidas (1). A dúvida do ilustre Magistrado não existe na lógica nem no texto da Constituição, e a matéria não é de analogia mas de *ontologia*, isto é, dentro do gênero "livro" impresso em papel estão todas as suas espécies como o livro para crianças.

O segundo erro da sentença é de direito no tempo.

S. Ex.^a esqueceu-se de verificar a completa modificação da solução jurídica que o novo texto constitucional já no ano de 1967 introduziu. O livro, o jornal e os periódicos, antes dessa Const. não eram IMUNES, mas apenas eram, por leis ordinárias ISENTOS *sob condições*, entre as quais a da *natureza do conteúdo ideológico da obra* (cultural, artística, didática, etc.). A Const. de 1967 a transformou em IMUNIDADE OBJETIVA INCONDICIONADA, que a Emenda de 1969 melhorou e ratificou.

IV — Ora, S. Ex.^a, para tal fim que não o requer, gastou seu tempo em dar sua opinião pessoal apenas por meio de vários *obiter dicta*⁽²⁾ sobre o conteúdo ideológico (cultural, didático, etc.) dos livros ilustrados para crianças e com isso regrediu e retransformou, por sua conta, a IMUNIDADE CONSTITUCIONAL OBJETIVA INCONDICIONADA em ISENÇÃO CONDICIONADA que desde 1967 não mais o é. Aliás chegou a citar a 7.^a edição do *Oireito Tributário* de Aliomar Baleeiro e não se deu conta de que o mesmo Autor chama atenção para a enorme ampliação constitucional, nestes termos:

(1) GÊNERO (em Lógica) — Quando duas classes estão numa relação tal que a extensão de uma é uma das partes dentre as quais se pode divisar a extensão da outra, a primeira é chamada uma espécie da segunda, e a segunda é chamada o gênero ao qual pertence a primeira.

ESPÉCIE (em Lógica) — Uma classe A, enquanto considerada como formando uma parte da extensão de uma outra classe, B. — B é então o gênero do qual A é a espécie. (tradução dos verbetes GENRE e ESPÈCE do Vocabulaire Technique et Critique de La Philosophie, revisto pela Société Française de Philosophie e autoria de seu Presidente, Prof. da Sorbonne, André Lalande, 8.^a edição, Presse Universitaire, Paris, 1960).

(2) Sobre tais desvios de caminhos da sentença, confronte-se uma das mais completas e mais recentes, dentre as raras monografias sobre o tema: DAS OBITER DICTUM, de autoria do Catedrático Wilfried Schlüter, C.A. Beck'sche Verlagbuchhandlung, München 1973.

"PAPEL, LIVROS, JORNAIS... A Emenda n.^o 1, de 1969, no inciso d do artigo 19, III, é **mais generosa** do que a de 1946 e do que a Emenda n.^o 18."
(na 1.^a edição que é de 1970, pág. 94 repetida até na 10.^a de 1981, pág. 91)

V — Com base apenas nesses equívocos e atraso em relação aos textos constitucionais e legais vigentes, estranhamente a sentença após divagar sobre o conteúdo intelectual ou não dessa espécie de livro, conclui:

"Em suma: com semelhante publicação visa-se tão somente a comercialização de figurinhas".

Eis mais um *obiter dictum*: por acaso a comercialização não é exercício regular de direito constitucional assegurado pela liberdade de iniciativa e pela valorização do trabalho como fins para realizar o desenvolvimento nacional (Constituição da República, art. 160 I e II)? Por acaso a *imunidade* estaria também condicionada a doação ou gratuidade dos livros, jornais e periódicos?

D VIGENTE TEXTO DA CONSTITUIÇÃO

VI — Tanto a Constituição de 1946, como a Emenda Constitucional n.^o 18 de 1965 estabeleciam a imunidade contra o imposto, apenas para o

"papel destinado exclusivamente à impressão de jornais, periódicos e livros"

Não existia a previsão constitucional da imunidade para o livro, o jornal e os periódicos, de sorte que estes estavam a mercê da vontade dos legisladores ordinários que concediam ou não "isenções", que podiam ser objetivas, subjetivas, por prazo, condicionadas, etc. Isto era um despautério nessa matéria que exigia uniformidade, por ser de *ordem nacional*⁽²⁾.

VII — A fim de resolver com a força não só da maior hierarquia constitucional-tributária, mas desde o momento anterior à própria concessão de poder de tributar e outorga de qualquer competência impositiva aos legislativos, que fez a Constituição de 1967 e melhorou a Emenda de 1969?

Estatuiu, dentro do Título I "DA ORGANIZAÇÃO NACIONAL", onde estão as disposições preambulares e básicas da estrutura da Nação, da outorga de poderes e

(2) Daí a inclusão da atual letra "d" pela Emenda n.^o 820/1 da Constituição de 1967, dos citados gêneros semelhantes, cuja justificação concluiu: "é a consagração na própria Constituição da igualdade de tratamento aos livros, aos jornais e às revistas" (pág. 863 do vol. 6.^o, Tomo II dos Anais da Constituição de 1967, edição do Senado, Brasília, 1970).

das respectivas competências aos legislativos para instituir determinados impostos, como para estatuir limitações e até mesmo *proibições ou vedações* e, aí nesse contexto, incluiu a disposição imperativa e completa, de eficácia plena "triplicada", por ser norma *proibitiva, imunitória e de garantia constitucional*⁽³⁾, nestes termos:

Art. 19 — *É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

— *instituir imposto sobre: o livro, o jornal e os periódicos, assim como o papel destinado à sua impressão.*

VIII — Enquanto "*o papel destinado à sua impressão*" é uma das espécies do gênero *papel*; o livro, o jornal e os periódicos são, sem nenhuma restrição da Constituição, gêneros semelhantes que incluem todas as suas espécies. Isto é lógica e ontologicamente o óbvio, como já vimos.

A estatuição em nível constitucional, de que:

"*É vedado... instituir imposto sobre: o livro, o jornal e os periódicos*",

qualifica para estes três gêneros "livro", "jornal" e "periódicos" que, como gêneros, são entre si afins, similares ou análogos uma IMUNIDADE IMPOSICIONAL OBJETIVA E NÃO CONDICIONADA, através da categoria a mais ampla e hierárquica de todo o constitucionalismo, que é a do *princípio* constitucional.

Do ponto de vista da eficácia plena, é norma completa ou bastante por si e em si (self enforcing), porque não requer nem admite *complementariedade* legislativa, regulamentar ou pretoriana, pois é proibitiva, imunitória e expressão de princípio de garantia constitucional do regime democrático.

Do ponto de vista tributário, pela categoria preambular absoluta e mais hierarquizada na ordem constitucional, pois até antecede à própria outorga de exercício legislativo do poder de tributar que é a da IMUNIDADE, isto é, *cláusula constitucional* que não só *denega* ao legislativo o exercício desse poder, mas previamente o proíbe ou lhe veda o exercício desse poder *sobre* esses bens. Isto é, esses bens ou veículos em que sejam impressos o pensamento estão IMUNIZADOS contra quaisquer impostos que *sobre eles* pudessem ser instituídos.

Em outras palavras, a Constituição enumera em seqüência todos os gêneros semelhantes desses bens para proibir a todos os legisladores ordinários tomar como

(3) Em sua obra já clássica e específica, a "APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS", Edição R.T. São Paulo, 1968, pág. 93, ensina o Prof. José Afonso da Silva:

"Em suma, como já acenamos anteriormente, são de eficácia plena as normas constitucionais que: a) contêm *vedações ou proibições*; b) confirmam isenções, *imunidades* e prerrogativas; c) declarem direitos fundamentais ou *garantias constitucionais e democráticas*; d) ... (grifos da transcrição).

fato, como subjacência, como assento, como relação fática, como bem econômico ou *situação* base de imposto, quaisquer desses gêneros, pois *exclui do poder tributário* três gêneros e uma espécie:

"*o livro, o jornal e os periódicos, assim como o papel destinado à sua impressão*".

IX — Dentro do gênero *papel*, somente estão imunes as espécies destinadas à impressão daqueles, mas para aqueles gêneros: *o livro, o jornal, e os periódicos*, a Constituição *não estabeleceu nenhuma condição ou restrição de qualquer natureza*. Todos os gêneros livro, jornal e periódico e suas espécies não podem, por *princípio proibitivo constitucional* ser objeto de nenhum imposto.

Na terminologia jurídico-tributária do CTN, art. 114, se "fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência", ao contrário de dar poder e competência legislativa ordinária para instituir imposto sobre esses bens, a Constituição *vedou* a todos os legislativos a faculdade de definir em qualquer lei, como *situação* necessária e suficiente para a ocorrência do fato gerador do imposto", quaisquer dos gêneros "o livro, o jornal e os periódicos". Nenhum desses veículos do pensamento escrito pode ser objeto de incidência, ou na linguagem técnica do CTN, tomado como "situação" de "hipótese de incidência" (arts. 114 e 104, II).

X — Portanto, preliminarmente, como dissemos de início, desde a vigência da Constituição Federal do ano de 1967, é óbvio e mesmo um truismo, que todos os gêneros de livros, jornais ou periódicos e suas espécies, como impressos e veículos da liberdade do pensamento, estão *objetivamente* IMUNES de imposto. Não interessa, por ser irrelevante, examinar o conteúdo ideológico do impresso. Todas as espécies desses gêneros de veículos do pensamento, em razão da liberdade de imprensa foram e estão absolutamente libertos da escravidão do imposto. Em relação ao imposto sobre eles, a Constituição estatui absoluta *proibição* a todos os fiscos, isto é, excluiu-os do próprio poder de *instituir* sobre eles o imposto.

Se pelo conteúdo ideológico o veículo impresso for obsceno ou mesmo criminoso, o problema cabe à censura ou à segurança⁽⁴⁾, mas *nunca a quaisquer das autoridades do imposto*, pois a Constituição não permitiu sequer aos legisladores

(4) Neste sentido é a doutrina corrente. Raul Haidar no capítulo "A Imunidade dos Livros, Jornais e Periódicos" ressalta: "... não se pode cogitar de ser o livro cultural ou não, de acordo com critérios de julgamentos subjetivos. ... o romance pornográfico que a censura pode coibir, pode apreender, mas o fisco não pode tributar. (ICM — IPI Aspectos Polêmicos, Editora Análise, São Paulo, 1979, pág. 57)

Também Vieira Manso no artigo IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO LIVRO, publicado em 1983 na R.T. 573, à pág. 309, ressalta: "Nenhuma restrição, portanto, quanto ao conteúdo do livro se haverá de estabelecer para retirar-se dele o favor constitucional: será imune, pois, tanto o livro de entretenimento como o livro científico, ou o livro didático, ou o livro religioso. Basta que seja LIVRO, isto é, basta que o objeto seja repositório de uma comunicação inteligível".

instituir o imposto sobre tais veículos da liberdade de pensamento. Aliás veremos que não existe hoje em nosso país *nenhum texto de lei fiscal* prevendo incidência de imposto sobre o livro, o jornal ou os periódicos em função do seu grau de conteúdo ideológico, cultural, artístico ou de perversão.

XI — Portanto, a sentença começou por premissa absolutamente falsa, chegando a *exigir* imposto não apenas sem base em qualquer lei que o houvesse criado, mas ao arrepio da literal proibição constitucional, que *veda* ao próprio legislador ordinário o poder e a competência para *instituir* tal imposto.

XII — Bem andou o Fisco Federal em reconhecer a imunidade em relação ao imposto aduaneiro e IPI. O ICM, como o imposto aduaneiro e o IPI, é um dos impostos de consumo, que comportam a transferência ou repasse do ônus financeiro pela inclusão desse encargo no preço, gravando o *consumidor final* (art. 166 do CTN).

Como salienta Aliomar Baleeiro em sua clássica obra, Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, 5ª edição, Forense, 1977:

"O inciso d, do art. 19, III da C.F. de 1969 protege objetivamente a coisa apta ao fim, sem referir-se à pessoa ou entidade. Veda imposto sobre o livro, o jornal e os periódicos assim como o 'papel destinado à sua impressão'.

Não exclui o imposto de renda sobre o livreiro, autor, jornalistas ou dono do jornal (pág. 189).

O dispositivo quer imunes livros, jornais e periódicos, assim como o papel para imprimi-los seja do imposto aduaneiro, seja do IPI, ICM ou qualquer outro que o atinja". (pág. 190).

O ERRO E O EXCESSO DO FISCO PAULISTA

XIII — A nosso ver o ERRO E O EXCESSO do Fisco Paulista está em não ter observado a completa modificação e evolução do texto constitucional vigente, nem mesmo a adaptação da *atual redação da própria lei paulista* e do *vigente Regulamento do ICM do Estado de São Paulo*!

Como já vimos, a Constituição de 1946 como a Emenda nº 18 de 1965 estabeleciam a imunidade tributária apenas para o "papel destinado exclusivamente à impressão de livros, periódicos e jornais".

Os "livros, periódicos e jornais" ficavam sob o regime de "isenções" dos legisladores fiscais ordinários, e eram ora objetivas, ora subjetivas, condicionadas à natureza do conteúdo ideológico (cultural, artístico, didático, etc.) quando, sendo esta matéria de liberdade da manifestação escrita do pensamento, era e é de ordem nacional.

XIV — A fim de solucionar de uma vez esta questão em nível constitucional e *uniformemente para toda a Nação*, excluindo precisamente a polêmica e a insegurança do subjetivismo e condições que ora ainda vemos apenas na memória do Fisco Paulista e da sentença, o texto de 67 confirmado em 1969, valorando o livro, o jornal e os periódicos acima do eventual interesse do imposto sobre eles, estendeu e completou essa liberação por meio de IMUNIDADE OBJETIVA, que não permite polêmica, nem subjetivações:

"É vedado...

— instituir imposto sobre:

o livro, o jornal e os periódicos, assim como o papel destinado à sua impressão.

XV — Não tendo a Constituição condicionado a imunidade do livro, do jornal e dos periódicos à natureza ideológica do conteúdo impresso, não existe, como não poderia existir em nosso país, nenhuma lei tributária que após o citado texto constitucional tenha *sequer referido a tal condição* para efeito ou não da imunidade. Se a Constituição *não estatui condições* como a fluida e ignominiosa do conteúdo ideológico da obra ou escrita, mas apenas estatuiu IMUNIDADE OBJETIVA INCONDICIONADA, nem para tal atribuiu qualquer delegação ou complementariedade ao legislador comum ou complementar, é óbvio que nenhum poder legislativo, executivo ou judiciário pode se arrogar tal poder nem competência.

Ao contrário, a própria legislação fiscal paulista, que *antes* da alteração constitucional concedia *isenção condicionada*, veio a modificar completamente seus textos e *contexto*, retirando tais dispositivos do capítulo da mera "isenção" para incluí-lo no da "não-incidência" porque a imunidade é efetivamente uma "não-incidência" constitucionalmente qualificada, senão vejamos.

XVI — Como exemplo tomemos a legislação anterior, isto é, do tempo do regime das isenções.

Até o Regulamento (decreto paulista 28.252/57) no Cap. II, do Tit. I, estava sob a rubrica "Das Isenções" e dispunha:

"DAS ISENÇÕES"

Art. 4º — São *isentas* de imposto:

j) as vendas e consignações de papel que se destinar exclusivamente à impressão de jornais, periódicos e livros (art. 31, n. V, alínea "c" da Constituição Federal), bem como o *comércio destes últimos*;

§ 2º — Para efeito da isenção referida na alínea "j", consideram-se livros os que contêm obra *cultural, técnico-científica, didática* ou

literária, excluídos, portanto, os livros em branco e os destinados à escrituração em geral.

XVII — Como pela Constituição não havia imunidade para o livro, o jornal e os periódicos, cada Estado-membro concedia isenções as mais variadas e sob diversas condições como as acima.

Entretanto, após os textos de 1967 e 1969 nenhum Estado teve mais *poder nem competência* sequer para instituir ICM sobre o livro e muito menos para condicionar a *imunidade* em razão da natureza do conteúdo ideológico, por estarem no Brasil, tanto a União, como Estados, Distrito Federal e Municípios constitucionalmente *proibidos de instituir imposto sobre o livro, o jornal e os periódicos.*

Tanto assim é, que o Estado de São Paulo retirou do contexto das "isenções" tal dispositivo e foi incluí-lo no contexto do cap. II, Tit. I do vigente Regulamento do ICM, debaixo da rubrica "DA NÃO-INCIDÊNCIA", nestes termos parafraseados da Constituição Federal:

"DA NÃO-INCIDÊNCIA"

Art. 4º — O imposto *não incide sobre* (Lei 440/74, art. 3º):

I — as saídas de livros, jornais e periódicos, assim como de papel destinado à sua impressão; (Decreto n.º 17.727/81 e alterações)".

XVIII — Observe-se que esse Regulamento já publicado em texto único pela Secretaria da Fazenda (edição 1982) não traz mais *nenhum dispositivo de condicionamento ou restrição* à natureza do conteúdo ideológico do livro, precisamente porque obedecendo à letra do dispositivo imunitário da Constituição Federal, apenas o copiou no contexto do capítulo da "NÃO-INCIDÊNCIA".

Portanto, convém neste passo repetir que além da *proibição* constitucional incondicionada, a própria lei como o Regulamento do Estado de São Paulo *reconhecem integralmente aquela imunidade objetiva e não condicionada.*

A sentença, além de estar ao arrepio do texto constitucional, também é órfã de qualquer fundamento legal. É evidentemente sentença nula, porque afronta não só o *texto proibitivo* do art. 19, III, d da Constituição Federal; mas fere também o princípio da legalidade do imposto estatuído nos arts. 20, I e 153 § 29 da Constituição, como o art. 98 I do CTN que é lei complementar da Constituição e até o próprio art. 4º I do Regulamento do ICM (Decreto n.º 17.727/81) acima transcrito, o qual reconhece e explicita a "NÃO-INCIDÊNCIA". Se *nem o Poder Legislativo, pelo processo legislativo, pode instituir imposto sobre o livro, muito menos o Magistrado "criar" e autorizar cobrança de impostos constitucionalmente proibido.*

XIX — É elementarmente sabido que a obrigação tributária é *ex-lege*. Não só a Constituição estatui expressamente o princípio da *estrita legalidade tributária* (arts. 19 I e 153 § 29) mas o CTN no art. 97 estatui que "somente a lei pode estabelecer a *instituição de tributos*". Para que o intérprete e o aplicador da lei não contorne ou fraude esse princípio da *estrita legalidade*, da tipologia fechada e, *sem prévia esta-tuição da lei* possa querer *substituir-se* ao legislador para instituir ou exigir imposto por meio de extensão analógica, o CTN, precisamente no capítulo da "Interpretação e Integração da Legislação Tributária", estatui esta literal proibição:

Art. 108

§ 1º — O emprego da analogia não poderá *resultar na exigência de tributo não previsto em lei.*

Ora, se no caso específico, ao estatuir a IMUNIDADE objetiva e incondicionada para o livro, a Constituição *veda*, proíbe ou elimina a própria possibilidade de os legislativos emanarem *lei* instituindo tal imposto, nestes termos peremptórios:

"Art. 19 — É *vedado* à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III — *instituir imposto sobre:*

d) o livro, o jornal e os periódicos, assim como o papel destinado à sua impressão".

Não se pode compreender *que por meio de sentença*, contra os textos da Constituição e *sem lei* (que não existe e não pode constitucionalmente existir), venha o ilustre juiz "a quo", cerebrinamente *instituir* e permitir ao Fisco estadual *exigir* imposto sobre o livro, que objetivamente está imune ou excluído do próprio campo da lei impositiva.

Se mesmo a *instituição por lei*, de tal imposto, é peremptória e incondicionada-mente *vedada* pela Constituição, como pode o juiz arrogar-se poder impositivo e competência legislativas que nem os legislativos têm, para chegar, sem poder impositivo, sem competência legislativa, sem processo legislativo, sem lei, a *criar e mandar exigir* imposto sobre o livro, quando a Constituição não só já eliminou a possibilidade de existência de tal imposto no Brasil, por meio de *norma proibitiva*?

Observe-se bem, que pelo texto da sentença, muito mais do que *emprego de analogia* o ilustre Magistrado embarcou na fantasia do fiscalismo, aplicando as anti-gas condições referidas ao conteúdo ideológico (cultural, didático, etc.) do livro, condições essas que existiam como requisitos para ter direito à ISENÇÃO CONDI-CIONADA, quando não se trata mais de isenção de lei, mas sim de IMUNIDADE que é categoria constitucional.

XX — S. Ex.^a não se deu conta de que agora, *pela Constituição e leis vigentes* a categoria jurídico-constitucional-tributária não mais é de isenção, mas sim a da IMUNIDADE OBJETIVA INCONDICIONADA. O livro está imunizado de imposto sobre si. Este é, em nosso País, um princípio constitucional.

DIREITO COMPARADO

XXI — Para não citarmos demasiado, tomemos *especificamente* a questão da não-tributação precisamente *dessa espécie de livro ilustrado para crianças* no contexto das nações civilizadas.

Em primeiro lugar, em matéria conceitual de livro vejamos se a científica e técnica Nomenclatura de Bruxelas o qualifica como livro, pois que o Brasil não só a reconhece e a utiliza, mas é um dos países que assinou o respectivo protocolo. Aliás, a referência de que o reconhecimento pela União da conceituação da Nomenclatura não tem aplicação ao ICM é outro engano do Magistrado, pois o órgão competente é o nacional e não o estadual, porque essa é matéria de tratados e convenções (Const. art. 8º, II).

Pois bem. Esta espécie está classificada não só *dentro do gênero livro* na Posição 49.03, mas ainda com notas explicativas as mais precisas, senão vejamos:

49.03 — Álbuns ou livros de estampas e álbuns para desenhar ou colorir, brochados, cartonados ou encadernados, para crianças.

XXII — Como luva confortável ao caso em exame, esclarecem e confirmam essa qualificação ou classificação como livro não só a Nomenclatura mas também as Notas Explicativas de Bruxelas, nestes termos:

"Cabem também nesta posição os livros de estampas, para crianças, com ilustrações móveis." (Notas Explicativas à posição e item 49.03, Tomo II, pág. 513). O texto também oficial em inglês reza: "A child's picture book incorporating "stand-up" or movable figures also falls within this heading".

Agora vejamos a aplicação ou emprego deste conceito de livro da Nomenclatura e das Notas Explicativas de Bruxelas, dentro do próprio campo dos impostos aduaneiros, de consumo ou IPI e de ICM (estes dois no Brasil de valor acrescido) para constataremos como a sua científica e internacional classificação é a mesma utilizada pelo Brasil como demais países no campo desses impostos, que são os indiretos e poderiam incidir sobre o gênero livro e todas as espécies de livros.

Tomemos como exemplo um país cuja liberdade de expressão do pensamento é reconhecidamente democrática e berço do constitucionalismo tributário, a Inglaterra.

XXIII — No excelente livro de Hugh Mainprice, especificamente sobre o correspondente ICM de valor acrescido, cujo título é VALUE ADDED TAX, London, edição Butterworths, 1978, onde temos a mesma classificação 49.03 para os livros ilustrados com figurinhas móveis ou separadas e não só a classificação como livro, mas comentários doutrinários e decisões, e foram incluídos na ALÍQUOTA ZERO (Goods and services zero-rated), tanto do imposto aduaneiro, de consumo, como do ICM ou de valor acrescido, nestes termos, à pág. 89:

Item 3 — CHILDREN'S PICTURE BOOKS AND PAINTING BOOKS

Customs and Excise indicate that a child's picture book incorporating "stand-up" or movable figures falls within the heading.

Essa classificação e inclusão dos livros para crianças, destinados a incorporar cromos ou figurinhas móveis, cuja classificação como espécie de livro, para efeito do VAT (Value Added Tax) ou Imposto de Valor Acrescido como o nosso ICM está na alíquota zero (zero-rated). Como se vê, tais livros estão excluídos não só do VAT (ICM) mas também do imposto aduaneiro e do imposto de consumo (excise tax) que aliás era a denominação do nosso IPI. Observe-se que todos esses três impostos são os indiretos, que poderiam incidir sobre a coisa, no caso, sobre o livro de figurinhas para criança e não incide porque ele é uma das espécies do gênero livro.

XXIV — D princípio hoje universal é de que não deve existir imposto sobre a leitura (NO TAX ON KNOWLEDGE), pois seria dificultar a cultura, o conhecimento, o ensino, a informação, enfim seria impedir a evolução da ciência, do saber, da tecnologia, das artes. Ninguém contesta, desde o invento de Gutenberg, a importância e a necessidade da valoração do pensamento impresso para o presente, o passado e o futuro do ser humano, mas se a lei condicionasse ao conteúdo ideológico a não-incidência, as garras do Fisco sangrariam até a liberdade de pensamento. Ao Fisco não cabe nem deve caber avaliar o conteúdo dos escritos em função de tributação.

O LIVRO DE FIGURINHAS DO FISCO PAULISTA PARA ENSINAR "O QUE É O ICM" E AUXILIAR A FISCALIZAÇÃO

XXV — Como já vimos, para o caso é irrelevante indagar-se do conteúdo ideológico do livro. Ele está objetiva e incondicionadamente imune. Entretanto não podemos deixar de estranhar que nestes autos a Fazenda do Estado tenha levado ao Juiz argumentos de que tal espécie de livro nada pode ensinar, e ainda não ter juntado exemplar do livro denominado "TURMA DO PAULISTINHA", criado por lei e da mesma espécie, impresso na época pela mesma Editora Abril, Autora nos autos e ora Consulente.

Pelo Decreto nº 14.838, de 18.3.80, o governo do Estado de São Paulo "instituiu campanha destinada a estimular emissão de documento fiscal nas vendas a

consumidor" e para isso editou "um álbum para 200 figurinhas" (art. 5º) sendo o decreto precedido de *considerações*, cuja primeira é a seguinte:

"Considerando a necessidade de desenvolver junto à população, principalmente a de idade escolar, a consciência para a importância social dos tributos".

Ora, como o Fisco paulista pode até por decreto editar esse livro ilustrado para crianças a fim de ensinar Direito Tributário e especialmente o ICM e nestes autos querer argumentar que não tem conteúdo didático, informativo, etc.?

XXVI — No vol. XXIII, junho de 1969, nº 6, o notável *Bulletim*, órgão oficial da IFA (International Fiscal Association) com sede em Haia, este órgão consultivo da ONU, à pág. 238 publica um *Editorial* sob o título *"O ENSINO DA TRIBUTAÇÃO NAS ESCOLAS PRIMÁRIAS"* (Teaching taxation in the elementary schools), relatando que nas Filipinas, com base em parecer da Comissão Tributária foi organizada uma dessas espécies de livros para crianças como "guia de ensino sobre a tributação nas escolas primárias", enumerando em 9 itens as incontestes possibilidades e importância desse ensino às crianças.

Portanto, é o próprio Fisco Paulista como o do exterior, o primeiro a reconhecer e se utilizar dos livros ilustrados para crianças, para informar e ensinar. Aliás, ninguém duvida dessa função dos livros para crianças, porém o que nos causa estranheza são as argumentações do Fisco e da sentença para dizerem que tais livros não ensinam, e que as figuras separadas dificultariam o aprendizado.

XXVII — Do ponto de vista didático a imagem separada é a base de motivação e complementariedade do auto-aprendizado porque é o próprio pequeno leitor que vai, gradativamente, ilustrando cada verbete já impresso e melhor compreendendo o conteúdo de cada conceito, idéia, ensino, informação ou narração de interesse cultural contido no verbete.

Não há dúvida que, do ponto de vista da produção industrial, as figuras já poderiam estar diretamente fotolitografadas em cada quadro, mas o que se objetiva do ponto de vista didático é motivar a autorealização, aprendizado ou criatividade do pequeno ou jovem leitor que, ao completar o conteúdo da obra não só tem o seu começo, meio e fim, como quer a sentença, mas ainda um livro com sua colaboração física e intelectual. Além do aprendizado gradativo do conteúdo dos conceitos vai também aprendendo e se afeiçoando às artes de estudar, de escrever, de ilustrar, enfim de produzir o livro como continente e a obra como conteúdo. A criança que recebe um livro já pronto e acabado, naturalmente pode proceder à sua leitura e visualização das suas imagens, mas não o faria gradativamente, nem poderia tão bem comparar o conteúdo de transmissibilidade da idéia escrita acrescido da idéia visualizada na imagem e muito menos participar da elaboração material e intelectual do livro que esta modalidade de livro possibilita.

"Objeto da Educação — já ensinava Kant — consiste em desenvolver no indivíduo toda a perfeição de que é suscetível". T.S. Eliot, em *Notes towards the Definition of Culture*, edição Faber, London, 1948, pág. 98, ressalta com Joad, dentre os objetivos da educação:

1) *to enable a boy or girl to earn his or her living...*

2) *To equip him to play his part as the citizen of a democracy.*

3) *To enable him to develop all the latent powers and faculties of his nature and so enjoy a good life.**

XXVIII — Em elaborando este parecer, Márcio e Marcos, dois de meus netinhos, de 7 a 9 anos, entraram em minha biblioteca e viram tais livros. Pensaram que fossem para eles. Aproveitei o interesse e procurei consultá-los e captar seu aprendizado, pois já os conheciam e verifiquei quanto entendiam e sabiam explicar dos verbetes e fiquei mesmo sabendo porque o de 9 anos já andava escrevendo e ilustrando escritos próprios ou que a "tia" dava na escola para "pesquisas" e ilustrações de descrições, composições ou pequenos contos.⁽⁵⁾

Como para o caso deste parecer é irrelevante examinar o conteúdo, não vamos nos alongar. Aí ficam estas comprovações, pois é estranho que o próprio Fisco paulista lance tais espécies de livros até para ensinar direito tributário e agora, nos autos, omita seu decreto e o popularizado "Paulistinha" que esteve ensinando, com ilustrações de figurinhas, por todo o Estado de São Paulo.

PORQUE A CONSTITUIÇÃO VIGENTE AFASTOU O PRÓPRIO PODER DE INSTITUIR IMPOSTO, DE FORMA OBJETIVA E INCONDICIONAL

XXIX — Como já vimos, hoje não importa a natureza ideológica para que "o livro, o jornal e os periódicos" estejam protegidos pela imunidade. A Constituição enumerou pelos gêneros todos esses impressos destinados à leitura e não estabeleceu nenhuma condição ou restrição. Deles afastou o Fisco e o ônus do seu imposto. Se o conteúdo for contra os costumes ou mesmo criminosos os órgãos competentes terão que apurar as responsabilidades. Porém, nenhum imposto *fiscal* ou *extra-fiscal* pode ser instituído sobre eles.

* Nota da revisora: Tradução: 1) Capacitar um menino ou menina a prover seu sustento; 2) Prepará-lo para o desempenho de seu papel como cidadão em uma democracia; 3) Capacitá-lo a desenvolver todas as suas habilidades e capacidades latentes e assim usufruir uma vida plena.

(5) Comparem-se os ensinamentos do livro para crianças "AMAR É...", com os do clássico moralista Orison Swett Marden, especialmente "OS MILAGRES DO AMOR" e "A ALEGRIA DE VIVER". Igualmente o dos "JOGOS OLÍMPICOS" com os textos e figurinhas do "A TURMA DO PAULISTINHA", publicado pelo Fisco paulista. Os temas, conceitos ou verbetes são dos *mesmos gêneros* instrutivos e informativos.

Aliomar Baleeiro, comentando o cuidado do Constituinte brasileiro em afastar do livro e demais gêneros ou veículos do pensamento escrito, desde a fonte, do poder de impôr, esclarece bem a "ratio essendi":

"Certo é que o imposto pode ser meio eficiente de suprimir ou embaraçar a liberdade da manifestação do pensamento, a crítica dos governos e homens públicos, enfim, de direitos que não são apenas individuais, mas indispensáveis à pureza do regime democrático. E a prova disso é que tais impostos já tiveram gênese para esse fim e duraram, em alguns países civilizados, até a segunda metade do século passado..."

Ora, o legislador ordinário poderia utilizar eficientemente impostos com o objetivo extra-fiscal condenável de cercear a liberdade de manifestação do pensamento...

Não se argumente que a hipótese é grosseira ou absurda, porque, excluídas as medidas administrativas insidiosas de certo governo sul-americano, no pós-guerra, ou as de controle de papel durante a ditadura de 1937-45, há exemplos de emprego extra-fiscal de imposto para restringir a liberdade de imprensa. Na Inglaterra, em 1830, ...este regime ignominioso durou, até 1861, quando GLAOSTONE tomou a iniciativa de promover a eliminação dos "taxes on knowledge" sob a ação persistente de um grupo de homens devotados à liberdade. Na França, existiu também selo estampilha sobre os jornais, até que a lei de 5.9.1870 o suprimiu... Na Áustria, a selagem de jornais, com objetivo extra-fiscal de caráter político de combate às idéias democráticas, durou até 1889.

A jurisprudência americana é severa em relação a impostos que possam ferir a liberdade de manifestação do pensamento... (Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, págs. 193 e 195 da 5ª edição, Forense).

XXX — Ora, se a Constituição do Brasil garante a manifestação do pensamento (art. 153 § 8º) e ampara a cultura (art. 180) além de prever outros princípios explícitos e implícitos em seu contexto (art. 153 § 36) também relativos aos direitos humanos, foi para assegurá-los efetivamente, no plano da prática, e precisamente em relação ao IMPOSTO que a mesma Constituição em texto o mais amplo possível, não só exauriente pelos gêneros, mas de natureza formal e material constitucional inicia com a proibição ou vedação da própria criação desses impostos pelos legisladores ordinários. Veja-se bem, não só imperativamente excluindo, mas proibindo vestibularmente e estancando a fonte ou início, ou instituição de tais impostos. Isto é, os suprimiu pela vedação do poder impositivo. Leiamos novamente o artigo para mais facilitar o confronto das anteriores e últimas — *last but not least* — observações:

Art. 19 — **É vedado** à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

— **instituir imposto sobre:**

o livro, o jornal e os periódicos, assim como o papel destinado à sua impressão.

XXXI — Observe-se bem que a evolução dessa IMUNIDADE em termos cada vez mais precisos, técnicos e abrangentes foi sendo objeto de cuidados especiais do Constituinte.

O texto da Emenda Constitucional nº 18 de 1965, que ainda não tinha estatuído a imunidade a não ser para o papel destinado à impressão e deixava o livro, jornais e periódicos ao sabor das simples isenções que podiam ou não ser dadas pelos legisladores ordinários, rezava:

Art. 20 — **É vedado**...

IV — **cobrar** impostos sobre:

d) o papel...

A expressão "cobrar" era incorreta para o caso, porque podia induzir à idéia da simples **isenção** que, como vemos hoje pelo art. 175 I do CTN é apenas a **exclusão do crédito tributário** e não da incidência ou obrigação.

Daí a Constituição de 1967, além de incluir "o livro, o jornal e os periódicos" assim redigiu a disposição:

Art. 20 — **É vedado**...

III — **criar** imposto sobre:

a) o livro, **os jornais** e os periódicos, assim como o papel destinado à sua impressão.

Aperfeiçoando mais a técnica jurídica, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, redigiu:

Art. 19 — **É vedado**...

III — **instituir** imposto sobre:

d) o livro, **o jornal**, e os periódicos, assim como o papel destinado à sua impressão.

Veja-se que o verbo "criar" e melhor ainda "instituir" são mais precisos porque a **vedação** vai à fonte, isto é, à própria "pretensão" e obrigação não nascem por falta de lei, pois é vedado o próprio exercício do poder de legislar, criativo ou institutivo de imposto.

XXXII — Finalmente, transcrevemos a elaboração e aprovação do texto original da letra "d" da Constituição de 1967:

"Justificação"

Os jornais e revistas sempre foram contemplados com a isenção de todos os impostos pela legislação dos Estados.

O recente Ato Complementar n.º 27 dispõe taxativamente que "deverão ser modificadas ou revogadas as normas das Constituições e leis estaduais e municipais que disponham sobre isenções tributárias, deduções ou quaisquer outros fatores".

Tem sido pacífico até aqui que os jornais e revistas devem ser equiparados ao livro, no que se refere à imunidade de tributos. A maneira de se manter essa imunidade, que poderia ser afetada por qualquer má interpretação do Ato Complementar n.º 27, é a consagração na própria Constituição da igualdade de tratamento aos livros, aos jornais e às revistas.

Emenda aprovada, na 53.ª Sessão, nos termos do Requerimento de preferência, isto é:

Emendas n.ºs 820/1 e 346 condensadas com a seguinte redação, em face de aprovação de Emenda n.º 63 (periódicos): ao artigo 19, item III, letra "d": "o livro, os jornais e os periódicos, assim como o papel para sua impressão".

(Anais da Constituição de 1967, citados, págs. 863 e 864).

Por todo o exposto a sentença, "data venia", está errada. Seu conteúdo e conclusão ferem o texto e o contexto da Constituição da República, pelo que deve ser integralmente reformada.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

São Paulo, 26 de janeiro de 1984.

RESPONSABILIDADE PERANTE TERCEIROS NOS GRUPOS SOCIETÁRIOS

LUCINDA MARIA PEREIRA RAGUGNETTI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

1. A problemática que os grupos societários suscitam é vasta, aceitando-se que os grupos realizem a unidade econômica na pluralidade jurídica. Os axiomas comumente aceitos no que diz respeito à sociedade isolada, com seus consectários, sofrem um processo de crise, não apenas na experiência vivida, como também de âmbito doutrinário. Normalmente a personalidade jurídica supõe autonomia e independência.

À sociedade isolada corresponde um patrimônio que será gerido com referibilidade ao interesse social, de acordo com as decisões dos órgãos internos da sociedade.

É difícil ou mesmo impossível sustentar que o mesmo se realize quando se trata de grupos societários. Em maior ou menor grau, interesse exógeno à sociedade poderá preponderar nos seus destinos. Este deslocamento fático do eixo de interesses, em favor de outras sociedades do grupo, ou do grupo como um todo, causará sujeição da sociedade à unidade de direção que o grupo comporta. É preciso, pois, antes de mais nada, estabelecer uma disciplina adequada do poder de controle, ainda que este deva ser entendido normalmente como um fenômeno natural a qualquer agrupamento.

O fato de que uma sociedade passe a "governar" os rumos de outra, pode ocasionar prejuízos àqueles que se relacionem com a sociedade "governada", bem como, é óbvio, a ela própria e aos seus acionistas minoritários.

Cabe nesse passo, examinar mais de perto a responsabilidade perante terceiros nos grupos societários, tendo em vista "que os grupos representam a tradução contábil e financeira dos princípios dos vasos comunicantes".

Ainda que eventualmente o uso abusivo do poder de controle ou dos mecanismos societários possa lesar as regras de concorrência ou conduzir a um abuso de poder econômico, como terceiros, consideraremos apenas os terceiros credores, e não a comunidade ou a economia como um todo.

A publicação deste trabalho constitui uma homenagem à memória da saudosa Procurador do Estado Doutora LUCINDA MARIA P. RAGUGNETTI, falecida em dezembro de 1983.

2.1. O DIREITO FRANCÊS

O exemplo mais eloquente, ou dos mais eloquentes, seria dado, a nosso ver, pelo Direito Francês, não só pelo desenvolvimento paralelo de jurisprudência e direito positivo que parece uma experiência feliz, como pelo fato de que constitui um exemplo único, segundo Grisoli, de disposições de lei sobre a matéria, com os recursos de que fez uso.

Cabe primeiro salientar que a responsabilidade da controladora pelas dívidas da sociedade controlada tem um pressuposto necessário: a insolvência da controlada. Nessa hipótese extrema, ou haverá responsabilidade pelo passivo ou extensão da execução coletiva.

Na esteira da jurisprudência, primeiramente modificou-se o art. 447 do Código de Comércio, acrescentando-lhe um parágrafo pelo qual em caso de "faillite", esta seria declarada comum a toda pessoa, física ou "morale", que, mascarando seu comportamento, praticasse atos de comércio em seu interesse próprio e com abuso dos bens sociais. Era preciso então o uso da sociedade como "cobertura" e dois requisitos conjuntos, retromencionados.

Atualmente a "ordonnance" de 1967, de 13 de julho, estabelece a **responsabilidade da controladora pelo passivo**, no art. 99. Sempre que o "réglement judiciaire" ou a "liquidation des biens", revelar uma insuficiência do ativo, as dívidas sociais poderão vir a ser suportadas no todo ou em parte, por todos os dirigentes sociais, de direito ou de fato, aparentes ou ocultos, remunerados ou não ou por alguns dentre eles, com ou sem solidariedade.

É evidente que a expressão aqui é abrangente e não se limita aos administradores, mas também aos verdadeiros "animateurs" da sociedade, isto é, a quem esteja na posição de "maître d'affaire".

O não-pagamento da dívida tem a consequência de que o "maître d'affaire" seja ele próprio sujeito a "réglement judiciaire" ou "liquidation des biens" (art. 100).

O artigo 101 da referida lei prevê solução diversa: se o "maître d'affaire" usou de seu poder para, sob a máscara da sociedade, praticar atos de comércio de interesse pessoal, haverá extensão do procedimento falimentar, sendo ele próprio declarado em "réglement judiciaire", ou "liquidation des biens". Igualmente, se usou dos bens sociais como próprios ou se prosseguiu no seu interesse pessoal, abusivamente, uma exploração deficitária, que não poderia senão conduzir à cessação de pagamentos da pessoa jurídica controlada. Nota-se que na legislação mais recente tanto a prática de atos de comércio no interesse pessoal quanto o uso dos bens sociais como próprios passam a ser hipóteses autônomas de extensão de falência.

A doutrina, ao comentar o dispositivo, enfatiza seu caráter excepcional em relação às regras comuns do direito falimentar. A comunicação do estado falimentar,

nas hipóteses do art. 101, tem algo de extraordinário no sentido de que derroga as normas comuns aplicáveis na insolvência, porque se prescinde aí da qualidade do comerciante (pelo menos, no 2º ou 3º item) bem como do fato objetivo da cessação de pagamentos.

Há quem saliente que antes e depois da nova legislação a jurisprudência continua a encarar como fato gerador da extensão a confusão de patrimônios com seus indícios, como sede comum, contabilidade única ou misturada, etc. De certa maneira é a concepção de sociedade fictícia ou de "commodo" que persiste aí, na idéia que uma das sociedades seria apenas uma "pseudo-société" e que na realidade existiria um patrimônio único. Na realidade o que os tribunais fariam aí, seria substituir a sociedade fictícia pelo verdadeiro obrigado, isto é, a sociedade que efetivamente existia. Insiste ainda a doutrina em que se deve distinguir devidamente a sociedade fictícia da sociedade de "coverture". Talvez a diferença resida em que a primeira já foi constituída com o fim de fraudar a lei, enquanto na segunda "a ocasião faz o ladrão". Parece que em qualquer das duas haverá a "maîtrise" ou a tirania.

2.II. O DIREITO ALEMÃO

II.a. No Direito Alemão há remédios preventivos, se assim se pode dizer, para a problemática a que aludimos no início.

É preciso aludir antes de mais nada à tríple partição do problema. Nos parágrafos 302, 303 e 308, há a disciplina das compensações que a sociedade dominante (beherrschend) deve oferecer à dependente (abhängig), em caso de existência de contratos de empresa (Unternehmensverträge). Para esse efeito, sendo os prejuízos compensados na vigência do contrato, supõe-se que os interesses dos credores sejam devidamente atendidos. Há um tratamento que exige na vigência do contrato de dominação a compensação dos prejuízos anuais sempre que estes ultrapassem o montante das reservas livres originadas durante o contrato. Se entre a sociedade dominante e a dependente houver contrato de arrendamento de estabelecimento, a compensação deverá ser efetivada se a contraprestação contratual não alcançar por si a reposição adequada.

Apenas decorridos três anos do arquivamento correspondente ao término do contrato, poderá haver transação sobre esse direito da sociedade controlada ou renúncia.

O art. 303 igualmente estabelece a obrigação de prestar garantia (Sicherheit zu leisten) se no prazo de seis meses após a inscrição da dissolução do contrato os credores o exigirem e desde que estes não sejam credores privilegiados em caso de falência. Trata-se portanto de uma regulamentação minuciosa e bastante formalizada.

II.b. Vejamos então qual o sistema previsto para os grupos de fato (faktische Konzerne).

O sistema para os grupos de fato diverge do anterior por uma razão bastante marcada, embora na prática possa haver resultados mais ou menos semelhantes. É que para o grupo de fato não se reconhece o "Leistungsmacht" ou o "Weisungsrecht" para a controladora, a não ser que, em caso de medidas ou negócios jurídicos em prejuízo da controlada, determinado pela controladora, esta compense no curso do exercício ou, no máximo, até o fim deste, as perdas que venha a sofrer, em consequência. E, além disso, na falta de contrato de dominação, não há obrigatoriedade para a Diretoria (Vorstand) de aceitar as indicações ou determinações da controladora em seu prejuízo e no interesse da controladora ou das demais sociedades do grupo. E quando presente o contrato, legitima-se a controladora a dar ordens ao "Vorstand", ainda que prejudiciais à controlada.

Não cumprida a exigência legal, há responsabilidade pelo ressarcimento do dano, inclusive frente aos acionistas, responsabilidade também dos administradores que induziram a sociedade dominada a cometer ou omitir o ato ou o negócio. O item 2 do § 317 estabelece uma exceção na hipótese de que o negócio ou ato tivesse sido praticado nas mesmas circunstâncias por um dirigente capaz e consciencioso de uma sociedade independente (ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft).

II.c. A "Eingliederung"

Na hipótese de "Eingliederung", em que a sociedade dominante é titular de todas as ações da sociedade "incorporada", permanecendo esta porém com a personalidade jurídica própria, há a obrigação da sociedade dominante de cobrir todas as "perdas de balanço" no montante que superar as reservas livres e a reserva legal.

Os credores da sociedade "eingegliederte" têm a seu favor a constituição de uma garantia desde que os seus créditos tenham tido origem antes da inscrição da "Eingliederung" no registro de comércio e que se manifestem nos seis meses posteriores a este ato. A inscrição será precedida de aviso para tal fim e sua publicação confirmará o aviso.

II.d. Assim, um regime de publicidade, compensações e garantias visa a assegurar ao funcionamento do grupo, quer de direito, quer de fato, uma sistemática em que se minimizem os prejuízos a terceiros. Os credores da controlada poderão responsabilizar a controladora diretamente, desde, como é óbvio, que seus créditos não tenham sido satisfeitos. Não é certo que tal experiência tenha dado os melhores resultados. A energia aparente do sistema pode diluir-se na prática, conforme as exigências, para o exercício do direito. Por outro lado, o abuso da personalidade jurídica continuará ensejando o recurso à teoria formulada por Serick, com base na jurisprudência e assim o "Durchgriff" ou a "Missachtung der juristischen Person" poderão, eventualmente, vir ainda a atender, com os devidos temperamentos, à problemática objetiva, que o texto legal não seja apto a abranger.

II.3. OUTROS SISTEMAS

Sucintamente, pois, é necessário que se refira à teoria aludida acima, grande momento em que a questão colocada pelos grupos portou-se a debates vivos e onde a criatividade dos juristas e seu desejo de ter em conta a realidade objetivaram consideráveis resultados. Os dados concretos levados em conta são de variável ordem. Tanto na jurisprudência americana, como na inglesa, quer com os nomes de "disregard of legal entity" ou de "lifting the corporate veil", a separação patrimonial que a personalidade jurídica pressupõe, tem sido afastada na prática, responsabilizando-se a controladora pelas dívidas da controlada quando se verifica que a última foi utilizada de forma abusiva, para fraudar à lei, ou aos credores ou que sua autonomia foi sacrificada, reduzindo a mero instrumento da controladora. Os precedentes jurisprudenciais americanos usam indícios, presunções e qualificativos os mais diversos. Há uma pluralidade de terminologia, quando na realidade o bom senso e a equidade exigem que a responsabilidade sofra translação. A translação de responsabilidade corresponde ao fato efetivo do deslocamento do eixo de interesses da pessoa jurídica controlada, fazendo com que seu substrato se reduzisse a um mínimo, o que não condiz com as finalidades para as quais essa criação se justifica. A manifestação mais clara a respeito lê-se na Harvard Law Review, em artigo de Fuller, que cita Wormser em nota de rodapé, afirmando que para a "desconsideração da personalidade jurídica" é essencial que apareça ("it must clearly appear") que a controlada não era, senão o "business conduct" da controladora. Suponho que essa expressão cubra uma variedade muito grande de hipóteses e que resuma adequadamente a matéria nesta parte. É importante ver na pessoa jurídica uma técnica com um mínimo de conteúdo, até mesmo ético, para que as vantagens que propicia sejam exercidas, não como um salvo-conduto para todas as práticas, e sim como um meio de propiciar a todos os interessados e envolvidos a segurança de uma atuação conforme o modelo legal e seus pressupostos.

III. O DIREITO BRASILEIRO. AS NORMAS DA LEI Nº 6.404/76

No direito brasileiro, dentro dos capítulos que tratam do grupo de direito e do grupo de fato, não há regras de responsabilidade da controladora por dívidas da controlada. No consórcio apenas se admitiu que a responsabilidade solidária das consorciadas pelas dívidas do consórcio poderá ser convencionada, não é de regra. No que tange à responsabilidade do administrador, o art. 159, § 7º alude a que terceiro prejudicado pode promover ação contra o administrador. Isto parece inadequado, ou melhor, inaplicável à situação de que estamos tratando. Trata-se de falta cometida na sua gestão, o que é hipótese muito diversa do poder de controle. Na disciplina do poder de controle, com a posição da responsabilidade civil do acionista controlador pelos atos abusivos, cuida-se da proteção aos acionistas minoritários, dos que trabalham na empresa, dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia. Não se vislumbra um dispositivo que permita estender à controladora dívidas da controlada. Mesmo no caso da subsidiária integral, nenhum dispositivo há que autorize inferir, ainda que ligeiramente ou com grande espaço, uma orientação para a solução do problema.

O único caso de responsabilidade do acionista controlador, em caráter subsidiário, é o das sociedades de economia mista (art. 242, da Lei 6.404/76), em que a pessoa jurídica que controla, em caso de insolvência, responderá pelas suas obrigações. Supondo o caso de sociedades de economia mista que tenham sociedades também de economia mista em seu controle, a responsabilidade subsidiária deveria ser da pessoa jurídica de direito público responsável pela criação do grupo, sempre que a pessoa jurídica sob cujo controle direto ou imediato se ache a última das correntes não cumpra esse compromisso. O tema é demasiadamente complexo para uma tomada de posição tão radical, mas de qualquer forma a multiplicação de pessoas jurídicas com que o Estado hoje empenha suas tarefas não é exatamente muito encorajadora.

IV. De tudo que foi visto, podemos afirmar que à jurisprudência e à doutrina cabem relevante papel na elaboração de uma resposta à dinâmica ação dos grupos e às múltiplas fórmulas com que estes agem. O legislador brasileiro não se atreveu a colocar pesos ou freios no que tange ao aspecto da responsabilidade, perante terceiros, nem mesmo no que diz respeito à subsidiária integral, que dificilmente será, por exemplo, algo mais do que mera "conduta negocial" da sociedade controladora.

Os instrumentos legais expressos são, pois, bastante frágeis e será preciso o recurso às noções de fraude à lei, de abuso de poder ou outras ainda para dar solução adequada a litígios que possam vir a surgir na prática. É a experiência que vai ditar novos rumos à legislação ainda recente. O futuro dirá se a omissão do legislador de 1976 foi proveitosa ou não. Caberá, pois, à doutrina e à jurisprudência a elaboração aos conceitos, a valoração dos institutos jurídicos e seu adequado dimensionamento, nessa matéria. É quase previsível que um grande impasse será a rigidez com que, de um modo geral, se vem encarando, ao longo dos tempos, a pessoa jurídica, entre nós, e que de certa forma se traduziu na lei, no aspecto que examinamos.

São Paulo, 21 de dezembro de 1979.

PROCESSO E CONSTITUIÇÃO: O DEVIDO PROCESSO LEGAL

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

SUMÁRIO

I. PROCESSO E CONSTITUIÇÃO

1. Direito Constitucional e Direito Processual.
2. Direito Constitucional Processual. Processo Constitucional.
3. Jurisdição Constitucional.
4. A Proteção dos Direitos Fundamentais, pelas Jurisdições Constitucionais.

II. OS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

1. O "Due Process of Law" no Sistema "Common Law".
2. O "Due Process of Law" no Sistema do Direito Codificado.
3. O "Due Process of Law" no Sistema Jurídico Brasileiro.

I. PROCESSO E CONSTITUIÇÃO

O processo tem passado por transformações marcantes que o afastaram do formalismo da velha praxe, para o reforço de sua posição como garantia constitucional.

Os estudos dos institutos do processo não podem ignorar seu íntimo relacionamento com a Constituição, principalmente tendo em vista os instrumentos indispensáveis à garantia e modalidades de defesa dos direitos fundamentais do homem⁽¹⁾.

As indagações constitucionais acerca do processo civil, constituem uma das características das mais importantes no desenvolvimento da ciência processual.

A supremacia da Constituição sobre a lei processual leva-nos à conclusão de que a tutela do processo realiza-se por meio do império das previsões constitucionais. De acordo com este entendimento, acentua Couture que:

- a) a Constituição pressupõe a existência de um processo como garantia da pessoa humana;
- b) a lei, no desenvolvimento normativo hierárquico destes preceitos, deve instituir outro processo;
- c) a lei não pode instituir formas que torna ilusória a concepção de processo consagrada na Constituição;

(1) — LIEBMAN, Enrico Tulio *Diritto Costituzionale e Processo Civile*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1952, I, pp. 328 e 329.

- d) se a lei institui forma processual que prive o indivíduo de razoável oportunidade para fazer valer seu direito, será inconstitucional;
- e) nestas condições devem existir meios de impugnação para que seja efetivo o controle da constitucionalidade das leis⁽²⁾.

As Constituições do Século XX, com raras exceções, reconhecem a necessidade de proclamação programática dos princípios do direito processual, no conjunto dos direitos da pessoa humana e as garantias que lhe são necessárias. O entendimento do processo como garantia dos direitos individuais, antecipa a compreensão do prisma constitucional do direito processual. A condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo leva a pontos essenciais como: a tutela constitucional dos fundamentos da organização judiciária e do processo e da jurisdição constitucional: "Entre os princípios fundamentais da organização judiciária enquadram-se as normas constitucionais sobre os órgãos jurisdicionais, sua competência e suas garantias", os princípios fundamentais do processo, no plano constitucional, englobam o direito de ação e de defesa e outros postulados que deste decorrem: o juiz natural, o contraditório, o princípio da iniciativa, os poderes e deveres do juiz e das partes, a assistência judiciária, etc. A jurisdição constitucional, por sua vez, compreende o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração em jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais processuais (habeas corpus, mandado de segurança, ação popular)⁽³⁾.

Como primeira fonte normativa do Direito Processual, a Constituição determina a organização dos poderes supremos, consagra os princípios fundamentais de suas instituições, possibilitando-lhes um funcionamento harmonioso. O paralelo entre o processo e o regime constitucional em que o mesmo desenvolve é inevitável. É nesse sentido que a relação entre os institutos processuais e seus pressupostos políticos e constitucionais foi ressaltada por Couture: "a ação, como figura particular do direito cívico de petição; a exceção, como direito cívico paralelo à ação; o princípio da igualdade das partes, a garantia constitucional do juiz competente, etc."⁽⁴⁾.

As linhas fundamentais do Direito Processual são traçadas pelo Direito Constitucional, na acertada conclusão de Ada Pellegrini Grinover: "... que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais. Mas, além de seus

- (2) — COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1977, 3ª ed., pp. 148 a 152; *idem*, *Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil*, publicado no volume em honra de Alsina e na Rev. D.J.A., t. 43, p. 353.
- (3) — GRINOVER, Ada Pellegrini, *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, Editora Revista dos Tribunais LTDA., São Paulo, 1973, p. 2.
- (4) — ———, *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*, José Bushatsky, Editor, 1973, p. 4. ———

pressupostos constitucionais, comuns a todos os ramos do direito, o direito processual é fundamentalmente determinado pela constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos⁽⁵⁾.

As constituições modernas não configuram o processo como um conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, encaram-no como instrumento público de realização da justiça. Este novo entendimento leva-nos a conclusões como: "Dada a afinidade entre esses dois ramos, já se fala em *Direito Constitucional Processual*, que trata das normas de processo contidas na Constituição, e em *Direito Processual Constitucional*, conjunto de preceitos destinados a regular o exercício da jurisdição constitucional (José Frederico Marques, "Manual", 1, nº 4º). E cada vez mais os juristas se voltam para os estudos constitucionais do processo, examinando este em suas relações com a Constituição, "dentro de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático", mesmo porque, "à raiz dos princípios que informam a norma processual, sempre se encontra — cumprido ou negado — um preceito constitucional" (Ada Pellegrini Grinover, "Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil", 1975).

É na Constituição, enfim, que o jurista vai encontrar o embasamento e os princípios que informam o Direito Processual Civil, cristalizados sobretudo no chamado "*due process of law*", segundo o qual o processo exige juiz imparcial, igualdade de oportunidades para as partes e procedimento regular, previsto em lei⁽⁶⁾.

As Constituições reconhecem uma série de garantias objetivas das mais variadas categorias, sendo que ocupam amplo espaço em seus permissivos as garantias especiais de justiça: garantias processuais, direito ao juízo legal e a prestar declaração, nenhuma pena sem lei, proibição de castigo múltiplo. A ordenação e classificação dogmática dessas garantias objetivas é difícil, desde que surgem historicamente de contextos muito distintos e aceitam matérias heterogêneas. Em decorrência destas circunstâncias, são bem amplas as interpretações que têm sido dadas ao conteúdo destes direitos.

A expressão *os direitos e as liberdades constitucionalmente protegidos*, para a doutrina mais recente não deve ater-se apenas ao que está inscrito nos textos constitucionais, no instante em que o "juiz constitucional" lhes assegura proteção. Aceita-se que os direitos fundamentais são protegidos pelas jurisdições constitucionais, que têm um estatuto constitucional, mas devem gozar de poderes supralegislativos.

- (5) — GRINOVER, Ada Pellegrini, *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*, ob. cit., pp. 4 e 5; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R., *Teoria Geral do Processo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974, pp. 47 e ss.
- (6) — TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, *Manual Elementar de Direito Processual Civil de Lopes da Costa*, edição atualizada, Forense, Rio de Janeiro, 1982, 3ª ed., p. 48.

A determinação do objeto da proteção supõe a noção dos direitos fundamentais que leva ao confronto entre as listas enumerativas desses direitos. Esta confrontação de listas e enumerações tem grande interesse. Mas não basta salientar a importância destas listagens, mas o conhecimento dos processos e técnicas de proteção dos direitos e liberdades constitucionais asseguradas pelas diversas jurisdições.

A situação processual concernente à proteção dos direitos fundamentais em Constituição como a da Alemanha Ocidental é caracterizada pela "onipresença" destes direitos perante toda jurisdição. É uma das competências mais importantes da jurisprudência desenvolvida sob o regime da Lei de Bonn. A interpretação das leis ordinárias, por qualquer Tribunal, é marcada pela norma constitucional.

O exame da jurisprudência constitucional, no que toca aos direitos fundamentais e ao livre desenvolvimento da personalidade aponta a importância das garantias constitucionais. Convém lembrar aqui uma decisão da Corte Constitucional da Alemanha que remonta ao ano de 1977, que tem como ponto principal a exigência do respeito à dignidade humana. Tratava-se de saber se a execução de uma pena privativa da liberdade, de conformidade com as disposições da lei sobre execuções penais, conduziria necessariamente a lesões físicas e psíquicas de caráter irreparável que violam a dignidade humana.

Estudos de Direito Constitucional Comparado e do Direito Processual revelam a importância que vem sendo dada ao binômio: Constituição e Processo. O exame de textos como o da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, no que diz respeito às garantias constitucionais processuais é de grande relevo. Revelando a repercussão que estas garantias têm no processo, a jurisprudência alemã estimou que a resposta a certas questões viola o artigo 1º da Lei Fundamental, desde que esta obrigação leva à esfera correspondente à vida íntima das pessoas interrogadas: a dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

Também o artigo 104 da Lei Fundamental de Bonn, que trata das "garantias jurídicas no caso de privação de liberdade", merece destaque:

1. "A liberdade do indivíduo só pode ser limitada com base numa lei formal e desde que se respeitem as formas prescritas na mesma. As pessoas detidas não podem ser maltratadas nem física nem mentalmente".
2. Cabe apenas ao juiz decidir sobre a admissibilidade e continuação de uma privação da liberdade. Em qualquer caso de privação de liberdade não ordenada pelo juiz, terá de ser obtida, sem demora, uma decisão judicial. Por autoridade própria, a polícia não pode manter ninguém sob custódia para além do fim do dia posterior à detenção. Os pormenores são regulamentados por lei.

3. Toda pessoa detida provisoriamente, sob a suspeita de um delito, deve ser levada à presença do juiz o mais tardar no dia seguinte à detenção, devendo o juiz comunicar-lhe as causas da detenção, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de objeções. O juiz deve, sem demora, ou dar uma ordem escrita de prisão, indicando as causas da mesma, ou ordenar a libertação.

4. Deve-se informar sem demora um parente do detido ou uma pessoa de sua confiança, sobre qualquer decisão judicial que ordena ou prolongue uma privação de liberdade".

Mesmo sistemas não jurisdicionais, como o Conselho Constitucional francês têm decidido em benefício da tutela dos direitos humanos, algumas delas de grande realce em figuras do Direito e do Processo Penal. A doutrina destaca, dentro da matéria, o pronunciamento do Conselho Constitucional contra a lei aprovada pelas Câmaras do Parlamento, sobre a legalização do aborto terapêutico.

A tutela, por parte dos Tribunais ou Cortes Constitucionais, dos direitos fundamentais tem possibilitado o surgimento de instrumentos processuais específicos que dão relevo crescente aos direitos humanos.

Os instrumentos processuais internos, dirigidos à proteção dos direitos humanos, deram grande relevo ao Direito Processual Constitucional, promovendo o grande interesse pelas garantias constitucionais relacionadas com o Processo Penal. Convém citar aqui a França, cujo artigo 66 da Constituição vigente, de 4 de outubro de 1958, determina: "Ninguém poderá ser preso arbitrariamente. A autoridade judicial assegurará o respeito a este princípio, nas condições estabelecidas por lei".

A este respeito, a Lei nº 70.643, de 17 de julho de 1970, com o fim de reforçar a garantia dos direitos individuais dos cidadãos reformou, com o objetivo de evitar detenções arbitrárias, vários artigos do Código de Processo Penal, que regulam a detenção preventiva, com a introdução de uma série de medidas mais flexíveis, dentro do conceito do "controle judicial", limitando a detenção preventiva a situações indispensáveis.

Na exposição de motivos da Lei citada, afirma-se que estes instrumentos são equiparáveis ao "habeas corpus" angloamericano.

As medidas consagradas pela lei mencionada permitem melhor regulamentação da detenção preventiva no processo penal, sem que ocorra desprezo à proteção da liberdade pessoal garantida constitucionalmente, através da tutela ante os órgãos judiciais, por meio da reclamação em que se exige a responsabilidade civil e criminal da própria detenção. Estabeleceu-se um procedimento específico para os afetados por uma detenção indevida, podendo até reclamar indenização ante uma Comissão Especial, integrada por três magistrados da Corte de Cassação.

A Corte de Cassação deve aplicar os princípios constitucionais que tutelam a liberdade individual, com o objetivo de determinar os casos de detenção arbitrária, estendendo-se esta proteção à inviolabilidade de domicílio.

Muitos dos atuais ordenamentos constitucionais desenvolvem uma paulatina, vigorosa e firme tutela processual dos direitos fundamentais, consagrados constitucionalmente. Têm contemplado variada elaboração teórica da jurisprudência que merece ampla consagração da *"Jurisdição Constitucional da Liberdade"*, repetindo a denominação dada já a um livro clássico da ciência processualística, por Mauro Cappelletti.

Uma Teoria Geral do Processo ou do Direito Processual Constitucional demandaria amplas indagações que iriam além do tema proposto e levar-nos-ia a amplas incursões que ultrapassariam os limites deste trabalho. Convém, entretanto, salientar que os diversos ramos processuais conduzem a uma Teoria Geral do Processo ou do Direito Processual, através da formulação de conceitos fundamentais que formam o patrimônio comum destas disciplinas.

Frederico Marques — A Unidade do Processo. O Processo Penal dos Estados Democráticos — Apêndice ao Capítulo I — *"O Juri no Direito Brasileiro"* — *"Na atualidade, raros, senão raríssimos, são aqueles processualistas que negam a existência de uma teoria geral do processo a qual se subordinam tanto o direito processual civil como o direito processual penal"*.

Frederico Marques ao examinar a evolução jurídica das garantias constitucionais do processo, salienta: *"Foi no campo da Justiça Penal que primeiro apareceram normas constitucionais destinadas a estabelecer garantias de natureza processual, tendo em vista a pessoa do acusado, — o que foi um dos pontos da pregação do iluminismo, dos enciclopedistas e de Beccaria, contra as iniquidades do procedimento inquisitivo. Conforme escreveu Manduca, o processo penal tornou-se capítulo das Constituições dos povos livres"*.

As proclamações de Direito dependem de instrumentos hábeis que as tornam eficazes. A própria palavra garantia é usada como sinônimo de proteção jurídico-política.

As Constitucionalização das garantias processuais demonstram um dos pontos essenciais das Constituições Contemporâneas.

As garantias constitucionais do processo tiveram primeiramente como objeto a justiça criminal. João Mendes Jr., em *"O Processo Criminal Brasileiro"*, já, em 1911, lecionava *"As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são atualidades das garantias constitucionais"*. Assim, na doutrina, fixava-se o princípio do devido processo legal, como garantia constitucional do processo. É, ainda, João Mendes Jr., que explica-

va: *"ser o processo o meio de "segurança constitucional dos direitos"*, pelo que deve vir plasmado de forma adequada, para que não ocorra ofensa da garantia constitucional da segurança dos direitos. O devido processo legal surge como a garantia constitucional do processo, como uma espécie de processo natural.

A ligação entre Constituição e Processo, através do exame dos institutos processuais, conduzem a investigações não apenas na estrita esfera do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico, no dizer de Ada Pellegrini Grinover. Este percurso transformará, no dizer de Liebman, o processo de simples instrumento de justiça, em garantia da liberdade.

Como instrumento de atuação das fórmulas constitucionais, o processo acarreta a transformação de mero direito declarado em direito garantido. O nível constitucional a que são levados muitos dos preceitos processuais possibilita a efetiva defesa das partes e a sustentação de suas razões.

1. DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO PROCESSUAL

A confluência destes dois ramos da ciência jurídica tem sido objeto de muitas indagações. Este relacionamento não foi suficientemente realçado, especialmente, na época em que predominava o conceito privatista de processo. A mudança de perspectiva ocorreu com o processualismo científico em 1868, com o livro clássico de Oscar Bulow sobre *"La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales"*, especialmente através do conceito sobre a autonomia da ação.

Acentua-se a publicização do processo em geral e do civil em particular. Culmina com a corrente moderna que considera o *"direito de ação"* como direito subjetivo público, de caráter constitucional, oportunidade em que Carnelluti destacou a transcendência constitucional da ação, como um direito paralelo ao de petição.

As implicações constitucionais das instituições processuais, principalmente do *"direito de ação"* tiveram grande repercussão com o estudo clássico de Piero Calamandrei sobre *"A relatividade do conceito de ação"*, onde destaca as relações das orientações políticas de caráter constitucional e o conceito de ação. Dentro da mesma orientação destaca-se Niceto Alcalá-Zamora y Castello, com *"Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción"*.

Ainda sobre a transcendência constitucional das instituições processuais destaca-se *"Las garantías constitucionales del proceso civil"*, de Eduardo J. Couture, onde as categorias constitucionais do processo civil ampliam-se aos diversos ramos processuais.

Esta nova perspectiva do Processo Civil que acentuou sua maior proximidade com o Direito Constitucional, relaciona-se, também, com o conceito de ação e a nova visão da ciência processualista: *"Até o meado do século passado, quando o pro-*

cesso civil era estudado junto com o direito civil e, freqüentemente, nos mesmos livros, pode-se dizer que havia o primado do direito civil, que absorvia em si o direito processual. Este não constituía nem mesmo um ramo do direito, mas apenas o processo, ou procedimento.

Nessa fase, não se considerava que a ação fosse um direito distinto daquele direito subjetivo a que ela visava a proteger⁽⁷⁾.

Para Héctor Fix-Zamudio apenas recentemente os estudiosos do Direito Constitucional e os cultivadores do processualismo científico passaram a perceber a estreita vinculação das duas disciplinas, principalmente após a Segunda Grande Guerra Mundial, quando as Constituições passaram a consagrar expressamente os lineamentos das instituições processuais e que os constituintes contemporâneos aperceberam-se da necessidade e da importância da função jurisdicional. A transcendência constitucional da função jurisdicional, conforme Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, não retira à dúvida sobre a sua localização como instituto do Direito Processual ou do Constitucional. Outras instituições processuais fundamentais que compõem a "trilogia estrutural", como a "ação" e o "processo", examinados dos ângulos constitucional e processual, podem levar a um critério comum que satisfaça aos cultores das duas disciplinas: "En otras palabras, se está despertando la conciencia entre constitucionalistas y procesalistas, sobre la convenciencia de unir sus esfuerzos con el objeto de profundizar las instituciones procesales fundamentales, ya que no debe olvidarse, como ocurrió durante mucho tiempo, que poseen una implicación político-constitucional, y no de carácter exclusivamente técnico, y es en este sentido en que podemos hablar de la relatividad de los conceptos de jurisdicción y de proceso, en el sentido en que podemos hablar de la relatividad de los conceptos de jurisdicción y de proceso, en el sentido en que lo hiciera el inolvidable Calamandrei respecto de la acción"⁽⁸⁾.

2. DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL. PROCESSO CONSTITUCIONAL

As relações entre Constituição e Processo têm gerado novas denominações que procuram acentuar as ligações entre estes ramos do direito, daí as denominações, acentadas em duas perspectivas:

- a da eficácia das normas constitucionais através de mecanismos processuais específicos, por meio do Direito Processual Constitucional;

(7) — BARBI, Celso Agrícola, *Comentários ao Código de Processo Civil*, (Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973), vol. I, Arts. 1.º a 153, Forense, Rio de Janeiro, de 1981, 2.ª ed., pp. 24 e ss.

(8) — FIX-ZAMUDIO, Héctor, *El Pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Nova Série, n.º 30, set./dez., 1977, p. 318.

- ou da análise das disposições concernentes ao Processo, sob a denominação de Direito Constitucional Processual⁽⁹⁾.

A condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo passa a denominar-se Direito Processual Constitucional: "Não se trata de um ramo autônomo do Direito Processual, mas sim de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição.

O Direito Processual Constitucional abrange, de um lado, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; de outro lado, a jurisdição constitucional.

A tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária corresponde às normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias. A tutela constitucional do processo engloba o direito de ação e de defesa e outros postulados que desses decorrem⁽¹⁰⁾.

Outras indagações paralelas ocorrem quando procuramos buscar melhor sistematização entre Processo e Constituição. Questiona-se se este relacionamento pode apoiar-se em uma concepção unitária do Direito Processual, que nos leva a uma Teoria Geral do Processo. A construção de uma Teoria Geral do Direito Processual ou do Processo em sua totalidade, significa chegar a unidade científica, sem forçar a essência dos conceitos. Recorre-se a uma teoria geral que vincule as diversas disciplinas processuais em um ramo geral, que abranja o estudo do direito processual e suas noções sistemáticas.

Estas questões não estão afastadas quando intencionamos uma formulação científica do Direito Processual Constitucional que os juristas apontam como que iniciado por Hans Kelsen, ao considerar a necessidade de sistematizar o estudo dos instrumentos processuais dirigidos à solução das controvérsias decorrentes da aplicação das disposições constitucionais. Ao passo que o Direito Constitucional Processual é ramo do Direito Constitucional que tem o propósito essencial de estudar, de forma sistemática, as instituições processuais reguladas pelas disposições constitucionais, qualificadas como garantias constitucionais de caráter processual.

Entende-se que as relações entre as disciplinas jurídicas do Direito Constitucional e do Direito Processual devem ser estreitas. É dentro desta perspectiva que o Direito Processual Constitucional ocupa-se dos instrumentos processuais que garan-

(9) — FAVELA, José Ovalle, *Sistemas Jurídicos y Políticos, Proceso y Sociedad*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Nova Série, n.º 33, set./dez., 1978, p. 357.

(10) — CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R., *Teoria Geral do Processo*, ob. cit., p. 48.

tem o cumprimento das normas constitucionais. Como disciplina científica tem como objetivo o estudo dos instrumentos de garantias em sentido estrito. Eles têm adquirido maior importância, em virtude do convencimento de que as normas constitucionais, que tradicionalmente em sua maior parte careciam de meios eficazes para impor-se a seus destinatários. As categorias constitucionais de caráter processual podem ser assim relacionadas:

- as que têm por objeto a tutela dos direitos da pessoa humana, em sua dimensão individual e social, consagradas no setor qualificado por Mauro Cappelletti de "jurisdição constitucional da liberdade";
- pelo conjunto de instrumentos processuais dirigidos a lograr o cumprimento efetivo das disposições constitucionais. Estas estabelecem os limites de atribuições dos órgãos de poder, como "jurisdição constitucional orgânica".

Considerado o Direito Constitucional Processual como ramo do Direito Constitucional, é tido como a ciência que se ocupa do estudo sistemático dos conceitos, categorias e instituições processuais consagradas pelas disposições constitucionais⁽¹¹⁾.

Para Couture a doutrina processual deveria desenvolver o exame das instituições processuais do ponto de vista constitucional. Seguindo Kelsen, reconhecia que a Constituição é o fundamento de validade da lei processual. Ainda dentro desta perspectiva examina as principais instituições processuais, como:

- A ação;
- A defesa;
- Os atos processuais e o devido processo legal;
- A sentença e a jurisdição;
- Constituição e Lei Orgânica.

Fix-Zamudio, em estudo sistemático sobre as normas constitucionais e o processo civil na América Latina, após esclarecer os diversos significados do conceito de "garantias constitucionais" propõe uma sistematização em três grandes categorias:

- 1 — As garantias judiciais, concernentes à organização jurisdicional, independente e imparcial, agrupada sob o conceito tradicional de "juiz natural";

(11) — FIX-ZAMUDIO, Héctor. *El Pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal*, ob. cit., pp. 315 e ss.; *Idem El Juicio de Amparo y la Enseñanza Del Derecho Procesal*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Estudios de Derecho Procesal en honor de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Nova Série, número 22-23, janeiro/agosto, 1975, pp. 430 e ss.

- 2 — As garantias relacionadas diretamente com a situação jurídica das partes (direito de ação e de defesa);
- 3 — As garantias referentes às formalidades essenciais do procedimento⁽¹²⁾.

Os estudos referentes ao Direito Constitucional levam-nos a uma denominação que vem ganhando terreno: Processo Constitucional⁽¹³⁾.

Ada Pellegrini Grinover, ao utilizar da expressão, comenta: "Já Mendes Jr. focalizava o processo como garantia dos direitos individuais, antecipando-se na compreensão do prisma constitucional do direito processual. A partir daí, inúmeros estudos debruçaram-se sobre o denominado "direito processual constitucional", entendendo-se por esse termo a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo: Kelsen, Calamandrei, Cappelletti, Liebman, Denti, Vigoriti, Comoglio, Alcalá-Zamora, Burgoa, Couture, Buzaid, Marques, são só alguns entre os que se destacaram na análise do processo constitucional"⁽¹⁴⁾.

As reflexões em torno do objeto do Processo Constitucional ganham terreno, com investigações acerca de sua natureza (contenciosa ou voluntária) e sobre a eficácia da sentença. Cappelletti nega o caráter contencioso a este processo. Liebman constrói, magistralmente, o processo constitucional como jurisdição contenciosa: "Si dice che nel processo costituzionale manchino il giudicato e il suo presupposto, la controversia, in quanto manca quella situazione specifica che induce le parti a conflitto circa un interesse.

Il processo costituzionale si muove in astratto non a regolare un diritto, ma ad accertare la legittimità di una legge, ossia la fonte medesima dei diritti. Non accerta un fatto costitutivo non ne realizza gli effetti giuridici comuni alla sentenza del giudice ordinario, ma si limita a verificare la conformità di una norma vigente ad una o più norme costituzionali.

Da qui a concludere che il nostro "Processo" s'inquadrerebbe meglio nella "giurisdizione volontaria", il passo è breve, tanto breve che oltre al Cappelletti, indirettamente lo stesso Allorio, e il Carnelutti l'hanno già detto"⁽¹⁵⁾.

Enrique Vescovi ao focalizar os princípios estruturais do Processo Constitucional acrescenta que poderia ser mais compreensiva a denominação Justiça Constitucional, pois pretende referir-se aos caracteres processuais desta jurisdição.

(12) — FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Constitución y proceso civil en Latino-américa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1974, pp. 31 e ss

(13) — BARRACHO, José Alfredo de Oliveira, *Processo Constitucional*, UFMG, Belo Horizonte, 1981.

(14) — GRINOVER, Ada Pellegrini, *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, ob. cit., pp. 1 e 2; MARQUES, José Frederico, *Manual de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo Civil*, vol. I, Edição Saraiva, 1974, p. 17.

(15) — GIANNOZZI, Giancarlo, *Riflessioni intorno All'Oggetto D e 1 Processo Costituzionale*, JUS, Rivista di Scienze Giuridiche, Nova Série, Ano XIV, julho/dezembro, 1963, Fasc. III-IV, p. 395.

Acrescenta ser uma justiça ou processo que tem por objeto matéria constitucional. O florescimento desta justiça busca encontrar o "processo" ou "processos" que regulam ou defendem diretamente a aplicação efetiva da vigência dos preceitos constitucionais. Esta perspectiva busca nas formas constitucionais, fundamentais ao Estado, um processo especial que garanta a sua efetiva vigência, controlando inclusive o próprio legislador, pelo que os norte-americanos denominam de "judicial review": "Justamente allí es donde los autores encuentran el origen del proceso constitucional moderno, que se ha extendido, através de la declaración de inconstitucionalidade de la ley a la mayoría de los países del mundo" (16).

O desenvolvimento dos estudos acerca do Processo Constitucional tem ampliado as pesquisas em torno de pontos fundamentais para o seu conhecimento. Dentre estes, destacam-se aqueles que procuram esclarecer a natureza da "Sentença Constitucional". As decisões dos Tribunais Constitucionais são consideradas antes de tudo — como "ato processual", decisão de um colegiado de juizes que põe termo a um processo. Ademais é a "atividade dirigida à interpretação e integração criadora do direito".

Os processualistas estão hoje interessados em esclarecer as suas dimensões. Já os cultivadores da hermenêutica jurídica como Martin Kriele (17), Friedrich Muller e Wolfgang Fikentscher têm seu melhor estímulo na jurisprudência produzida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão de Karlsruhe.

A dimensão processual da sentença constitucional é explicada, para certos autores, como decorrente da convergência de quatro princípios fundamentais:

- a) *Princípio da congruência*: as sentenças dos Tribunais Constitucionais devem manter e respeitar a mais estrita correspondência entre "demanda" e "pronunciamento". Isto é, entre o que se solicita e aquilo que se resolve: "*sententia debet esse conformis libello*". É a formulação aforística mais clássica deste princípio. Não vai além do pedido, *ultra petitum*; nem distinto do pedido, *extra petitum*; apoia-se na *causa petendi*, isto é, nos fundamentos nos quais a demanda foi solicitada.
- b) *Princípio da motivação*: é consubstancial à "*teoria da sentença*". Coloca-nos frente ao tema dos vícios de inconstitucionalidade. A questão vai ao fundo do problema da motivação das sentenças constitucionais.
- c) *Princípio da colegialidade*: trata-se da condição orgânica ou colegial da vontade que respalda a sentença.

(16) — VESCOVI, Henrique, *Principios Estructurales del Proceso Constitucional*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, n.º 79, set./dezembro, 1969, p. 438.

(17) — KRIELE, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos Históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980, trad. de Eugênio Bulygin.

d) *Princípio da eficácia*: a sentença deve alcançar a reintegração do ordenamento constitucional ao qual a lei ou o ato inconstitucionais lesaram. Três são os sistemas que constituem resposta a este princípio:

- o sistema americano, pelo qual a eficácia só produz efeito *inter partes*, confiando-se sua extensão à técnica do "*stare decisis*";
- o sistema austríaco, puro ou Kelseniano, no qual a sentença, com pretensão de eficácia "*erga omnes*", tem uma entidade "*constitutiva*", desde que ela mesma, em virtude e a partir de seu pronunciamento coloca a inconstitucionalidade no mundo do existente jurídico. Os efeitos só se produzem *ex nunc*, isto é, para o futuro;
- o sistema reformado, variante do anterior adotado em parte na Alemanha e Itália, apesar de ter certos preceitos em que se entende a sentença não como "*constitutiva*", mas meramente "*declarativa*" de uma nulidade que existe *ex constitutione*, preexiste à sentença e deve, portanto, causar efeitos *ex tunc*, ou para trás.

Ainda no que diz aos "efeitos" da sentença constitucional podem ocorrer:

- efeitos sobre processos em andamento;
- efeitos sobre o processo "*a quo*";
- efeitos sobre relações esgotadas;
- conciliação com "*coisa julgada*";
- especificidade desta eficácia no caso de leis penais, processuais, tributárias, etc. (18).

3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A jurisdição constitucional tem por objeto específico a matéria jurídico-constitucional de um determinado Estado. Ela atende a uma típica forma processual

(18) — MORALES, Angel Garrorena, *La Sentencia Constitucional*, Revista de Derecho Político, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, n.º 11, outono, 1981, pp. 7 e ss; PALLIERE, Giorgio Balladore, *Effetti e Natura delle Sentenze della Corte Costituzionale*, Rivista di Diritto Processuale, CEDAM, Padova, n.º 2, abril/junho, 1965, pp. 161 e ss; Liebman, Enrico Tullio, *Contenuto ed Efficacia delle Decisioni della Corte Costituzionale*, Rivista di Diritto Processuale, n.º 4, out./dez., 1957, pp. 507 e ss; MONTESANO, Luigi, *Le Sentenze Costituzionali e L'Individuazione delle Norme*, Rivista di Diritto Processuale, n.º 1, 1963, pp. 20 e ss; ASCARELLI, Tullio, *Giurisprudenza Costituzionale e Teoria Del'Interpretazione*, Rivista di Diritto Processuale, n.º 3, julho/set., 1957, pp. 351 e ss; SANDULI, Aldo M., *Sulla "Posizione" della Corte Costituzionale nel Sistema Degli Organi Supremi dello Stato*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, n.º 4, out./dez., 1960, pp. 705 e ss.

que compreende o processo que recolhe a matéria constitucional ou tem a mesma por objeto.

Biscaretti Di Ruffia examina a jurisdição constitucional debaixo de duas perspectivas:

- a) no sentido objetivo identifica-se com as funções jurisdicionais realizadas para a tutela de direitos e interesses relativos a matéria constitucional; derivam quando a Constituição é rígida de pretensões diretamente fundadas em normas formalmente constitucionais;
- b) em sentido subjetivo torna os órgãos diversos da magistratura ordinária que exerce as mesmas funções, valendo-se de procedimentos diferentes dos judiciais comuns.

Existe a tendência em conceder maiores atribuições às funções jurisdicionais materialmente constitucionais a órgãos diversos dos judiciais ordinários, por motivos de técnica jurídica e oportunidade política.

O publicista italiano reconhece que não é fácil expor o variado conteúdo da jurisdição constitucional em sentido objetivo, devido à ampla indeterminação da matéria constitucional. Entretanto, ressalta que esta tutela dirige-se:

- a) contra atos inconstitucionais de órgãos do Estado e de seus sujeitos auxiliares;
- b) contra atividades ilícitas de titulares de órgãos constitucionais⁽¹⁹⁾.

Mauro Cappelletti aponta algumas questões surgidas na prática e discutidas pela doutrina do Processo Constitucional Italiano, que servem de elucidação para o tema presente:

- a) a natureza da "justiça" constitucional;
- b) as características da atividade e dos poderes do juiz constitucional;
- c) as relações estruturais entre o processo ordinário e o processo constitucional;
- d) os efeitos dos pronunciamentos da Corte.

Juristas de grande autoridade, como Calamandrei, contemplam a "justiça" constitucional como uma função não jurisdicional, mas consubstancialmente legis-

(19) — RUFFIA, Paolo Biscaretti Di, *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, S/A, Madrid, 1965, trad. de Pablo Lucas Verdu, pp. 545 e ss.

lativa, pelo menos, sua natureza não é tida como jurisdicional, legislativa ou administrativa. Dentro dessa orientação, a Corte Constitucional deve ser considerada como um órgão constitucional que se encontra fora e acima da tradicional tripartição dos poderes do Estado. Mesmo assim, encontra mais aceitação a tese que aceita a função exercida pela Corte Constitucional como atividade jurisdicional, critério aceito por Canelutti⁽²⁰⁾.

Os tratadistas italianos e alemães criaram, no dizer de Héctor Fix-Zamudio, um corpo de doutrina impressionante sobre os contornos da jurisdição constitucional: "... a tal grado que pode nos afirmar que se ha conformado una disciplina autónoma de perfiles propios y definidos — pero siempre vinculada a la teoría general del proceso o del derecho procesal —, que se ocupa del estudio de los instrumentos procesales establecidos por las mismas cartas fundamentales para la tutela de sus propias normas, y que ya hemos calificado como "derecho procesal constitucional"⁽²¹⁾

A projeção do Tribunal Constitucional da Alemanha, da Corte Constitucional da Itália ou do Tribunal Constitucional da Espanha, bem como de outros Tribunais ou Cortes tem sido objeto de diversos trabalhos que dão destaque ao sistema austríaco de justiça constitucional, considerado como iniciador da renovação no sistema de proteção aos direitos humanos consagrados constitucionalmente: "... ya que a partir del establecimiento de la Corte Constitucional en la Carta Federal de 10 de octubre de 1920, comenzó a imponerse, especialmente en los países de la Europa continental, el principio de que las cuestiones constitucionales, y entre ellas, las relativas a la tutela de los derechos fundamentales, deberían someterse a un tribunal especializado en la materia constitucional, y por ello es que se ha calificado a esta categoría del control de la constitucionalidad de los actos de autoridad, como sistema austríaco en contraposición al que surgió en la Carta Fundamental de los Estados Unidos de 1787, y que se ha denominado "americano"⁽²²⁾.

O Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht-BVG*) é considerado como expressão máxima do Estado de Direito. O funcionamento do BVG veio atender as aspirações de uma instância superior capaz de pôr fim ao culto mecânico da letra da lei, ou melhor, o acatamento cego e automático das disposições do Estado. Trata-se da última instância para todos litígios surgidos em torno da Constitui-

(20) — CAPPELLETTI, Mauro, *La Justicia Constitucional en Italia*, Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, Universidad Autónoma de México, México, n.º 37, jan./abril, 1960, pp. 41 e ss; MARQUES, José Frederico, *Manual de Direito Processual Civil*, 1.º volume, ob. cit., pp. 64 e ss.

(21) — FIX-ZAMUDIO, Héctor, *El Juicio de Amparo y la Enseñanza del Derecho Procesal*, ob. cit., p. 436.

(22) — Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980, p. 45; GRANT, J. A. C., *El Control Judicial de la Legislación en la Constitución Austriaca de 1920*, boletín Mexicano de Derecho Comparado, n.º 21, setembro/desembro, 1974, pp. 73 e ss., trad. de Alfonso Ortiz, revisão de Héctor Fix-Zamudio.

ção. A lei do BVG, em sua versão de 3 de fevereiro de 1971, divide a competência do tribunal de Karlsruhe em quinze itens. As suas decisões são inapeláveis e definitivas. Toda decisão tomada pelo BVG tem que ser acatada pelos órgãos legislativos, executivos e judiciais da federação e das entidades federativas. Suas decisões sejam em forma de resolução — *Beschluss* — ou sentença — *Urteile* — têm, imediatamente, vigor jurídico formal, pois não existe nenhuma possibilidade de revogá-las. Em certas circunstâncias, as decisões do BVG têm, automaticamente (*Gesetzkraft*) ou força de lei. Todo cidadão tem, em princípio, direito de recorrer ao BVG, após ter esgotado os procedimentos jurídicos convencionais, desde que a "queixa constitucional" (*Verfassungsbesch*) é subsidiária e não primária⁽²³⁾.

A Lei Orgânica do Tribunal Constitucional define-o não só como um Tribunal de determinadas características, mas também como um dos órgãos constitucionais. Este artigo foi inspirado no preceito correspondente da *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. O Tribunal Constitucional é um Tribunal da Federação, autônomo e independente, frente a todos os demais órgãos constitucionais. O duplo caráter de tribunal e órgão constitucional tem sido reiteradamente posto em relevo pela jurisprudência do Tribunal Constitucional: "...recoge la tesis dominante entre los tratadistas alemanes, italianos y austriacos según la cual los Tribunales Constitucionales de sus respectivos países son simultáneamente órganos constitucionales y tribunales de justicia *sui generis*, siendo precisamente la articulación o, más bien, la interacción entre ambos términos lo que les otorga su nota, peculiar y distintiva dentro de la estructura institucional del Estado y lo que determina su *status* dentro del orden constitucional"⁽²⁴⁾.

Com o novo constitucionalismo europeu que veio após a Segunda Grande Guerra Mundial o conceito de órgão constitucional passa a adquirir grande relevância na doutrina e na *praxis* jurídico-públicas da Alemanha e Itália. A atenção pelo conceito começou através das polêmicas acerca do "status" do Tribunal Constitucional da República Federal Alemã. Esta explicação é coerente com a idéia de um Estado constitucional de Direito e com a idéia de que os órgãos fundamentais do Estado não podem ser neutros senão aqueles que recebem diretamente da Constitui-

(23) — SAÑA, Heleno, *El Tribunal Constitucional Alemán (Modelo para España)*, boletín Mexicano de Derecho Comparado, n.º 38, maio/agosto, 1980, pp. 471 e ss; MULLER, Gebhard, *La Cour Constitutionnelle Fédérale de la République Fédérale D'Allemagne*, Revue de la Comisión Internacional de Juristas, Tomo VII, n.º 2, Hiver, 1965, Genova, pp. 211 e ss; BUERSTEDDE, Wilhelm, *La Cour Constitutionnelle de la République Fédérale Allemagne*, Revue Internationale de Droit Comparé, n.º 1, jan./março, 1957, pp. 56 e ss; HAAK, Volker, *Quelques Aspects du Contrôle de la Constitutionnalité des Lois Exercé par la Cour Constitutionnelle de la République Fédérale D'Allemagne*, Revue Internationale de Droit Comparé, n.º 1, jan./março, 1961, pp. 78 e ss; LASSALLE, Claude, *Los límites du contrôle de la constitutionnalité des lois en Allemagne Occidentale*, Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'Étranger, Paris, n.º 1, jan./março, 1953, pp. 106 e ss.

(24) — GARCIA-Pelayo, Manuel, *El "Status" del Tribunal Constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, vol. 1, número 1, janeiro/abril, 1981, pp. 11 e 12.

ção seu "status" e competências essenciais, através do cujo exercício atualiza-se a ordem jurídico político fundamental projetada pela Constituição: "*Una primera característica de los órganos constitucionales consiste en que son establecidas y configurados directamente por la constitución, con lo que quiere decirse ésta no se limita a ser simple mención ni a la mera enumeración de sus funciones o de alguna competencia aislada, como puede ser el caso de los órganos o instituciones "constitucionalmente relevantes", sino que determina su composición, los órganos y métodos de designación de sus miembros, su status institucional o su sistema de competencias, o, lo que es lo mismo, reciben ipso iure de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición y posición de órganos*"⁽²⁵⁾.

A configuração direta, por meio das normas constitucionais, é consequência lógico-institucional da importância decisiva que a Constituição concede a certos órgãos. Neles condensam-se os poderes últimos de decisão do Estado, sendo o vértice da organização estatal. Estes órgãos constitucionais estão diretamente estabelecidos e estruturados pela Constituição.

O Tribunal Constitucional, como órgão jurisdicional, decide sob a forma de sentença, baseada em normas preestabelecidas, seguindo o procedimento contraditório, acerca das pretensões formuladas.

Para Eduardo Garcia de Enterría, o Tribunal Constitucional é o tema central da Constituição espanhola de 1978, ocasião em que menciona o Tribunal de Garantias Constitucionais da Segunda República, instituição que levanta polêmicas sobre determinados pontos de sua regulamentação concreta. Mas ressalta como a história processual constitucional revela a existência de um "direito à jurisdição constitucional", em que o Tribunal de Garantias foi a própria e verdadeira expressão⁽²⁶⁾.

A atual Constituição espanhola prevê no Título IX a instituição de um órgão especial, o Tribunal Constitucional colocado fora da organização tradicional dos poderes, ao qual é confiada a função de garantir o respeito à ordem estabelecida pelas normas constitucionais⁽²⁷⁾.

A análise dos instrumentos e instituições de caráter jurisdicional, asseguradoras dos direitos fundamentais, dá grande relevo ao Tribunal Constitucional, como órgão por excelência de garantias. Outros órgãos defendem a Constituição como dever

(25) — El "Status" del Tribunal Constitucional, ob. cit., pp. 13 e 14.

(26) — NOSETE, José Almagro, *La "Acción Popular" ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. Valoración Crítica*, Revista de Derecho Político, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, Núm. 12, Inverno, 1981-1982, pp. 67 e ss.

(27) — GALEOTTI, Serio e Rossi, Bruno, *El Tribunal Constitucional y El Control de Constitucionalidad. El Tribunal Constitucional en la Nueva Constitución Española: Medios de Impugnación y Legitimados para Actuar*, Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, n.º 7, jan./fev., 1979, pp. 119 e ss.

genérico, como consequência necessária ao cumprimento de outras funções. Para o Tribunal Constitucional a defesa da Constituição é a principal razão de ser de sua existência.

4. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELAS JURISDIÇÕES CONSTITUCIONAIS

Com as declarações de direitos humanos no século XVIII tem início a fase de constitucionalização dos mesmos. Estes direitos convertem-se, ao menos parcialmente, em direitos dos cidadãos e garantias constitucionais.

Sistematizar as garantias constitucionais dos direitos fundamentais consagrados nas constituições torna-se tema essencial na relação entre Constituição e Processo. A expressão "*garantias constitucionais*" passa a ter grande importância, no momento em que os textos constitucionais procuram ampliar o seu conteúdo. Esta expressão decorre da inserção nos textos constitucionais de princípios, institutos ou situações subjetivas, que após sua incorporação ao texto constitucional passam a ser especialmente asseguradas, isto é, garantidas constitucionalmente. A doutrina alemã emprega-a em relação a outras disposições materiais da Constituição com a denominação de "*garantias institucionais*". As garantias constitucionais são os mecanismos jurídicos que dão segurança ao ordenamento constitucional e estabelecem preceitos para a integridade de seu valor normativo.

A proteção dos direitos fundamentais pelas jurisdições constitucionais assinalam um dos aspectos mais importantes, no que se refere à relação entre Constituição e Processo.

Os instrumentos processuais internos de proteção aos direitos humanos, no que diz respeito à tutela dos mesmos por parte dos tribunais ou cortes constitucionais, têm obtido grande relevância. O aperfeiçoamento e precisão das disposições constitucionais que regulam os direitos fundamentais da pessoa humana levou a necessidade de um melhor desenvolvimento de normas processuais que pudessem assegurar, de maneira efetiva, a tutela das garantias consagradas constitucionalmente⁽²⁸⁾.

O crescimento da jurisdição constitucional é um fenômeno marcante nos últimos anos, consagrado em diversos Estados. As experiências da Alemanha, Áustria, Itália, Espanha, Grécia e França constituem, apenas, alguns exemplos. Ao lado das

(28) — FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Los Instrumentos Procesales Internos de Protección de los Derechos Humanos en los Ordenamientos de Europa Continental y su influencia en otros países*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, n.º 35, maio/agosto, 1979, pp. 337 e ss; idem *Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos*, ob. cit.

particularidades de cada sistema, existem traços comuns que caracterizam a jurisdição constitucional na Europa, bem como as diversidades dos modelos norte e sul americanos.

As experiências alemã, austríaca e italiana começam por desenvolver uma jurisprudência constitucional, em matéria de direitos fundamentais. Louis Favoreu ao ventilar as diferentes jurisdições constitucionais e a proteção dos direitos fundamentais, aponta alguns aspectos essenciais, como:

- a) o quadro referente aos diferentes sistemas de jurisdição constitucional, magistralmente examinados por Mauro Cappelletti⁽²⁹⁾. Charles Eisenmann, já em 1928, acentuava que pela natureza mesma das coisas, a justiça constitucional é como um espelho onde refletem-se de maneira fragmentária mas fiel, a imagem das lutas políticas supremas de um Estado.

O juiz constitucional não pode ter os mesmos critérios do juiz ordinário. Os sistemas de justiça constitucional são bem diversos quanto à sua organização, mas existe certa unidade quanto à sua missão.

- b) O modelo europeu de justiça constitucional repousa, essencialmente, sobre a noção de Corte Constitucional, isto é, de que esta jurisdição tem como finalidade conhecer dos litígios constitucionais.
- c) O funcionamento das cortes constitucionais e os procedimentos consagrados são elementos importantes para a compreensão das mesmas.

O processo consagrado pelas Cortes constitucionais, notadamente, em matéria de proteção dos direitos fundamentais está assentado em um processo contraditório, com caracteres particulares devido à própria natureza do Processo Constitucional: "*Le procès constitutionnel ne se déroule pas forcément entre des parties, notamment lorsqu'il y a contrôle abstrait des normes, ce qui est le cas habituel en droit français mais cela peut se constater également en droit allemand, autrichien ou italien*"⁽³⁰⁾.

- d) As atribuições e as competências das diversas jurisdições constitucionais demonstram a importância que as mesmas têm na garantia dos direitos fundamentais inscritos nos textos constitucionais.

(29) — CAPPELLETTI, Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, 1971.

(30) — FAVOREU, Louis, *Rapport Général Introductif*, Revue Internationale de Droit Comparé, Numéro Especial sobre "*La Protection des Droits fondamentaux par les Juridictions Constitutionnelles en Europe (Allemagne Fédérale, Autriche, France, Italie)*", n.º 2, abril/junho, 1981, p. 64.

A descrição dos sistemas de justiça constitucional mostra que as diversas cortes estão diferentemente armadas para assumir suas missões: a proteção dos direitos fundamentais.

A proteção dos direitos fundamentais pelas jurisdições constitucionais leva-nos ao estudo sobre os processos e técnicas que tornam possível a efetivação da expressão designada como os direitos e as liberdades constitucionalmente protegidas. Para alguns os direitos fundamentais são reforçados através de jurisdições constitucionais que têm estatuto constitucional e poderes supralegislativos.

No direito alemão, austríaco e italiano a dimensão constitucional está presente, sobretudo, pela importância dos direitos fundamentais definidos pela jurisprudência constitucional.

II. OS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O Processo, do ângulo de vista jurídico, é o instrumento do Estado para solucionar os conflitos de transcendência jurídica e como tal o meio de fazer efetivo o direito vigente. Os sistemas processuais constituem subsistemas ou a parte instrumental de cada um dos três grandes sistemas jurídicos. Um dos primeiros juristas a estabelecer uma tipologia dos sistemas processuais foi Couture:

- *Sistemas orientais* entre os quais estão relacionados os sistemas chinês, hindu, muçulmano, caracterizados como estáticos e tradicionais.
- *Sistema soviético* que reúne elementos dos sistemas orientais e do romano ocidental.
- *Sistema romano ocidental*, surgido da fusão dos processos romano e germânico, com cinco grandes grupos: hispano-americano, luso-brasileiro, francês e italiano, anglo-americano e austro-alemão.

René David agrupa os sistemas processuais em três grupos:

- o do "civil law";
- do "common law";
- o socialista.

Fix-Zamudio, após examinar os três sistemas fundamentais da justiça constitucional, qualificando-os de americano, europeu e socialista, todos eles com seus diversos matizes, conclui que ocorreu um desenvolvimento surpreendente: "Finalmente, también resulta indiscutible que los textos constitucionales no son fór-

mulas estáticas, sino que se proyectan siempre hacia el porvenir de manera dinámica, precisamente por su contenido oxiológico y es la justicia constitucional el instrumento necesario, no sólo para preservar estos valores sino para desarrollarlos y adaptarlos a las condiciones siempre variables e imprevisibles de la vida"(31).

Ao focalizar a ideologia no Processo Civil, Mauro Cappelletti, após acentuar o caráter da instrumentabilidade do processo em geral, e do processo civil em especial, destaca os pontos de convergência entre os diversos sistemas: "Os institutos e os princípios fundamentais do direito e do processo civil, inspirados como são em todos os países ditos ocidentais, em ideologias comuns ou análogas, não diferem substancialmente tanto quanto a uma primeira vista poderia parecer; e mesmo no que se refere aos institutos e princípios fundamentais do direito público e especialmente constitucional, em que antigamente ocorria uma nítida contraposição **civil law** — **common law**, os pontos de união se vão multiplicando"(32).

1. O "DUE PROCESS OF LAW" NO SISTEMA DA "COMMON LAW"

A doutrina procura as garantias da Magna Carta, quando se refere à expressão "law of the land", interpretada como a necessidade de observância das leis do país: "nullus liber homo capiatur vel imprisonetur... nisi per legale iudicium parium suorum **vel per legem terrae**". É o cap. 39 della Magna Carta he, dopo essere stato oggetto nel secolo scorso di interpretazioni diverse e contrastanti, è oggi considerato senza esitazioni il precedente diretto della clausola del **due process of law** della costituzione americana"(33).

Na evolução da interpretação da "lex terrae", da garantia do respeito a uma série de **libertares** ocorre a prevalência da "common law".

O significado atribuído a Blackstone e a Coke, sobre a noção de "law of the land", foi acolhido pela Constituição americana que receita: ninguém será privado da vida, da liberdade e da propriedade, sem um justo processo.

A possibilidade de utilizar-se o "due process" como garantia plástica e flexível da justiça no processo, seja penal ou civil, foi de grande utilidade na evolução da sistemática processual. No "due process of law" o elemento a que se subordina toda a legalidade do processo, é a efetiva possibilidade da parte defender-se, de sustentar suas razões, de ter **his day in court**, na denominação consagrada pela Corte dos Estados Unidos.

(31) — FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional — 1940 — 1965*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1968, p. 151.

(32) — CAPPELLETTI, Mauro, *A Ideologia no Processo Civil*, AJURIS, Porto Alegre, n.º 23, novembro, 1981, p. 32; PIZZOMSSO, Alessandro, *Giurisdizione Costituzionale e Diritti Fondamentale*, *Revista di Diritto Processuale*, CEDAM, Padova, n.º 2, abril/junho, 1981, pp. 340 e ss.

(33) — VIGORITI, Vincenzo, *Garanzie Costituzionali del Processo Civile*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1973, p. 25.

A garantia processual constituída pela necessidade de aplicar a lei da terra, foi recolhida nas primeiras constituições, anteriores à Constituição Federal dos Estados Unidos. As de Maryland, Pennsylvania e de Massachusetts consagram em disposição expressa, de que ninguém pode ser privado de sua vida, liberdade de propriedade sem o devido processo legal (*due process of law*).

As Emendas VI e XIV acataram o mesmo entendimento. Entre as expressões "*law of the land*" e "*due process of law*", não havia senão uma instância de desenvolvimento. O conceito especificamente processual da Magna Carta torna-se genérico na constituição. Não se fala mais em lei da terra, mas em "*devido processo legal*", como uma garantia que compreende o direito material da lei preestabelecida e o direito processual ao juiz competente.

A Suprema Corte dos Estados Unidos teve que fixar em que consistia as garantias do processo devido e a lei da terra. Ao determinar o que é o "*due process of law*" nas Emendas V e XIV a Corte referia-se aos usos estabelecidos, aos modos de procedimento. Por meio da 5ª Emenda, a fórmula "*law of the land*" transforma-se em "*due process of law*". Em seguida, passa a ser admitida em quase todas as constituições. O conceito "*procedimento legal*", torna-se a garantia essencial do demandado, do qual nenhuma lei poderá privá-lo. Como garantia de ordem processual transforma-se em garantia jurisdicional. Dentro do papel que o "*due process of law*" passou a ter nos Estados Unidos podemos salientar: "*A cláusula de due process of law*", inserida na 5ª Emenda dirigindo-se ao governo nacional, e na 14ª Emenda dirigindo-se aos Estados, equivalia, na história constitucional da Inglaterra, a "*law of the land*", ou lei do país, sendo garantia de ordem processual e não de fundo. Nos Estados Unidos, praticamente até 1895, foi ela entendida nesse sentido estrito, com a única exceção do caso *Dred Scott*, julgado em 1857, nas vésperas da Guerra de Secessão. Dando à cláusula de "*due process*", da 5ª Emenda Constitucional, o significado de proteção de direitos substantivos, declarou a Corte, pela segunda vez em sua história, a inconstitucionalidade de uma lei do Congresso: a seção 8ª do *Missouri Compromise Act*, de 1850, que proibira a escravidão nos territórios⁽³⁴⁾.

A jurisprudência da 14ª Emenda Constitucional sofreu várias modificações.

Para Corwin a moderna doutrina do "*due process*" como lei razoável deixou o controle judicial de ter limites definidos e mencionáveis, com modificações sobre a extensão em que a Corte reexaminará os fatos justificativos da lei sob a cláusula de *due process* da Constituição: "*Le Cinquième Amendement de la Constitution fédérale disposé notamment: 'personne ne pourra être... privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale suffisante'. Cette interdiction s'applique à tous les*

(34) — RODRIGUES, Leda Boechat, *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*, Edição Revista Forense, 1958, p. 92.

agents et fonctionnaires du gouvernement fédéral; elle a été étendue à ceux des États, en des termes presque identiques, par le Quatorzième Amendement de 1868. Au fil des siècles, depuis que ces mots ont apparu d'abord en droit anglais, ils ont été si constamment invoqués en justice qu'ils se sont de plus en plus fermement enracinés; ils représentent une part également importante de la protection constitutionnelle dans le droit américain"⁽³⁵⁾.

O devido processo exige que os litigantes tenham o benefício de um juízo amplo e imparcial, perante os tribunais. Seus direitos não se medem por leis sancionadas para afetá-los individualmente, mas por disposições jurídicas gerais, aplicáveis a todos aqueles que estão em condição similar.

A expressão *devido processo* significa o processo que é justo e apropriado. Os procedimentos judiciais podem variar de acordo com as circunstâncias, porém os procedimentos devidos seguem a formas estabelecidas no direito, através da adaptação das formas antigas aos problemas novos, com a preservação dos princípios da liberdade e da justiça.

Um dos componentes básicos do devido processo judicial, talvez fundamental, é a jurisdição. A jurisdição atua após a notificação apropriada, que dê conhecimento a todas as partes da interposição de atuações que possam afetar direitos. O devido processo requer que a parte, provocada por atuações judiciais tenha oportunidade de ser ouvida, antes que haja uma decisão final. Estas circunstâncias incluem o direito de apresentar argumentos, testemunhas ou provas que possam ser pertinentes ao caso. A audiência deve ser celebrada ante um tribunal justo e imparcial⁽³⁶⁾.

As expressões "*law of the land*" e "*due process of law*" examinadas conjuntamente, na Inglaterra e nos Estados Unidos deram origem à construção jurisprudencial, com o objetivo de proteção aos direitos do indivíduo, em especial em matéria de garantias processuais. Com o tempo, a cláusula do "*due process of law*" passou a ter maior relevo, alargando-se no âmbito da doutrina. De uma garantia em face do juízo, passa a assegurar igualdade de tratamento frente a qualquer autoridade. Esta ampliação de sentido propiciou a limitação constitucional dos poderes do Estado: "*o instrumento está criado. Como escreve Pound, o **due process of law** é um standard, pelo qual se guiam os tribunais, e, assim sendo, 'deve aplicar-se tendo em vista circunstâncias especiais de tempo e de opinião pública em relação ao lugar em que o ato tem eficácia'*"⁽³⁷⁾.

(35) — ANGELL, Ernest, *Les Aspects Constitutionnels des Libertés Publiques Aux États-Unis*, Dalloz, Paris, 1964, p. 26.

(36) — PRITCHETT, C. Herman, *La Constitución Americana*, Tipografica Editora Argentina S/A, 1965, pp. 655 e ss.

(37) — DANTAS, F. C. de San Tiago, *Igualdade Perante a Lei e Due Process of Law*, em *Problemas de Direito Positivo*, Revista Forense, Rio de Janeiro, 1953, p. 43.

A garantia do *"due process of law"* destinava-se a fazer valer apenas no processo penal. Era compreendida como a violação de garantia e formas de procedimento que impedissem o direito de defesa: ninguém poderia testemunhar contra si mesmo; o acusado tinha o direito de ouvir as testemunhas de acusação; ninguém poderia ser condenado duas vezes pelo mesmo crime; a instrução criminal seria processada perante juiz; o Poder Legislativo não poderia editar normas retroativas.

Visava a cláusula impedir lesões dos direitos individuais, sem o devido processo legal. A proteção dos direitos individuais materializa-se através do contraditório e da igualdade das partes.

Quanto ao Processo Civil o conteúdo da cláusula abriga-se na garantia da ação e da defesa em juízo, mas convém acentuar a tendência ao crescimento de várias normas de nível constitucional ligadas a fórmulas de garantias que aumentam os mecanismos internos limitadores do poder.

2. O "DUE PROCESS OF LAW" NO SISTEMA DO DIREITO CODIFICADO

O exame do *"due process of law"* no sistema do direito codificado tem muitas de suas indagações na doutrina do processo penal, que está bem vinculada com os aspectos constitucionais. O mesmo não ocorreu com o direito processual civil. Com o desenvolvimento publicístico do processo e a caracterização do direito de ação sob uma perspectiva independente do direito material, a ser protegido por meio de instrumentos próprios, ocorre substancial modificação da processualística.

A orientação publicística do processo e do direito à jurisdição, bem como o reconhecimento da ação como direito público subjetivo, designado como direito cívico ou obrigação do Estado passa a ter acentuada relevância: *"Na teoria dominante, o direito cívico de pretender do Estado a tutela jurisdicional transforma-se no fundamento ou pressuposto constitucional do poder processual de ação"* (38).

Este direito cívico é o poder de agir em juízo. Trata-se de um pressuposto à garantia constitucional, que justifica o exercício da ação. A ação deve ser estudada à luz do direito constitucional. A natureza da ação é questão de índole processual, com aspectos constitucionais: *"Não se trataria mais, nesse caso, de mera constitucionalização do direito abstrato de ação, nem de qualificação, por normas formalmente constitucionais"*, das garantias já conferidas pela norma processual. Nem se poderia mais falar, a rigor, de simples pressuposto ou fundamento constitucional, sem relevância para a *"ação"* em sentido processual. E a garantia constitucional seria suscetível de violação, não só no atinente a normas processuais, mas ainda com relação a normas substanciais.

(38) — GRINOVER, Ada Pellegrini, *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, ob. cit., p. 61.

Eis aí, de forma clara e insofismável, como também no sistema da *civil law*, a interpretação da cláusula poderia redundar em garantia de justiça, a transcender o âmbito processual, para compreender também o substancial. Mais uma vez se verifica que os resultados da *"common law"* e do direito codificado não diferem essencialmente, malgrado os diversos métodos de trabalho empregados, provando a universalidade e a unidade do direito" (39).

O direito de ação e de defesa constituem dois pontos fundamentais de efetivação de garantias, também neste sistema.

Através das Constituições podemos precisar o tipo de tutela constitucional deferido ao processo: *"A tutela constitucional do processo ou a constitucionalização do direito cívico de ação não bastam para configurar o "devido processo legal"*. Como vimos, o processo é instrumento de atuação da Constituição e o binômio processo-Constituição constitui não somente garantia de justiça, como também garantia de liberdade. O direito não deve ficar à mercê do processo, nem sucumbir diante da inexistência ou insuficiência deste.

O objeto da garantia constitucional deve ser a possibilidade concreta e efetiva de obter a tutela, e não a simples reafirmação do direito à sentença; este já é assegurado pelos princípios informadores do processo; e se assim entendêssemos, daríamos **forçosamente** razão a Provinciali, o qual vislumbra na tutela constitucional do processo normas de natureza processual, apenas reforçadas por sua colocação na Constituição" (40).

3. O "DUE PROCESS OF LAW" NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

As Declarações, desacompanhadas de suas respectivas garantias, perderiam a sua eficácia. A fixação de garantias, de ordem jurisdicional e processual é que completa as declarações e possibilita a sua efetivação. O texto constitucional consagra os princípios e meios processuais, pelos quais reclama-se a proteção dos direitos fundamentais.

José Barcelos de Souza afirma: *"a Constituição, além de estabelecer remédios processuais, por isso mesmo ditos constitucionais, como o "habeas corpus" e o "mandado de segurança", e de traçar normas sobre a jurisdição e a competência de juízes e tribunais, contém regras outras, preceptivas ou simplesmente diretivas, de qualquer modo normativas que norteiam o legislador e, por via de consequência, ou por influência direta, o processo, razão por que se fala mesmo em um "Direito Processual Constitucional" mais que em relação a qualquer dos outros ramos do Direito Processual, a Constituição se volta para o direito processual penal, dela emergindo*

(39) — GRINOVER, Ada Pellegrini, *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, ob. cit., pp. 77 e 78.

(40) — GRINOVER, Ada Pellegrini, *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, ob. cit., pp. 99 e 100.

princípios fundamentais, como os do juiz natural e do devido processo legal, e, como característica destes, os da instrução contraditória e da amplitude de defesa" (A Defesa na Polícia e em Juízo, p. 7).

A doutrina do "due process of law", na Inglaterra e nos Estados Unidos, serviu de base para a construção de uma jurisprudência de proteção aos direitos do indivíduo, principalmente em matéria de garantias processuais. É um **standard** que guia os tribunais, encarregados de aplicá-lo.

As garantias do processo penal deram saliência sobre o direito de liberdade e o direito de defesa, a princípio com forte conotação política, pelo que foram consagrados pelos regimes constitucionais instaurados pelo Estado de Direito.

A tutela constitucional do processo, por meios das garantias constitucionais determina o devido processo legal. As constituições passaram a inscrever garantias e princípios de ordem processual que surgem como meios eficazes das garantias dos direitos do homem.

"Em matéria penal, substancial ou processual, a Constituição Brasileira, segundo a tradição do direito constitucional pátrio, é rica em garantias:

- a) vedando apenas e protegendo a liberdade física; art. 153, § 11;
- b) expedindo normas sobre a prisão legal; art. 153, § 12;
- c) erigindo em preceito constitucional a incomunicabilidade da pena; art. 153, § 13;
- d) assegurando a integridade física e moral do preso; art. 153, § 14;
- e) garantindo o contraditório e o direito de ampla defesa; art. 153, § 16 e 153, § 15(41).

Outros dispositivos constitucionais sobre a lei e o Processo Penal estão inscritos na Constituição:

- anterioridade da lei penal;
- instituição do júri;
- extradição;
- liberdade de locomoção;
- "habeas corpus".

(41) — GRINOVER, Ada Pellegrini, *O Processo em sua Unidade*, Edição Saraiva, São Paulo, 1978, pp. 36 e 37.

As garantias do devido processo legal, destinadas ao processo penal, revelam que ocorre a violação da garantia, desde que as formas de procedimento impedissem o direito de defesa.

Pelo exame dos textos constitucionais brasileiros, o princípio de isonomia e do juiz natural sempre tiveram consagração constitucional. Como consequência desta proclamação da igualdade jurídica, garante-se a assistência judiciária, que efetiva o exercício da igualdade perante os Tribunais.

A doutrina afirma a prodigalidade da Constituição brasileira no que toca à esfera penal, principalmente no que se refere à tutela processual do indivíduo. O mesmo não ocorreu com o processo civil: "É evidente que princípios como o da isonomia, do juiz natural, da assistência judiciária e da coisa julgada, constituem postulados vitais para as garantias do processo civil. Mas é forçoso reconhecer que a Constituição brasileira erigiu em regra específica, para o processo civil, um único princípio: o princípio da inafastabilidade do controle judiciário.

Regra, esta, que se prende diretamente à cláusula do *due process of law* do sistema anglo-norte-americano e tem, na Constituição em vigor, a seguinte redação: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão do direito individual" (art. 153, § 1º)(42).

A Justiça Penal e a Justiça civil estão assentadas em dois grandes princípios constitucionais:

- o direito à tutela jurisdicional; e
- o devido processo legal.

Dentro deste entendimento, concluem publicistas brasileiros: "Destes decorrem postulados como o do juiz natural, do sistema acusatório, da instrução contraditória, do direito de defesa, da assistência judiciária, e outros. Porque, além dos princípios inscritos na Constituição como tutela do processo, outros surgem implicitamente, pelo disposto no art. 153, § 36: "A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e princípios que ela adota"(43).

O sistema constitucional de garantia do processo transforma-o em instrumento de justiça e de efetivação dos direitos. Mas para que estes possam realizar-se de maneira ampla, são necessários certos condicionamentos que lhes garantam a execu-

(42) — GRINOVER, Ada Pellegrini, *O Processo em sua Unidade*, ob. cit., p. 38.

(43) — CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R., *Teoria Geral do Processo*, ob. cit., p. 52.

toriedade plena: "Mas é necessário que o processo possibilite efetivamente à parte a defesa de seus direitos, a sustentação de suas razões, a produção de suas provas. A oportunidade de defesa deve ser realmente plena e o processo deve desenvolver-se com aquelas garantias, em cuja ausência não pode caracterizar-se o "devido processo legal", inserido em toda constituição realmente moderna. Ou seja, é preciso que o julgamento se desenvolva com as indispensáveis garantias processuais, entre as quais o contraditório, o uso dos meios de prova garantidos em geral, a presença do juiz natural, a publicidade, o duplo grau de jurisdição"(44).

As Constituições, a proporção que elevam a nível constitucional, os princípios gerais do processo, transformam-nos em princípios constitucionais, institucionalizando-os de maneira tão profunda que passam a ocupar lugar de relevo na concretização da ordem jurídica global.

Assiste razão a Humberto Theodoro Júnior quando afirma que "embora seja o direito processual subordinado hierarquicamente, como qualquer outro ramo da ciência jurídica, ao direito constitucional, o certo é que a posição do direito formal ou instrumental é relevantíssima, mesmo perante a Carta Magna, já que esta, no dizer de Ramiro Podetti, careceria de eficácia sem a existência daquele ("Teoria del Proceso Civil, n.º 23, p. 53)(45).

Os princípios informativos do Direito Processual Civil compõem as normas essenciais traçadas pela Constituição, para assegurar o cumprimento de toda a ordem jurídica determinada pelo Estado.

O elenco destes princípios demonstra como são essenciais à plena defesa da ordem jurídica constitucionalmente consagrada, através de instrumentos próprios à concretização dos direitos fundamentais e à segurança jurídica:

"São informativos do processo:

- a) o princípio do devido processo legal;
- b) o princípio inquisitivo e o dispositivo;
- c) o princípio do contraditório;
- d) o princípio do duplo grau de jurisdição;
- e) o princípio da boa-fé e da lealdade processual;
- f) o princípio da verdade real.

(44) — GRINOVER, Ada Pellegrini, *Liberdades Públicas e Processo Penal, As Interceptações Telefônicas*, Edição Saraiva, 1976, pp. 25 e 26.

(45) — THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A Nova Lei de Execução Fiscal e Outros Estudos de Direito Processual*, Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA, São Paulo, 1982, p. 120.

São informativos do procedimento:

- a) o princípio da oralidade;
- b) o princípio da publicidade;
- c) o princípio da economia processual;
- d) o princípio da eventualidade da preclusão(46).

O direito à jurisdição, como caminho fornecido ao indivíduo para realização concreta do ordenamento jurídico, consagrado originariamente, através de poder constituinte legítimo, não apenas concebido dentro da legalidade formal, consolida as garantias Constitucionais e transforma-se em instrumento essencial do Estado constitucional de Direito.

O Direito Processual Constitucional tem grande importância na resolução dos conflitos sobre interpretação e cumprimento das normas constitucionais(47).

O seu desenvolvimento tem dado especial relevo à justiça constitucional. A respeito das funções dos órgãos de jurisdição constitucional, salienta Luís Sanchez Agesta, numa demonstração de sua importância para o Direito Constitucional: o Direito Constitucional como Direito fundamental integra plenamente a unidade do ordenamento jurídico. A Constituição está deixando de ser uma norma de procedimento de atuação do poder e de enunciação de princípios declaratórios ou persuasivos para o de *Direito-aplicável* que determina de maneira eficaz todo o ordenamento jurídico(48).

A importância da jurisdição constitucional tem grande significado na efetivação dos interesses difusos, cada dia mais significativos.

A noção de "*interesses difusos*" mais do que um conceito acabado e categorial, invoca uma idéia força e renovadora da clássica e insuficiente tutela processual. Tradicionalmente, a tutela processual recorre o sujeito na sua qualidade de titular de um direito ou interesse próprio.

A tutela processual dos interesses públicos desenvolve-se basicamente por meio de jurisdições penal e do contencioso-administrativo.

(46) — THEODORO JÚNIOR, Humberto. *a Nova Lei de Execução Fiscal*, ob. cit., pp. 121 e 122.

(47) — FIX-ZAMUDIO, Héctor. Favela, José Ovalle. *Introducción al Derecho Mexicano*. Derecho Procesal, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981, pp. 25 e ss.

(48) — AGESTA, Luís Sanchez. *La Justicia Constitucional*, Revista de Derecho Político, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, n.º 16, Inverno 1982-1983, pp. 27 e ss.

As Constituições modernas têm ampliado o elenco dos direitos difusos, enumerando-os. Torna-os passíveis de garantias. A nova problemática social coloca em primeira linha de atenção esses interesses sociais ou coletivos. A constituição espanhola reconhece os direitos que originam, enquanto jurídicos, os interesses difusos: o direito de proteção à saúde (art. 43), o acesso à cultura a que todos têm direito (art. 44), o direito a desfrutar de um meio ambiente adequado (art. 45), o direito de desfrutar de uma residência digna e adequada (art. 47).

A Constituição, sem catalogar como direitos, estabelece "princípios diretores da política social e econômica", geradores de interesses dessa natureza: proteção social, econômica e jurídica da família; proteção integral dos filhos; regime público de seguridade social que garante a assistência e prestações sociais suficientes ante as situações de necessidade; proteção ao patrimônio histórico, cultural e artístico.

Uma visão geral sobre a tutela processual desses interesses leva-nos a uma conclusão: nas legislações processuais não se contemplam os pressupostos de legitimação ampla, grupal, que atribua a uma pessoa física ou jurídica representação para atuar em nome e interesse de todos os afetados, ainda que não litiguem excepcionalmente, dentro dos Estatutos dos Trabalhadores, consolidações ou códigos, reconhece-se a representação dos mesmos, na empresa de legitimação para empreender determinadas ações com efeitos que superam as relações interpartes.

Constitucionalmente não existe óbice para que no futuro surjam legalmente legitimações dessa natureza. Algumas formas podem ampliar as possibilidades da litigação coletiva:

— Ação popular, com adequada ampliação de suas possibilidades na proteção dos interesses difusos.

— Ação coletiva dos comitês de empresa, uma das inovações em matéria laboral. Constitue o regime de legitimação atribuído ao comitê de empresa, pelo artigo 65 do Estatuto dos Trabalhadores (Lei 8/1980, de 10 de março).

— Legitimação do Ministério Fiscal para atuar em questões de interesse social. Pela Constituição tem o Ministério Fiscal (art. 124) a função de tornar efetiva nos tribunais, a satisfação do interesse social.

— Ação popular em matéria de "interesses difusos". O ordenamento espanhol permite os seguintes exemplos:

a) Em *matéria urbanística*: regula essa legitimação em concreto o artigo 235.1 do TRLS, de 9 de abril de 1976, que dispõe que: "será pública a ação para exigir ante os órgãos administrativos e os tribunais contenciosos administrativos a observância da legislação urbanística e de planos;

b) Em *matéria de meio ambiente*: o artigo 16 do Decreto 833/1975, de 6 de fevereiro, que regulamenta a Lei 38/1972 de Proteção ao Meio-Ambiente Atmosférico, estabelece que qualquer pessoa natural ou jurídica, pública ou privada poderá dirigir-se às autoridades, expressando razoavelmente a situação de contaminação, solicitando a tramitação de expediente para declaração de zona atmosférica contaminada⁽⁴⁹⁾.

A relação entre Constituição e Processo é um dos temas essenciais para a formulação dos diversos tipos de garantias individuais e coletivas. Servirá para instrumentalizar todas as possibilidades individuais e sociais, necessárias para a efetivação do direito na sociedade contemporânea.

O crescimento das postulações decorrentes dos direitos coletivos deve propiciar uma revisão de certos institutos do Direito Processual Clássico, com o objetivo de ampliação da utilização da atividade jurisdicional do Estado. As modificações e sugestões que surgem no direito comparado devem ser examinadas, para que possamos enriquecer o direito brasileiro de novas formas de postulação judicial.

(49) — NOSETE; José Almagro. Tutela Procesal Ordinaria y Privilegiada (Jurisdicción Constitucional) de los Intereses Difusos, Revista de Derecho Político, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, n.º 16, Inverno 1982-1983, pp. 93 e ss; GRINOVER, Ada Pellegrini. A Tutela Jurisdiccional dos Interesses Difusos, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, n.º 3-4, 1977; MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação Popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados interesses difusos, Estudo em Honra de Enrico Tulio Liebman, vol. IV, Giuffrè, — Editore, Milão, 1979; VIGORITI, Interessi Collettivi e Processo, Giuffrè-Editore, Milão, 1979; BASTOS, Celso Ribeiro. A Tutela dos Interesses Difusos no Direito Constitucional Brasileiro, Vox Legis, vol. 152, agosto, 1981, pp. 1 e ss.

PARECERES

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

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

PARECER Nº 5275
SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA.

Participação de Secretário de Estado no conselho de administração.

Impossibilidade jurídica.

Vem a este Órgão consulta visando a esclarecer:

a. se Secretários de Estado podem integrar conselho de administração de sociedade de economia mista;

b. se, na hipótese negativa, seria legítima a inserção da regra nos estatutos das sociedades de economia mista tornando obrigatório o convite ao Secretário de Estado, sob cuja supervisão se encontrar a companhia, para comparecer a todas as reuniões do conselho de administração, cabendo a ele, quando presente, a direção dos trabalhos.

2. Os Secretários de Estado são considerados como condutores políticos (RUY CIRNE LIMA, *Princípios*, p. 163). Conquanto muitos administrativistas modernos neguem a existência de uma atividade ou função de *governo*, ao lado da função *administrativa*, invocando como argumento a igualdade de regime jurídico a que se submetem tanto os chamados *atos de governo* como os *atos administrativos*, é inquestionável que essa distinção, no direito brasileiro, deixou sua marca no discripe, corrente em nosso meio, entre condutores políticos e servidores públicos, considerados estes *stricto sensu*. Se, na verdade, não conseguiu a doutrina até hoje fixar com exatidão a diferença material entre ato de governo e ato administrativo, resultando precisamente daí a igualdade de regime jurídico que para ambos se postula, não é exato que a função política desempenhada por certos agentes do Poder Público fez com que se engendrasses, para eles, regime jurídico singular, distinto do vigente para os servidores públicos comuns.

Quando se diz que a atividade de governo consiste no desempenho das grandes opções políticas e a atividade administrativa no exercício de tarefas mais rotineiras, enfrenta-se a dificuldade prática de saber o ponto ou a exata medida em que um conceito se separa do outro. Como identificar com efeito, a natureza diversa da função política, se cotejada com as funções administrativas? A dificuldade em dar resposta a essa indagação, decorrente da insuficiência dos critérios distintivos até agora utilizados, não autoriza, porém, a que desde logo se afirme que *governo* e *administração* são expressões sinônimas ou conceitos plenamente coextensivos.

Ainda que os atos realizados pelos agentes do Estado, desde que causem lesão a direito subjetivo, não se furtam à sindicalidade pelo Poder Judiciário (CF, artigo 153, § 4º), é irrecusável o reconhecimento, em nosso sistema de Direito Constitucional e Administrativo, de que certas pessoas, por exercerem funções políticas ou de governo, recebem tratamento jurídico especial, de modo a distingui-los dos outros agentes administrativos.

Assim, conquanto, sob o aspecto *material*, não se tenha ainda estabelecido precisa linha divisória entre administração e governo, sob o ângulo *orgânico* ou *funcional*, tal distinção é suposta, refletindo-se, no plano jurídico, na existência de regimes inconfundíveis, relacionados, respectivamente, aos condutores políticos e aos servidores públicos considerados em senso estrito.

3. Sob a inspiração dessas idéias é que se tem como assente que as regras constitucionais sobre servidores públicos não se aplicam, em princípio, aos condutores políticos. A eles, por exemplo, não têm pertinência as que regulam a acumulação de cargos. Caso aos Secretários de Estado tivesse adequação a regra do artigo 99 da Constituição Federal, necessariamente ter-se-ia de entender como pelo menos parcialmente incompatível com aquele preceito, ou então como tautológico, o artigo 65 da Constituição do Rio Grande do Sul, que vedou exercessem eles cargo, função ou emprego remunerado em pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público. Nunca, porém, a prescrição da Constituição do Estado foi interpretada desse modo, sendo tranqüilamente aceita a exegese que identifica como razão da disposição a de dar tratamento específico à determinada classe de condutores políticos, aos quais, em linha de regra, não dizem respeito os princípios que disciplinam os servidores públicos em geral.
4. Mesmo que assim não fosse, é indubitoso, de qualquer maneira, que os Secretários de Estado não podem exercer cargo, função ou emprego remunerado em sociedade de economia mista. Já tivemos, em outra oportunidade, ocasião de realçar que a locução "*cargo, função ou emprego remunerado*", no texto do artigo 99 da Constituição Federal, vincula-se a uma situação objetiva, qual seja a de existir determinada posição na organização administrativa do Estado a que alguma regra jurídica atribui certa remuneração. Não se afasta, portanto, a proibição pela renúncia do servidor à remuneração do cargo. Em outros termos, muito embora a atual redação da norma constitucional possa induzir a equívocos, o que se proíbe não é acumulação remunerada de cargos, senão a acumulação de cargos remunerados. Não pode ser diferente o sentido da expressão "*cargo, função ou emprego remunerado*", consignada no artigo 18, II, da Constituição do Estado, a que faz remissão o artigo 65, também daquela Constituição.

5. Por conseguinte, quer se considerem em dissídio com a nossa tradição, sujeitos os Secretários de Estado às normas sobre acumulação de cargos que têm como destinatários os servidores públicos em geral, quer se julgue, como pare-

ce inegável, que a eles neste particular só se aplica o artigo 65 da Constituição do Estado, em ambas as hipóteses não se modifica a conclusão. Esta será sempre a de que o exercício de cargo, função ou emprego remunerado em sociedade de economia mista briga com o exercício simultâneo do cargo de Secretário de Estado.

6. Aceitas essas premissas, para fins de apuração da incidência do artigo 65 da Constituição do Estado bastará fixar se o cargo de membro de Conselho de Administração de Sociedade de Economia Mista é ou não remunerado. A resposta à questão que assim se propõe é dada pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que cuida das sociedades por ações, a ela estando sujeitas, pela disposição expressa do seu artigo 235, as sociedades de economia mista.

Determina o artigo 138 da Lei nº 6.404 que a administração da companhia competirá, conforme dispuser o Estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria. O conselho de administração, a seu turno, será composto de, no mínimo, três membros, eleitos pela assembléia geral e por ela destituíveis a qualquer tempo. Denomina a lei de *cargo* as posições ocupadas pelos administradores da companhia (artigos 147 e 149), cuja remuneração será fixada pela assembléia geral, tendo em conta as responsabilidades de seus titulares, o tempo por eles dedicado às funções, sua competência e reputação profissional e o valor de seus serviços no mercado de trabalho (artigo 152). Em face dessas normas não se poderá sustentar que a fixação da remuneração dos cargos de administração é matéria que incumba à assembléia geral como simples faculdade. Bem ao contrário, o tom imperativo dos preceitos denuncia o seu caráter cogente, fazendo certo que os cargos da administração serão sempre, em qualquer hipótese, remunerados.

7. É indiscutível, portanto, a impossibilidade jurídica de exercício simultâneo do cargo de Secretário de Estado e de cargo, emprego ou função em Conselho de Administração de Sociedade de Economia Mista.

Será, porém, legítima disposição estatutária de companhia dessa espécie, determinando o convite obrigatório do Secretário de Estado sob cuja supervisão se encontrar a sociedade, para todas as reuniões ordinárias e extraordinárias do Conselho de Administração, cabendo a ele, quando presente, a condução dos trabalhos?

8. No direito público, uma das noções dominantes é a de competência. Cada entidade ou órgão da Administração tem a sua medida de poder determinada nas leis, em obséquio, por um lado, ao princípio da legalidade e, por outro, ao da organização e divisão do trabalho. Além do discríme das funções políticas, e da repartição de competência entre os diferentes planos que compõem a estrutura federativa, há ainda secções de competência tanto entre as pessoas jurídicas que se ligam a esses diversos planos quanto dentro de cada uma dessas pessoas jurídicas.

O surgimento de pessoas jurídicas de direito público interno, distintas da União, dos Estados e Municípios, constitui aplicação do conceito de descentralização admi-

nistrativa. Em sentido preciso descentralizar não significa mais do que atribuir competência a pessoas jurídicas de direito administrativo para desempenhar atividades estatais. RUY CIRNE LIMA dá expressão sintética a esse pensamento ao dizer que "descentralizar é personificar" (Princípios, pág. 146). E nota LAUBADÈRE, a propósito, que "o termo descentralização evoca a idéia de uma entidade local que, conquanto englobada por outra entidade mais vasta, se administra a si mesma, gere ela própria suas tarefas", idéia que certas palavras estrangeiras melhor exprimem ("Self-government", "Selbstverwaltung", cujo correspondente francês seria "auto-administration") (Traité, vol. I, pág. 90, n.º 124). Uma das características da centralização é, pois, a "autarquia", tomado o vocábulo no seu significado etimológico de "auto-governo". A "autarquia", em que a descentralização implica, não, é, porém, independência absoluta da pessoa matriz. A esta continua vinculada a pessoa jurídica que, pela descentralização se constituiu, porquanto submetida, em princípio, ao que, com apoio na doutrina francesa, habitualmente se denomina de "controle de tutela", para diferenciá-la do "controle hierárquico", existente dentro de uma mesma pessoa jurídica (LAUBADÈRE, op.cit., p. cit.; RIVERO, Droit Administratif, pág. 300).

Tal controle, porém, não pode chegar ao ponto de anular a autonomia e autodireção da pessoa jurídica descentralizada, pois esses traços são indeclináveis em qualquer processo de descentralização. No direito francês, não se reconhece, por exemplo, caber no controle de tutela o "pouvoir d'instruction", que consiste no poder que tem o superior hierárquico "de impor previamente suas diretivas à ação do subordinado", tornando-se, "assim, em todas as circunstâncias senhor do uso de competência pelo subordinado" (LAUBADÈRE, op. e p. cit.).

D "poder de instrução" serve, portanto, para diferenciá-lo do controle hierárquico, no qual é indispensável, do controle de tutela, com que é inconciliável. Não teria, aliás, qualquer sentido descentralizar, criando pessoa jurídica de direito público, para logo após sujeitar essa mesma pessoa jurídica a direto, estreito, permanente e rigoroso controle de seus atos por órgãos da pessoa jurídica matriz.

Por outro lado, enquanto o controle hierárquico se presume, dispensando-se, pois, que venha previsto em regra expressa, ordinariamente exige-se que o controle de tutela esteja estabelecido em norma jurídica (RIVERO, op.cit., pág. 302). Apenas ao Chefe do Executivo seria de reconhecer-se poder imanente e implícito de controle sobre todos os órgãos e entidades da Administração Pública, centralizada ou descentralizada, como o fez, entre nós o Supremo Tribunal Federal, sem que, contudo, importe, via de regra, a anulação ou esvaziamento do poder de autogoverno, insito às pessoas jurídicas descentralizadas.

9. No Brasil, no plano da União, o Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, colocou sob supervisão ministerial os órgãos da Administração Direta e as pessoas jurídicas da Administração Indireta (artigo 19), especificando, ainda, quanto a estas, embora a título meramente exemplificado, as medidas mediante as

quais a supervisão deveria exercer-se. Duase todas as providências ali enumeradas caracterizam o "o controle de tutela", não havendo nenhuma delas que, em situação normal, revele ingerência direta no processo de formação das deliberações das pessoas jurídicas descentralizadas. As medidas ou consistem na indicação ou designação, pelo ministro dos dirigentes da entidade ou dos representantes do Governo nas assembleias gerais e órgãos de administração e controle (artigo 26, parágrafo único, letras a e b); ou na aprovação de atos e orçamentos (letras d e e); ou na fixação de despesas e critérios para gastos (letra g); ou, finalmente, na realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade (letra b). Somente por motivo de interesse público, que se há de supor grave e relevante, admite-se a intervenção ministerial na pessoa jurídica descentralizada (letra i). Como excepcional, também, há de interpretar-se a utilização do poder de avocação conferido ao Presidente da República (artigo 170).

10. O Decreto n.º 19.801, de 8 de agosto de 1969, que, no Estado do Rio Grande do Sul, dispôs sobre a reforma administrativa, modelou-se ponto por ponto sobre o exemplo da União. Assim, no artigo 6.º, determinou que todo órgão da Administração Direta ou Indireta está sujeito à supervisão do Governador ou do Secretário de Estado em cuja área de atuação estiver enquadrada sua principal atividade. No § 2.º desse mesmo artigo estão enumeradas as medidas mediante as quais se exerce a supervisão, ressaltando-se, porém, que, além das expressamente referidas, outras poderão ser estabelecidas por ato do Governador. São estas as medidas caracterizadoras da supervisão:

I — Indicação, pelo Secretário de Estado, dos dirigentes da entidade, para fins de nomeação ou eleição, conforme sua natureza jurídica;

II — Designação, pelo Secretário de Estado, ouvindo o Governador, do representante do Governo nas Assembleias Gerais e nos órgãos de administração e controle da entidade;

III — Participação direta do Secretário de Estado no relacionamento com órgãos de política setorial e de financiamento;

IV — Recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Secretário de Estado o acompanhamento constante das atividades da entidade, a execução do orçamento programa e da programação financeira aprovados;

V — Aprovação de contas, relatórios e balanços, pelo Secretário de Estado ou por via do representante da Secretaria nas Assembleias Gerais ou nos órgãos de administração e controle da entidade;

VI — Fixação dos limites máximos a que deverão obedecer as despesas de pessoal e da administração da entidade;

VII — Realização, a qualquer tempo, de auditagens e de avaliações de rendimento e produtividade;

VIII — Tomada de contas dos gestores da entidade, pelo Secretário, na forma e nos prazos estipulados em cada caso;

IX — Intervenção na entidade, previamente autorizada pelo Governador, visando ao interesse público.

11. Antes, porém, de entrar no exame dos controles do Estado sobre as suas sociedades de economia mista, é de indagar-se, se com a edição da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, não teriam ficado ab-rogadas as normas estaduais, pertinentes àquelas companhias. A questão tem razão de ser, em face do que se enuncia no artigo 235 da Lei n.º 6.404, nestes termos:

"As sociedades de economia mista estão sujeitas a esta lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal."

A redação do preceito pode perfeitamente induzir à falsa impressão de que só à União compete estabelecer regras sobre sociedades de economia mista, uma vez que só a União tem competência para legislar sobre sociedades, tanto civis quanto comerciais (CF, artigo 8.º, XVII, b).

Ao atentar-se, porém, para a consagrada distinção feita por RUY CIRNE LIMA de que a empresa pública é privada *quoad extra*, "em relação aos terceiros com que entra em contato", mas "necessariamente pública quoad intra", no seu relacionamento com a pessoa jurídica matriz, de que deriva (Pareceres, pág. 18), compreende-se, também a duplicidade de regras jurídicas que têm por objeto, nos Estados e Municípios as sociedades de economia mista. A estrutura interna da sociedade, os órgãos que deverá possuir, os deveres e vantagens dos acionistas, são, dentre muitas outras, matérias que só a lei federal poderá dispor, por se relacionar diretamente com o aspecto de direito privado da sociedade.

"A razão pela qual o legislador só se referiu à lei federal no artigo 235" — salienta ARNOLD WALD, nessa linha de pensamento "foi o fato de tratar, tão-somente, do aspecto comercial da empresa; ou seja, de sua estrutura formal e de suas relações com terceiros e empregados, sem prejuízo de reconhecer ao Direito Administrativo, que pode ser de natureza local, a possibilidade de fixar critérios ou normas para as sociedades de economia mista e as empresas públicas, consideradas não mais na sua forma mas sim no seu conteúdo, como órgãos descentralizados do Estado" (As Sociedades de Economia Mista e a Nova Lei das Sociedades, in revista de Informação Legislativa, 54/103).

Faculta-se, desse modo, ao Estado disciplinar o conteúdo, a extensão e a forma de controle de tutela que exerce sobre as pessoas jurídicas da sua Administração

Descentralizada, sem que tais normas entrem em conflito com os preceitos federais pertinentes às sociedades em geral ou às sociedades de economia mista em especial. Estas são normas de direito privado; aquelas de direito público, designadamente de direito administrativo estadual, explicando-se a duplicidade de regimes pela circunstância de serem as sociedades de economia mista uma fração ou parcela da atividade pública exercida em moldes privados. Ao afastar-se essa parcela, pela descentralização e pela personificação que esta implica, da pessoa jurídica matriz, não se converte em unidade independente, totalmente, desvinculada e liberta do ser que a gerou. A ele permanece ligada, ainda que por liames meramente externos, que se manifestam, como se realçou, nos meios pelos quais se realiza a tutela administrativa.

12. No elenco das formas de supervisão, fixado no artigo 6.º, §2.º, do Decreto n.º 19.801, de 8 de agosto de 1969, não há, salvo na hipótese de intervenção, competência que não se compreenda dentro dos limites reconhecidos pela doutrina ao controle de tutela. Declara-se, contudo, no artigo 6.º, § 2.º, que as medidas ali enumeradas não são exaustivas, sendo legítimo o exercício da supervisão por outros instrumentos, estabelecidos "por ato do Chefe do Poder Executivo".

É de perguntar-se, portanto, se a inserção, nos Estatutos da sociedade de economia mista, como decorrência de ordem exarada pelo Governador do Estado, de disposição que ordene o convite do Secretário de Estado a que se vincula a companhia, para comparecer a todas as reuniões do conselho de administração, cabendo-lhe, quando presente, a direção dos trabalhos, não exorbita os lindes normais da supervisão administrativa ou a moldura traçada ao controle de tutela e se, por outro lado, tal regra estatutária não hostiliza os preceitos da nova lei de sociedades anônimas.

A doutrina, ao tratar do controle de tutela, geralmente salienta que é ele exercido sem que o órgão controlador interfira diretamente no processo de formação de vontade ou de deliberação de entidade controlada. O controle é, portanto, sempre externo.

Ora, se o Secretário de Estado entender de comparecer a todas as reuniões do Conselho de Administração, será ele, *de fato*, o Presidente do Conselho, ainda que formalmente não o integre, nem tenha direito a voto.

De outra parte, existindo *de direito* a função de presidente do Conselho de Administração, cujo processo de escolha e substituição deverá ser estabelecido no estatuto (Lei n.º 6.404, artigo 140) não se compreende como o Secretário de Estado possa afastá-lo, para assumir a direção dos trabalhos, sempre que presente à reunião.

Efetivamente, o traço mais específico de função de presidente é a direção dos trabalhos. Dessa competência não pode ser o presidente demitido, nem a ela pode

renunciar, sem perder a condição de presidente. Quanto a este ponto, portanto, não há dúvida sobre a ilegalidade da cláusula estatutária que atribuísse a Secretário de Estado, sempre que presente, a direção dos trabalhos de Conselho de Administração de Sociedade de Economia Mista, colocada sob sua supervisão.

No que diz com a inserção nos estatutos de regra que obrigue a formulação de convite ao Secretário de Estado, apenas para comparecer a todas as reuniões de conselho de administração de sociedade de economia mista, parece-nos perfeitamente legítima, desde que o Secretário se limite a assistir essas reuniões para informar-se do que nelas venha a deliberar-se, sem votar nem participar das discussões. A votação e discussão dos assuntos submetidos à apreciação do Conselho são atribuições típicas dos seus membros. Se o Secretário de Estado não pode, *de iure*, ser membro do Conselho, não poderá, igualmente, por via indireta, investir-se, *de facto*, nessa posição.

De outro lado, a ingerência direta do órgão controlador no processo de formação da vontade da entidade controlada, contradiz a idéia de descentralização. Caso os Secretários de Estado devessem comparecer a todas as reuniões do conselho de administração das companhias de economia mista vinculadas a suas secretarias, influenciando nas deliberações, do órgão, ou até mesmo a este presidindo, por que então descentralizar? Mais razoável seria então, manter a atividade ou o serviço integrado na secretaria, como órgão da pessoa jurídica matriz, submetido ao controle hierárquico do Secretário de Estado, muito mais intenso e amplo do que o controle puramente externo da tutela administrativa.

13. Essas considerações nos levam a entender, em conclusão, que seria ilegal regra estatutária que impusesse a participação de Secretários de Estado em reuniões de Conselho de Administração de Sociedade de Economia Mista, quando a elas comparecesse, para presidi-las ou discutir e votar as matérias levadas à liberação de órgão daquela espécie.

Of. Gab. 746/83

Porto Alegre, 07 de junho de 1983.

SENHOR GOVERNADOR:

Trata-se no presente processo de saber se Secretário de Estado podem integrar Conselho de Administração de Sociedade de Economia Mista e se, caso não haja tal possibilidade, seria legítima a inserção, nos Estatutos das Sociedades de Economia

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

Mista, de regra tornando obrigatório o convite, ao Secretário de Estado sob cuja supervisão se encontrar a Companhia, para comparecer a todas as reuniões do Conselho de Administração, cabendo-lhe, quando presente, a direção dos trabalhos.

O Parecer nº 5275, de lavra do Procurador do Estado Professor Almiro do Couto e Silva, após amplo exame da matéria à luz da legislação federal, que rege as sociedades anônimas, e da Constituição Estadual, que impõem aos Secretários de Estado os mesmos impedimentos que atingem os Deputados, conclui, fundado em amplo exame da doutrina a propósito dos entes da administração descentralizada, pela resposta negativa e ambas as questões, ou seja:

a) é juridicamente impossível o exercício simultâneo de cargo de Secretário de Estado e de cargo, emprego ou função em Conselho de Administração de Sociedade de Economia Mista;

b) seria ilegal regra estatutária que impusesse a participação de Secretário de Estado em reuniões de Conselho de Administração de Sociedade de Economia Mista, quando a elas comparecesse, para presidi-las ou para discutir e votar as matérias levadas à deliberação de órgão daquela espécie.

Ao submeter esse pronunciamento à elevada consideração de Vossa Excelência, reitero-lhe a manifestação de meu apreço.

FRANCISCO SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR — GERAL DO ESTADO

APOSENTADORIA ANTECIPADA DE PROFESSORES

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

PARECER Nº 5.452

APOSENTADORIA DE PROFESSORA APÓS 25 ANOS DE EFETIVO EXERCÍCIO EM FUNÇÕES DE MAGISTÉRIO.

Adequação da expressão constitucional "função de magistério" à atividade desenvolvida por professor no exercício de função ligada a serviços de assistência educacional.

O tempo de serviço prestado à Campanha Nacional de Alimentação Escolar constitui função de magistério para os fins previstos na Emenda Constitucional nº 18/81.

Indaga-se no presente expediente se é computável para os efeitos da aposentadoria antecipada de membro do magistério, aos 25 ou 30 anos, de efetivo exercício em funções de magistério, introduzida pela Emenda Constitucional nº 18/81, o período em que professor estadual esteve cedido à Campanha Nacional de Alimentação Escolar, hoje Programa Nacional de Alimentação Escolar.

A Secretaria da Administração através da Unidade de Registro Funcional apoiada no Parecer nº 4.864/81 desta Procuradoria-Geral considerou não computável a prestação desse tempo de serviço para fins de obtenção da aposentadoria especial prevista na Emenda Constitucional nº 18/81.

Da mesma forma a Assessoria Jurídica do órgão de pessoal do Estado, em reexame da matéria, por solicitação de fls. 47 do Senhor Secretário da Educação, ao enfocar, na Informação nº 33/83, a hipótese proposta não encontrou um entendimento inequívoco favorável ao enquadramento da situação fática à regra constitucional antes citada, propondo, nesse sentido, sua remessa a esta Procuradoria-Geral do Estado.

É o relatório.

O que se visa compatibilizar nesse expediente é a abrangência da expressão constitucional "*efetivo exercício em funções de magistério*", já definida com ampli-

tude conceitual no preciso Parecer nº 4.864/81 desta Procuradoria-Geral do Estado, — emitido pelo Conselheiro Jorge Arthur Morsch e que, aprovado pelo Senhor Governador do Estado em 16 de fevereiro de 1982, representa orientação normativa para a Administração Estadual nessa matéria — com as atividades desenvolvidas por professor estadual cedido à extinta Campanha Nacional de Alimentação Escolar.

Embora no referido pronunciamento tenha se destacado que o destinatário da norma constitucional é o professor ou especialista de educação que executam atividades "diretamente ligadas no plano técnico-pedagógico, ao funcionamento do Sistema Estadual de Ensino e ao aperfeiçoamento da educação" esse entendimento não foi considerado suficientemente abrangente pela Secretaria da Administração para acolher a hipótese de professores estaduais cedidos, por força de convênios, a organismos públicos ou privados que exerçam funções no campo educacional.

Nesse sentido, o Parecer nº 5.282/83 desta Procuradoria-Geral, também aprovado pelo Senhor Governador do Estado em 30 de junho de 1983 e emitido pelo mesmo relator, dispôs com vistas a esse esclarecimento que "o professor cedido à LBA por força de convênio destinado à realização de trabalho integrado SEC-LBA no setor educacional, efetivamente exerce função de magistério no órgão cessionário e faz jus ao cômputo do tempo de serviço respectivo para a aposentadoria antecipada".

O que se busca, pois, agora é verificar se a situação da Professora I. N., Professora classe C, nível 1, matrícula nº 10669868, lotada na 2.ª Delegacia de Educação de São Leopoldo, cedida desde 1.º de junho de 1978 à extinta Campanha Nacional de Alimentação Escolar e, atualmente, em exercício no Setor Regional do Programa de Nutrição Escolar em Novo Hamburgo, tem direito a fazer integrar esse tempo de serviço como suporte hábil a lhe propiciar a inativação antecipada prevista na Emenda Constitucional nº 18/81.

O que deflui dos documentos constantes do processo é a existência de uma cédula regularmente efetivada, apoiada nos artigos 58 e 59 da Lei nº 6.672/74, com fundamento em Convênio celebrado entre o Ministério da Educação e Cultura através da então Campanha de Alimentação Escolar, e o Estado, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 3.718, de 5 de dezembro de 1977.

O referido Convênio, que objetiva a execução de um Programa Conjunto de Alimentação Escolar, além de assegurar assistência alimentar a pré-escolares, escolares matriculados nos estabelecimentos de ensino de 1.º grau da rede pública estadual, visa promover a educação nutricional a alunos, professores, supervisores, merendeiros, mães, pais e outros elementos que pela sua atuação estejam ligados ao programa.

A Secretaria da Educação, entre outros compromissos, se dispôs no presente instrumento obrigacional a:

"a) Ceder ao Programa Conjunto CNAR/SEC pessoal categorizado, sem prejuízo de seus vencimentos, para auxiliar nos serviços de supervisão, orientação, alimentação e outros, dentro das possibilidades do Estado;

b) Determinar providências cabíveis para que sejam desenvolvidos programas de alimentação escolar em todas as escolas do Estado que mantenham ensino pré-escolar e de 1.º grau..." (letras c e k do retrocitado Convênio)

E, ainda, na cláusula g, do mesmo instrumento convencionado, como obrigação conjunta dos dois órgãos participantes à atribuição de "promover Cursos de Educação Alimentar organizados pelo Programa Conjunto a diversos níveis, no sentido de proporcionar a formação de recursos humanos a serem utilizados pelo mesmo".

De outro lado, atestado anexo ao expediente fornecido pela Diretoria do Departamento de Assistência ao Educando esclarece que o Setor Regional do atual Programa de Nutrição Escolar sediado em Novo Hamburgo, e onde a professora requerente exerce suas funções, se acha vinculado desde 1981 a esse órgão departamental da Secretaria da Educação e vem executando desde esse período, diretamente aqui no Estado, o Programa Nacional de Alimentação Escolar (Convênio MEC/SEC publicado no Diário Oficial da União em 31.12.81 e aprovado pelo Decreto nº 4.459/81 pela Assembléia Legislativa do Estado).

O que se pretende com esses dados evidenciados do processo é destacar que se trata de atividade ligada à educação, ao educando e ao Sistema Estadual de Ensino, desenvolvida, ainda, através de professores e de pessoal categorizado vinculado à Secretaria da Educação.

Reforça esse entendimento o próprio texto da Constituição Federal de 1967, quando no artigo 177 § 2º erigiu à hierarquia de norma constitucional os serviços de assistência educacional que assegurem aos escolares necessitados condições de eficiência escolar.

Para maior destaque se reproduz o texto de nossa Lei básica retromencionada:

"§ 2º — Cada sistema de ensino terá, obrigatoriamente, serviços de assistência educacional, que assegurem aos alunos necessitados condições de eficiência escolar."

Comentando esse dispositivo de nossa Lei Maior escreveu MANDEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, em Comentários à Constituição Brasileira, 3º volume, pág. Edição Saraiva, 1977:

"É da experiência pedagógica que o aluno mal alimentado, que o estudante desassistido de meios e enfraquecido em sua saúde não poderá ter o aproveitamento adequado. Assim, a Constituição determina que os sistemas de ensino não cuidem apenas e tão-somente da instrução do estudante, mas também tratem de lhes assegurar condições de aproveitamento. Para tanto, deverão zelar pela sua alimentação, e pela saúde."

No mesmo sentido, a Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971, ao fixar as diretrizes e bases para o Ensino do 1º e 2º graus, destacou como obrigação fundamental dos sistemas de ensino a prestação de serviços ligados à assistência educacional, enfatizando entre esses a assistência alimentar.

"Art. 62 — Cada sistema de ensino compreenderá obrigatoriamente, além dos serviços de assistência educacional que assegurem aos alunos necessitados condições de eficiência escolar, entidades que congreguem professores e pais de alunos, como objetivo de colaborar para o eficiente funcionamento dos estabelecimentos de ensino.

§ 1º — Os serviços de assistência educacional de que trata este artigo destinar-se-ão, de preferência, a garantir o cumprimento da obrigatoriedade escolar e incluirão auxílios para a aquisição de material escolar, transporte, vestuário, alimentação, tratamento médico e dentário e outras formas de assistência familiar."

Se observa dos textos legais escritos, da posição doutrinária esclarecedora e da própria filosofia que transpira do Convênio MEC/SEC, a inegável identificação dos objetivos do Programa Nacional de Alimentação Escolar com atividades "ligadas no plano técnico-pedagógico ao funcionamento do sistema estadual de ensino e ao aperfeiçoamento da educação" (Parecer nº 4.864/81).

Dessa forma, a descentralização da execução do Programa Nacional de Alimentação Escolar promovida através dessa forma cooperativa ligada ao Sistema Estadual de Ensino, e desde 1981 diretamente vinculada à estrutura da Secretaria da Educação, demonstram não só a importância dessa significativa e vital atividade no aproveitamento e eficiência do educando mas à própria realização dos objetivos básicos e fundamentais da educação e da assistência educacional. A função docente nesse sentido, portanto, não pode ser dissociada para apenas abranger a ação meramente intelectual e cultural, pois, essencialmente, lhe compete atingir o ser humano em sua integralidade, e ao Estado, incumbe o atendimento desse dever institucional e assistencial.

Evidenciada a natureza jurídica da ação desenvolvida dentro do Convênio MEC/SEC, cumpre perquirir se a atividade da professora requerente no desempenho de suas funções de Auxiliar Técnico no Setor Regional do Programa de Alimentação Escolar sediado em Novo Hamburgo, configura efetivo exercício de funções de magistério, para os fins previstos na Emenda Constitucional nº 18/81.

Os atestados trazidos ao expediente e a própria declaração do Coordenador do Programa Nacional de Alimentação Escolar — PNAE, do Departamento de Assistência ao Educando da Secretaria da Educação às fls. 23 e 24, esclarecem com nitidez a natureza das atividades executadas pela professora requerente e que por se identificarem inequivocamente com o exercício da função docente se transcreve nesse pronunciamento:

"A referida professora desempenhou, sempre, as atividades inerentes a seu cargo de professor, uma vez que o Programa de Alimentação Escolar é um trabalho diretamente ligado à Educação e que visa um atendimento nutricional e educativo especial ao estudante das redes estadual e municipal que apresentam carência neste aspecto.

Esclarecemos que "Auxiliar da Equipe Técnica", era apenas um título atribuído, conforme determinação da Superintendência da CNAE, às professoras cedidas que não possuíam o Curso Superior de Nutrição, mas que desempenhavam suas atividades na mesma área.

Conforme o constatado no Manual de Nutrição Escolar — pág. 12 — item 2, Capacitação de Recursos Humanos, denomina-se Assessor Técnico de Nutrição Escolar, todo o elemento que atuar no Programa de Nutrição Escolar nos diversos núcleos, e, de acordo com o item 2.1.2 o professor, a nível de Delegacia deverá possuir, de preferência, formação de *professor auxiliar de nutrição*.

A professora I. N. em 1980 participou nesta Coordenação Regional, do Curso de Treinamento para Auxiliar de Supervisão, cuja finalidade é colaborar em atividades que visam dinamizar o serviço de Nutrição e Educação Escolar, nos municípios jurisdicionados ao Setor Regional."

Também os atestados de fls. expedidos por órgãos públicos municipais revelam sem dúvida alguma, a função de magistério exercida pela Professora I. N. nessa área de assistência educacional nas cidades de Novo Hamburgo, Esteio e Estância Velha, realizando treinamento e preparação de cursos e de pessoal especializado com vistas à educação alimentar.

Ressalta, ainda, do processo, certificados de frequência a cursos de treinamento na área da educação nutricional e de preparação técnica para assumir funções de auxiliar de Supervisão e de Coordenação de Programas de Educação Alimentar e que comprovam a veracidade da inequívoca atuação como docente.

De outro lado, não fosse, ainda, suficiente a evidência clara e expressa do texto constitucional — artigo 177, § 2º — e da documentação que informa o expediente, de que a atividade desenvolvida pela professora petionária seja ligada ao exercício do magistério, restaria por último um argumento de ordem lógico-formal e ligado a

normas de procedimento administrativo, de que a Secretaria da Educação não iria, com base em expresso artigo da lei específica do magistério e dentro da filosofia que embasou o atual plano de carreira, ceder professor para exercer, com ônus para o Estado, e com obrigações definidas em instrumento próprio, outras atividades que não fossem aquelas ligadas diretamente com a formação do professor e nos termos expressos do ato de cedência.

Coerente com esse raciocínio a Lei nº 6.672/74, ao disciplinar o instituto de cedência, assegurou expressamente, no seu artigo 60, aos professores e especialistas de educação cedidos a entidades ou órgãos que exercem atividades no campo educacional, sem vinculação administrativa à Secretaria da Educação o direito de não sofrerem prejuízos em suas carreiras.

"Art. 60 — O professor ou especialista de educação cedido não sofrerá prejuízo em sua carreira."

ANTE D EXPOSTO e face à farta e clara documentação que integra o expediente, se conclui que a atividade executada pela Professora I. N. no setor regional do Programa de Alimentação Escolar em Novo Hamburgo, constitui efetiva função de magistério para os fins previstos na Emenda nº 18/81, fazendo jus, portanto, à inativação antecipada prevista no citado dispositivo constitucional.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 9 de novembro de 1983.

Df.Gab. 1397/83

Porto Alegre, 9 de novembro de 1983.

SENHDR GOVERNADOR:

Pretende a professora I. N. computar, para a obtenção da aposentadoria antecipada, o tempo em que esteve cedida à extinta Campanha Nacional de Alimentação Escolar.

Vale esclarecer que dita cedência apoiou-se em convênio celebrado entre o Ministério de Educação e Cultura e o Estado do Rio Grande do Sul objetivando a execução de um programa conjunto de Alimentação Escolar.

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

No Parecer nº 5.452, o Procurador do Estado ANA MARIA LANDELL DE MOURA, examinando a natureza da ação desenvolvida pela professora e apoiada em elementos trazidos ao processo conclui estar configurado o efetivo exercício de funções do magistério para os fins previstos na Emenda Constitucional nº 18/81.

Dito pronunciamento foi aprovado por maioria pelo Conselho Superior desta Procuradoria-Geral na sessão do dia 21 de setembro do corrente ano. Embora vencido, submeto-o à superior consideração de Vossa Excelência.

Serve-me a oportunidade para renovar-lhe as expressões de meu melhor apreço e especial consideração.

FRANCISCO SALZAND V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

TEMPO DE SERVIÇO COMO ESTAGIÁRIO

JORGE ALBERTO DIEHL PIRES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.399

TEMPO DE SERVIÇO.
ESTÁGIO.

Embora não caracterizada a relação de emprego, por expressa disposição legal em sentido contrário, o período correspondente ao estágio de complementação educacional, realizado de acordo com a Lei Federal nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977, é tempo de serviço público estadual quando desenvolvido em repartição do Estado, e deve ser computado integralmente para efeito de triênios, quinquênios, gratificação adicional e aposentadoria.

Vem a exame desta Procuradoria-Geral expediente em que E. O. F., Agente Administrativo Auxiliar, lotada na Casa Civil do Gabinete do Governador, requer certidão de tempo de serviço, para efeito de avanços e oportunamente de outras vantagens, referente ao período de 24 de fevereiro de 1977 a 15 de agosto de 1978, quando prestou Estágio de Complementação Educacional em repartição do Estado, mediante contrato firmado com a Administração Estadual através do Centro de Integração Empresa-Escola — CIE-E.

O expediente veio instruído com cópia do contrato regularmente ajustado com o Estado e cópia da Carteira de Trabalho e Previdência Social, onde o estágio foi anotado. E o Dirigente da Equipe de Pessoal, da Casa Civil, informou que o contrato foi rescindido antes do prazo estipulado por ter sido a interessada nomeada em comissão para titular o cargo de Assistente, conforme ato inserido no Boletim nº 2.852, publicado no Diário Oficial de 14 de agosto de 1978.

2 O estágio de complementação educacional está disciplinado pela Lei Federal nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977, regulamentada pelo Decreto Federal nº 87.497, de 18 de agosto de 1982.

Dispõe a Lei que as entidades privadas, os Órgãos da Administração Pública e as instituições de ensino podem aceitar, como estagiários, alunos regularmente ma-

triculados, e que venham freqüentando efetivamente cursos vinculados à estrutura do ensino público e particular, nos níveis superior, profissionalizante de 2º Grau e Supletivo.

Estabelece a mesma Lei, no artigo 4º, que o estágio não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, devendo o estudante, porém, estar assegurado contra acidentes pessoais.

E, embora disciplinando diversos requisitos a serem observados no estágio, a Lei e o Regulamento nada referem com relação ao cômputo do correspondente tempo de serviço para qualquer efeito.

3 Ainda que o trabalho prestado não caracterize a relação de emprego, em virtude de expressa disposição legal no sentido contrário, não se pode negar que houve prestação de serviço ao Estado, desenvolvido com habitualidade e mediante uma retribuição pecuniária.

No caso em exame, o contrato ajustado com o Estado previa uma carga diária de oito horas de trabalho e a duração do estágio foi de um ano e meio, aproximadamente.

Em tais condições, embora afastada a incidência da legislação trabalhista, o período em que foi desenvolvido o estágio deve ser avaliado como tempo de serviço público estadual, pelo fundamento de que foi prestado, com habitualidade e subordinação, em repartição do Estado e em proveito da Administração.

4 Nesse sentido é elucidativo o pronunciamento do então Coordenador da Unidade de Assessoramento Jurídico da Casa Civil, ALEXANDRE HENRIQUE GRUSZYNSKI, hoje Procurador-Geral Adjunto, que, na Informação de fls. 4 e 5, manifestou-se pela valorização do tempo trabalhado como estagiário, salientando, ainda, que o serviço não foi prestado apenas "de facto" mas com apoio em instrumento contratual, ajustado de conformidade com as disposições da Lei Federal nº 6.494/77, ou seja:

"Ademais, ainda que o "estágio" se realizasse de acordo com a mencionada Lei, que diz não se criar vínculo empregatício em razão do estágio (norma de constitucionalidade duvidosa), certo é que o serviço prestado e não apenas "de facto", mas com apoio em instrumento jurídico".

"Não vejo, assim, como se possa negar que seja tempo de serviço estadual o tempo de serviço prestado ao Estado como "estagiário", para todos os efeitos previstos em Lei." (fls. 4 e 5).

5 Uma vez estabelecido que o período correspondente ao estágio de complementação educacional, desenvolvido em repartição do Estado, caracteriza-se como tempo de serviço público estadual, deve ser valorizado para efeito de avanços trienais, de quinquênios, de gratificações adicionais e de aposentadoria.

A teor do art. 105, da Constituição do Estado, o tempo de serviço público estadual será computado integralmente para todos os efeitos legais. Assim, em decorrência deste dispositivo constitucional, o período relativo ao estágio regular deve ser considerado integralmente para fins de obtenção de todas as vantagens que decorram exclusivamente do tempo de serviço.

6 EM CONCLUSÃO, as repartições estaduais estão obrigadas a fornecer certidão de tempo de serviço, correspondente ao período de estágio de complementação educacional, quando este foi desenvolvido junto à Administração do Estado, devendo o mesmo tempo ser computado integralmente para efeito de avanços trienais, de quinquênios, de gratificações adicionais e de aposentadoria, por disposição expressa do art. 105 da Constituição Estadual.

É o parecer, salvo melhor juízo.

PORTO ALEGRE, 23 de setembro de 1983.

Of. Gab. 1249/83

Porto Alegre, 23 de setembro de 1983.

SENHOR GOVERNADOR:

Indaga-se no presente processo se é computável, para efeito de avanços e outras vantagens, o período em que foi prestado estágio de complementação educacional em repartição do Estado, mediante contrato firmado entre a Administração Estadual e o Centro de Integração Empresa-Estado — CIE-E.

No exame do assunto o Conselho Superior desta Procuradoria-Geral, em sessão a que presidi e realizada no dia quatorze de setembro do corrente ano, acolheu, por unanimidade, o Parecer nº 5.399, da Lavra do Procurador do Estado JORGE ALBERTO DIEHL PIRES, segundo o qual o período de prestação de serviços ao Estado sob o referido título de estágio deve ser considerado integralmente como tempo de serviço estadual, a teor do artigo 105 da Constituição Estadual.

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

O pronunciamento esclarece que, embora o trabalho prestado não configure relação de emprego em virtude de expressa disposição legal em sentido contrário, não se pode negar que houve prestação de serviço ao Estado, pelo fundamento de que foi prestado com habitualidade e subordinação em repartição do Estado e em proveito da Administração Pública.

Endossando a conclusão desse Parecer, submeto-o à consideração de Vossa Excelência, ao tempo em que reitero as expressões do meu apreço e especial consideração.

FRANCISCO SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

FUNCIONÁRIO À DISPOSIÇÃO SEM ÔNUS PARA O ESTADO

JORGE ARTHUR MORSCH
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Tributário na UNISINOS

PARECER N.º 5402

APOSENTADORIA. TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO.

FUNCIONÁRIO À DISPOSIÇÃO SEM ÔNUS.

Somente sem ônus pode o funcionário estadual ser cedido a outra pessoa administrativa para exercer cargo de confiança.

Nessa situação, interrompe o exercício de suas funções estaduais.

Vem a exame da Procuradoria-Geral do Estado o processo concernente ao pedido de aposentadoria voluntária por tempo de serviço de ORY ANTUNES DA SILVEIRA, detentor do cargo de Zootecnista, lotado na Equipe de Dvinotecnia da Supervisão de Produção Animal da Secretaria da Agricultura. Referido servidor ingressou no serviço público no dia 12 de janeiro de 1953, tendo sido efetivo até 26 de agosto de 1971, quando foi *colocado à disposição* da Faculdade de Veterinária da Universidade Federal de Pelotas, *sem ônus para o Estado*, retornando a 1.º de setembro de 1981 ao serviço estadual, onde ainda se encontra. Pretende integralizar o lapso constitucional de trinta e cinco anos com o tempo de serviço militar prestado em tiro de guerra (certidão de fl. 46), tempo de serviço prestado ao magistério particular (justificação anexa), com o acréscimo de tempo ficto, na base de um sexto, sobre o período de exercício de suas funções de Zootecnista, consideradas insalubres e perigosas, com fundamento no art. 1.º, inciso II, letra f da Lei n.º 2.455, de 6 de outubro de 1954 (fls. 59 e 53), com a conversão em tempo dobrado de uma licença-prêmio não gozada, e finalmente com a *contagem como tempo de serviço estadual do período em que esteve afastado do exercício de suas funções*, à disposição da Faculdade de Veterinária da Universidade Federal de Pelotas.

2. Ao aprovar o parecer da Comissão de Infortunística, Medicina Ocupacional e de Readaptação (CIMOR) e autorizar o cômputo do tempo ficto acima referido, o Senhor Chefe da Casa Civil determinou o exame pela Procuradoria-Geral do Estado da possibilidade do cômputo como tempo de serviço do período de afastamento do requerente.

É o relatório.

3. O requerente foi posto à disposição da Faculdade de Veterinária da Universidade Federal de Pelotas *sem ônus para o Estado*, tendo permanecido nesta situação por um período um pouco superior a dez anos, a saber, de 26 de agosto de 1971 a 1º de setembro de 1981. Como se caracteriza esse período na relação jurídica que o liga ao Estado do Rio Grande do Sul por um vínculo funcional?

4. Assim como a idéia de função, a de função pública e a de agente público implica necessariamente na noção de *atividade*. Entidade por assim dizer abstrata — ensina CRETELLA JÚNIOR — o Estado faz sentir sua *ação*, *in concreto*, por meio de um conjunto considerável de pessoas físicas, os *agentes* públicos, que *agem* em nome do Estado para fins do Estado, praticando *atos* correspondentes aos altos desígnios estatais (CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. *Tratado de Direito Administrativo*. Forense Rio 1967, vol. IV, p. 14). A mesma idéia-força está presente na lição tão familiar de RUY CIRNE LIMA, quando afirma que função pública é toda porção determinada de *execução* continuada e permanente, da *tarefa*, incumbente ao Estado, para realização de seus fins. A *execução* dessa parcela da *tarefa* estatal supõe necessariamente uma relação entre o funcionário, que a *executa*, e o Estado, a quem ela incumbe. Entre o funcionário e o Estado, o cargo público cria uma relação de administração, que finalisticamente vincula a *atividade* à função, inerente ao cargo. A função é o fim, a que a *atividade* do funcionário obrigatoriamente se endereçar. (CIRNE LIMA, RUY. *Princípios de Direito Administrativo*, Sulina. Porto Alegre, 1964, p. 161 e seguintes).

5. Tão entrelaçadas estão as idéias de função e atividade, que doutrinadores há que sustentam que sem a prática efetiva de atos administrativos ou de administração não se poderia falar ainda em funcionário público. Com a investidura regular em cargo público se alcançaria somente uma situação estática de potencialidade, que é *condição* para a prática dos atos administrativos, ou de administração. Somente com a atualização da potencialidade, ou seja, com o ingresso na fase dinâmica de *atividade*, a pessoa se integraria de maneira completa nos quadros do funcionalismo (CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. *Tratado de Direito Administrativo*, Forense, Rio, 1967, vol. IV, p. 290).

6. A essa fase dinâmica de atividade, que sucede à aprovação em concurso, à nomeação e à posse, chama-se *exercício*, que é a prática dos atos inerentes à função em que o funcionário foi investido. Com o exercício, com a prática dos atos inerentes à função, se realiza em sua plenitude a função pública.

7. Ao efetivo exercício das funções inerentes ao cargo titulado não apenas se acham ligados por uma relação de dependência os direitos subjetivos do funcionário, mas também a maior parte dos deveres funcionais e deveres profissionais que compõem a relação jurídica entre o funcionário e o Estado. Dentre os deveres prescritos ao funcionário desde logo sobrepõem os de comparecer à repartição

às horas de trabalho ordinário e extraordinário, quando convocado, *executando os serviços que lhe competirem* (Estatuto, art. 201 inciso II); *cumprir as ordens dos superiores* (inciso III); *desempenhar com zelo e presteza os trabalhos de que fôr incumbido* (inciso IV). À sua vez, no lado dos direitos do funcionário público, sua remuneração, suas gratificações, suas promoções e sua aposentadoria dependem do exercício, pois "o vencimento é a retribuição paga ao funcionário pelo *efetivo exercício do cargo*" (Estatuto, art. 70), e na apuração do tempo de serviço para efeito de promoção, aposentadoria e gratificações adicionais serão computados os dias de *efetivo exercício*, à vista das folhas de pagamento ou das fichas funcionais (Estatuto, art. 166 e § 1º). E completa o art. 72 do Estatuto:

"o funcionário que *não estiver no exercício do cargo*, somente poderá perceber o vencimento nos casos previstos em lei."

8. No regime estatutário, a figura que *excepciona a regra* do efetivo exercício de suas funções por parte do funcionário público, é a licença. Ela é definida como o instituto por meio do qual o Estado faculta ao funcionário público a *interrupção do serviço durante um período de tempo determinado, pela ocorrência de motivos relevantes, assinalados em lei*. Inclui-se, ao lado das férias e da aposentadoria, como uma das modalidades do direito ao descanso. Mas — ensina CRETELLA JÚNIOR — ao contrário das férias, que são concedidas todos os anos, de modo geral e impessoal dos funcionários, sem qualquer espécie de iniciativa do beneficiado, a licença assume nítido caráter de exceção; é particular, sendo autorizada *intuitu personae*, quase sempre mediante requerimento do servidor, em qualquer época do ano, desde que as causas invocadas se enquadrem nos textos legais (CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. *Tratado de Direito Administrativo*. Forense, Rio, 1967, vol. IV, p. 334).

9. Na licença, dá-se aquiescência dos deveres funcionais e dos deveres profissionais correlatos com a atividade funcional. A relação jurídica como que adormece, esvaziada que fica do seu mais denso conteúdo: o *efetivo exercício de suas funções pelo funcionário público*.

10. Derivados que são basicamente do exercício do cargo, os direitos subjetivos do funcionário público são naturalmente atingidos pela interrupção do exercício. Licenciado, o funcionário somente fará jus aos direitos expressamente previstos para o tipo especial de licença verificada. Assim, licenciado para tratamento da própria saúde, não perde os vencimentos (Estatuto, art. 73, IV) e o tempo respectivo é considerado de efetivo serviço (Estatuto, art. 167, inciso XIV). Quando o cônjuge for transferido não-voluntariamente, a funcionária casada terá direito à licença *sem vencimentos* (Estatuto, art. 153, *caput*) e nessa situação *não contará* tempo de serviço (Estatuto, art. 153, § 2º). Licenciado para tratar de assuntos particulares, o funcionário *perde os vencimentos* (art. 150, *caput*) e nessa situação não conta tempo de serviço (por falta de regra em sentido contrário).

11. Cuidando de tipo especial de licença, o Decreto nº 21.112, de 12 de maio de 1971, veio estabelecer em seu art. 1º:

"Somente para exercer cargo de confiança ou em comissão, e sem ônus para o Estado, poderá o funcionário ser posto à disposição de outra pessoa administrativa ou de entidade da administração indireta, da qual perceberá a correspondente remuneração, salvo nos casos expressamente previstos em lei ou em convênio regularmente aprovado pela Assembleia Legislativa."

§ 1º — O tempo de serviço prestado nas condições deste artigo será computado nos termos do art. 110, §§ 2º e 4º, e 168, inciso I, da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952."

12. Os dispositivos estatutários a que faz remissão e o § 1º supra dizem respeito à contagem de tempo de serviço estranho ao Estado.

13. Em nosso sistema estatutário comum, portanto, o funcionário estadual somente pode deixar a órbita estadual para exercer noutra cargo de confiança ou em comissão. Nessa hipótese, por isso que se verifica a interrupção do exercício na órbita cedente, ele perde seus vencimentos do Estado e a contagem do tempo de serviço estadual. Concomitantemente, perceberá a sua remuneração da pessoa administrativa cessionária e o respectivo tempo de serviço público será estranho ao Estado. Aliás, o que dispõe também o inciso III do art. 168 do Estatuto, quando prevê que será computado, apenas para aposentadoria o período em que o funcionário, mediante autorização do Chefe do Poder Executivo, tiver desempenhado cargo ou função pública federal, estadual ou municipal, bem como aquele em que houver permanecido à disposição das mesmas entidades. Se a lei reputasse estadual esse período, contar-se-ia para todos os efeitos, não apenas para aposentadoria.

14. Essa solução legislativa está perfeitamente enquadrada no sistema vigente, segundo o qual os direitos subjetivos do funcionário via de regra, decorrem do exercício. Na cessão sem ônus verifica-se fenômeno em muitos pontos idêntico à licença para tratar de assuntos particulares. Como naquela, nesta a pessoa administrativa cedente abre mão da força de trabalho do detentor de cargo público, que por definição é indispensável ao bom funcionamento do serviço público, pois se assim não fosse o cargo deveria ser extinto ou ter declarada sua desnecessidade (Constituição Federal, art. 100, parágrafo único). Tal qual naquela, esvazia-se de seu conteúdo a relação jurídica funcional. Sob certos aspectos, na cedência sem ônus cria-se em prol do funcionário benesse maior do que na licença para tratar de assuntos particulares, seja porque se autoriza o exercício de cargo público em outra órbita, seja porque ela se sujeita às limitações temporais previstas nos artigos 150 e 151 do Estatuto. Ora, se na licença para tratar de assuntos particulares não há vencimentos nem fluência de tempo de serviço, na cessão sem ônus a outra pessoa administrativa não poderia ser diferente.

15. Essa orientação, segundo a qual o funcionário estadual somente pode ser posto à disposição da União, dos Municípios ou de outros Estados para exercer cargo de provimento em comissão, e com perda de retribuição pecuniária correspondente à posição ocupacional estadual, remonta ao extinto Conselho de Serviço Público, onde se pacificou após reiterados pronunciamentos dos Conselheiros Doutor JOÃO LEITÃO DE ABREU (Pareceres 3753 e 3888) Doutor MÁRIO DIFINI (Parecer 2026) e Doutor JOÃO PETERSEN JÚNIOR (Pareceres 2013, 2167, 2222, 2280 e 4039).

16. Expressa essa posição o seguinte excerto do Parecer nº 2167, do Doutor JOÃO PETERSEN JÚNIOR:

"(...) o servidor público do Estado (...) só poderá exercer outro cargo ou função da União, dos Estados, dos Municípios, dos Territórios ou das entidades que desempenham função delegada do poder público ou que são por esta mantidas ou administradas, se a posição for, em virtude de lei, de provimento em comissão, houver solicitação do Governo interessado e prévia e expressa autorização do Senhor Chefe do Poder Executivo Estadual, onde se declara que o servidor, durante o exercício do outro cargo ou função, ficará desligado do serviço público do Estado e perderá a correspondente retribuição."

É lógico e a invariável jurisprudência administrativa assim tem afirmado, que o servidor deve receber a respectiva retribuição pecuniária da entidade à disposição da qual é colocado e para a qual presta serviço."

17. Adormecida que fica a relação jurídica, esvaziada de seu conteúdo, necessariamente cessa a fluência do tempo de serviço público estadual. Foi o que reconheceu o mesmo órgão consultivo quando sustentou no Parecer nº 4823, do Doutor ASTDR ROCA DE BARCELLOS, que:

"Interrompe o exercício de suas funções estaduais o servidor que, mediante autorização do Chefe do Poder Executivo, tiver desempenhado, sem ônus para o Estado, cargo ou função pública federal ou municipal, em qualquer caráter, ou houver permanecido à disposição das mesmas entidades. Esse período interrompe o serviço para fins de concessão de licença-prêmio".

18. Importa referir ainda que a matéria não é nova nesta Casa, onde foi objeto de apreciação nos Pareceres 2050 e 2515, ambos de autoria da Procuradora do Estado Doutora CELESTE PACHECO DA SILVA, que no primeiro deles assinou:

"O fato de ser sem ônus para o Estado — necessário é explicar — não quer significar que seja somente a desobrigatoriedade do Estado,

naquele período de afastamento, ao pagamento de vantagem pecuniária, vale dizer, ao pagamento dos vencimentos, avanços, gratificações, etc. etc.

Ônus tem significação muito mais ampla porque se refere a toda e qualquer obrigação do Estado, em relação ao funcionário, quer sejam as de caráter pecuniário (vencimentos, etc) como *também a contagem de tempo de serviço*, ressalvados os efeitos expressos em lei."

19. O requerente acumulava o cargo de Zootecnista do Estado, com o emprego de professor na Faculdade de Veterinária da Fundação Universidade Federal de Pelotas, e, foi pelo Estado posto sem ônus à disposição da Faculdade de Veterinária da Fundação Universidade Federal de Pelotas, tendo em vista sua investidura no cargo de Diretor da Faculdade de Veterinária daquela Universidade. Não interrompeu sua tarefa docente na Faculdade. Conservou-a, concomitantemente com a investidura na Direção. Interrompeu suas atividades apenas no Estado. O afastamento do servidor de suas atividades funcionais interrompeu a fluência do seu tempo de serviço estadual.

20. Ainda nessa linha de raciocínio, há de se convir que não poderia ter sido concedida ao requerente a licença-prêmio correspondente ao decênio 63-73, uma vez que a cedência sem ônus em 1971 interrompeu o decênio de tempo de serviço estadual necessário ao benefício. A concessão da licença-prêmio, e a sua conversão em tempo dobrado de serviço, devem ser tornados sem efeito.

Em conclusão, o parecer reitera a orientação de que a cessão sem ônus de funcionário estadual para exercer cargo de confiança em outra pessoa administrativa interrompe o exercício das funções estaduais.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 27 DE SETEMBRO DE 1983.

Of. Gab. 1263/83

Porto Alegre, 27 de setembro de 1983.

SENHOR GOVERNADOR:

O expediente nº 00103-10.00/83 diz respeito ao pedido de aposentadoria voluntária formulado por funcionário que pretende computar, como tempo estadual, aquele em que esteve afastado do exercício de suas funções, cedido a órgão federal, sem ônus para o Estado.

No exame do assunto, o Parecer nº 5402 adota a orientação de reiterados pronunciamentos desta Procuradoria-Geral, segundo os quais o funcionário estadual somente pode ser posto à disposição da União, dos Municípios ou de outros Estados para exercer cargo de confiança com perda da retribuição pecuniária e com a conseqüente interrupção do seu tempo de serviço estadual.

Nessa linha de entendimento assinala o parecer, em conclusão, que deve ser tornada sem efeito a concessão da licença-prêmio e a sua conversão em tempo dobrado de serviço.

Dito pronunciamento, de lavra do Procurador do Estado JORGE ARTHUR MORSCH, foi aprovado por maioria pelo Conselho Superior deste Órgão na sessão do dia 20 de julho do corrente ano, por mim presidida.

Na oportunidade em que submeto este parecer à superior consideração de Vossa Excelência manifesto-lhe as expressões do meu especial 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

LICENÇA-PRÊMIO

MANOEL ANDRÉ DA ROCHA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Internacional Privado na Faculdade de Direito da UFRGS
Professor de Teoria Geral do Direito na UNISINOS

PARECER N.º 5485

LICENÇA-PRÊMIO. — TEMPO DE SERVIÇO REGIME CLT. — UNIFICAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA.

— O tempo de serviço, anteriormente prestado pelo servidor público sob o regime CLT, deve ser computado para a concessão de licença-prêmio nos termos estatutários.

— A apuração das condições necessárias à concessão da licença-prêmio será feita à luz dos critérios estabelecidos pelo Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado (Lei n.º 1.751/52).

— Unificação de jurisprudência administrativa na matéria, pelo Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado, através do Parecer n.º 5405-PGE, de 30 de setembro de 1983.

1. Por requerimento dirigido ao Senhor Secretário da Administração, protocolado sob n.º 46571, em 16 de outubro de 1979, no Tesouro do Estado, e depois nesta Procuradoria-Geral sob n.º 3199/80-PGE, o Senhor P.B.C.A., Fiscal do ICM, classe "B", matrícula n.º 11009195, requer a concessão de licença-prêmio referente ao decênio de 14 de junho de 1966 a 14 de junho de 1976. Processado o pedido, inclusive pela comprovação da efetividade do interessado no período decenal, verifica-se que o mesmo servidor, a partir de 01 de janeiro de 1976, passou do regime estatutário para esse da CLT, no qual permaneceu até a sua nomeação como Fiscal do ICM, em estágio probatório, através do Boletim n.º 2016/7B, da Secretaria da Administração (Diário Oficial do Estado, edição do dia 05 de julho de 197B). Em face disso, através de boletim de Informação da Secretaria da Administração, de 12 de dezembro de 1979, alegada a interrupção do decênio, foi indeferida a pretensão do requerente à licença-prêmio, somente "*concedida em razão da assiduidade do funcionário estatutário durante o período de dez anos ininterruptos*", sem incidir "*sobre período anterior de tempo de serviço prestado ao Estado, sob regime da CLT*" (folhas 10).

2. Cientificado, requereu o interessado ao Senhor Secretário da Administração o reexame da matéria, no expediente protocolado sob nº 32284, em 15 de julho de 1980, no Tesouro do Estado, ao qual foi anexado o expediente sob nº 46571/79, até aqui referido. Encaminhado à Secretaria da Administração, lá recebeu a judiciosa Informação nº 284/80, da Assessoria Jurídica, do Assessor Jurídico L.M.D.V., onde tanto se lê:

*"Não resta dúvida de que a inteligência do artigo 162 da Lei nº 1.751/52, é a de que o funcionário público, que implementar os requisitos aí estabelecidos (sem esquecer que entre os pressupostos está o de não se afastar das funções estaduais, sob o **disciplinamento estatutário**) tem assegurado o direito da licença-prêmio.*

Mas, parece que o assunto comporta algumas considerações. Se não vejamos..

O Estatuto do Funcionário Público do Estado foi editado em época que se não cogitava vir o Estado a ocupar uma situação de empregador comum, envolvendo-se com o disciplinamento trabalhista.

O artigo 162 e o parágrafo único da Lei nº 1.751/52, não previram a hipótese de servidores que, embora não se afastando da função pública e no desempenho até das mesmas atividades, pudesse, compulsoriamente, em alguns casos e por curto espaço de tempo, vir a ser vinculados ao regime da CLT.

Pergunta-se então: por que razão perderiam esses servidores o favor legal?

Seria isso equívoco? Teria afinal, a administração de distinguir onde a lei não o faz?

O fato de o Estado permitir um quadro eclético de servidores formado por contratados, uns nos termos da legislação trabalhista e outros pelo sistema do estatuto, a par dos funcionários propriamente ditos, torna a legislação sobre a matéria de pessoal vacilante, defeituosa e incompleta, responsável por tensões no relacionamento com os servidores, dando margem a reclamações como as da natureza deste processo.

Observa-se do exame feito nos autos, não haver solução de continuidade na prestação de serviço ao Estado, houve apenas uma alteração de disciplinamento na relação jurídica deste funcionário, quando lhe faltavam apenas 4 meses e sete dias para inteirar o decênio. Evidencia-se desta forma que a permanência na função não foi alterada, perfeitamente

po exigido para poder usufruir do prêmio que é concedido a todos aqueles que comprovarem assiduidade em suas tarefas dentro do Estado." (fls. 3 e 4).

3. Recomendada também a oitiva desta Casa, tal promoção foi acolhida pelo Senhor Secretário da Administração, que a solicitou. Anexada a Consulta nº 52/78, da Assessoria Jurídica daquela Secretaria, também relativa à matéria, vieram os autos, aqui protocolados sob nº 3199/80-PGE. Distribuídos inicialmente à Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos de Pessoal, lá recebeu parecer firmado pelo Procurador do Estado EUNICE ROTTA BERGESCH, colidente com a orientação anteriormente traçada no Parecer nº 4524, de 17 de outubro de 1980, de lavra do procurador do Estado MARIA SOARES GRASSI, o primeiro contrário e o segundo pelo deferimento da contagem do tempo de serviço público, prestado sob a égide da CLT, para a obtenção de licença-prêmio. Em face disso, suscitou o Procurador-Geral Adjunto Incidente de Unificação de Jurisprudência Administrativa, acolhido pelo Senhor Procurador-Geral do Estado, em 15 de maio de 1981, com o efeito de trazer a matéria para a consideração deste Conselho Superior, depois a mim encaminhado, por redistribuição. Posteriormente foi anexado o expediente sob nº 2387/81-PGE, onde é interessada a Senhora T.I.V., por identidade de questões, e que adiante se relata.

II

4. Por requerimento, dirigido ao Senhor Secretário da Administração, em 15 de maio de 1980, nesta data protocolado sob nº 23080/80, a Senhora T.I.V. Assistente Técnico, CC-6, matrícula nº 1190.4259, também solicita a concessão de licença-prêmio referente ao decênio de 30 de abril de 1970 a 29 de abril de 1980. Após as providências de praxe, inclusive a comprovação de efetividade no período decenal, o processo foi remetido à Secretaria da Administração, onde foi determinado o seu sobrestamento, por haver dúvidas quanto a estaro antes referido Parecer nº 4524, de 17 de outubro de 1980, *"devidamente autorizado ou não pelo Senhor Governador"* (folhas 12).

5. Estranhamente, no entanto, o processamento das pretensões do interessado quanto à concessão de licença-prêmio, como até aqui relatado, somente vai prosseguir de modo efetivo em outro expediente, esse sob nº 28812-SEC, de 06 de setembro de 1977, o qual versa pedido de rescisão de contrato de trabalho como Auxiliar de Serviços Gerais I, e que está anexo. Lá, a folhas 33, retoma andamento o pedido original, até que o Senhor Secretário de Educação e Cultura solicite o pronunciamento desta Casa. Vieram os autos, distribuídos à Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos de Pessoal, cuja Coordenadora sugeriu, em 25 de novembro de 1981, que fossem os mesmos anexados ao expediente sob nº 3199/80-PGE, onde é interessado o Senhor P.B.C.A., por identidade de matéria, e que já fora encaminhado a este Conselho Superior.

III

6. Por requerimento dirigido ao Senhor Secretário da Administração, protocolado em 1º de dezembro de 1981, então sob nº 58985/81, e hoje sob nº 01604-24.00/82-SEA, o Senhor V.H.G.D., Ajudante Fazendário, classe G, matrícula nº 11266538, solicita a concessão de licença-prêmio referente ao decênio de 01 de dezembro de 1971 a 30 de novembro de 1981. Processado o pedido, inclusive pela comprovação da efetividade do interessado no período decenal, foi-lhe dada ciência, através de Boletim de Informação da Secretaria da Administração, de 26 de janeiro de 1982, que *"somente é concedida licença-prêmio a funcionário efetivo, com 10 anos ininterruptos de serviço público estadual, regido pelo Estatuto (Lei nº 1.751/52)"* (folhas 06).

7. Invocando o Parecer nº 4524, de 17 de outubro de 1980, desta Casa, lavrado pelo Procurador do Estado MARISA SOARES GRASSI, e devidamente aprovado pelo Senhor Procurador-Geral do Estado, na mesma data, pelo qual se determinou o cômputo do tempo de serviço anterior ao provimento em cargo, prestado sob a égide da CLT, para a concessão de licença-prêmio, bem como a aplicação desse partido pelos Poderes Legislativos e Judiciário, e ainda pelo Egrégio Tribunal de Contas do Estado, o requerente pediu o reexame do indeferimento.

8. Depois de mais alguma delonga burocrática, onde inclusive a Secretaria da Administração informou não haver recebido orientação desta Casa sobre a matéria objeto do referido Parecer nº 4524, de 17 de outubro de 1980 (Boletim de Informação, de 25 de junho de 1982, a folhas 19), por solicitação do Senhor Chefe da Casa Civil vieram os autos, encaminhados a este Conselho Superior, em 03 de setembro de 1982, e depois a mim, por redistribuição.

IV

9. Por requerimento dirigido ao Senhor Secretário da Administração, protocolado sob nº 56210/81, em 18 de novembro de 1981, na Secretaria da Fazenda, e depois sob nº 01605-24.00/82-SEA, em 27 de janeiro de 1982, o Senhor N.R.P., Ajudante Fazendário, Classe I, matrícula nº 1126.6015, solicita a concessão de licença-prêmio referente ao decênio de 16 de novembro de 1971 a 15 de novembro de 1981. Processado o expediente, inclusive pela comprovação da efetividade do interessado no período decenal que alega, foi-lhe indeferida a pretensão através do Boletim de Informação da Secretaria da Administração, de 26 de janeiro de 1981, onde constou que *"somente é concedida a licença-prêmio a funcionário efetivo, com 10 anos ininterruptos de serviço público estadual, regido pelo Estatuto (Lei nº 1.751/52)"*. (folhas 7.)

10. Cientificado, solicitou o interessado reexame da matéria, anexando cópia do Parecer nº 4524-PGE, de 17 de outubro de 1980, desta Procuradoria-Geral, favorável à concessão da vantagem em condições idênticas, ao mesmo tem-

po que invocava estarem os Poderes Legislativos e Judiciários, bem como Egrégio Tribunal de Contas do Estado, computando o tempo de serviço público, prestado sob a égide da CLT, para a obtenção do direito à licença-prêmio.

11. Em face da manutenção do indeferimento, recorreu o interessado ao Senhor Governador do Estado, havendo sido então solicitada a audiência desta Procuradoria-Geral, pelo Senhor Chefe da Casa Civil. Vieram os autos, primeiro encaminhados à Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos de Pessoal, e depois a este Conselho Superior, por identidade de questões com essas objeto do Processo sob nº 3199/80-PGE, onde me foram distribuídos, em 06 de maio de 1983.

É o relatório.

12. A matéria ventilada nos expedientes relatados, envolvendo número ainda maior de interessados, e que esteve controversa por bastante tempo, ao ponto de conduzir ao Incidente de Unificação de Jurisprudência Administrativa, suscitado no Processo nº 3199/80-PGE, hoje já se encontra resolvida através do Parecer nº 5405, de 30 de setembro de 1983, cuja ementa é a seguinte:

"LICENÇA-PRÊMIO. — TEMPO DE SERVIÇO. — REGIME CLT.

— O funcionário público tem direito à contagem do tempo anterior de serviço público, transcorrido sob regime jurídico diverso do estatutário, para todos os efeitos legais, a teor do artigo 105 da Constituição Estadual.

— O tempo de serviço, anteriormente prestado pelo servidor público sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, deve assim ser computado para a concessão da licença-prêmio nos termos estatutários."

13. Essa manifestação foi aprovada pelo Conselho Superior desta Casa, em sessão do dia 11 de maio de 1983, com aditamento quanto ao modo de verificação das condições necessárias à concessão da licença-prêmio, no sentido de que sejam as mesmas apuradas à luz dos critérios estatutários, vale dizer, da Lei Estadual nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952 (Df. Gab. 1272/83, de 30 de setembro de 1983, do Procurador-Geral do Estado). Nesses termos também foi o referido Parecer nº 5405-PGE, de 30 de setembro de 1983, aprovado pelo Senhor Governador do Estado, em 06 de outubro de 1983.

14. Assim sendo, também agora me manifesto no sentido de serem deferidas as pretensões contidas nos expedientes relatados, para terem os ali interessados computado o tempo de serviço, por eles anteriormente prestado sob o regime da CLT, para a concessão de licença-prêmio nos termos estatutários.

15. Solicito, por fim, que ao presente sejam anexados, por cópia, os referidos Parecer nº 5405-PGE e Of. Gab. 1272/83, do Procurador-Geral do Estado, ambos de 30 de setembro de 1983, e ainda o despacho aprobatório do Senhor Governador do Estado, de 06 de outubro de 1983, para maior ilustração das matérias debatidas.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 08 de dezembro de 1983.

Aprovo o Parecer nº 5485 da lavra do procurador do Estado MANOEL ANDRÉ DA ROCHA, consentâneo com a uniformização administrativa traçada pelo Parecer nº 5405, de 30 de setembro de 1983 e aprovado pelo Senhor Governador em 6 de outubro de 1983.

Restitua-se os expedientes à Secretaria da Administração.

Em 08-12-83.

FRANCISCO SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

CEDÊNCIA DE SERVIDORES DE SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

NEY SÁ
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.453

SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA.

Cedência de servidor a outro órgão da administração pública, com ônus para o órgão de origem.

Possibilidade.

Acumulação de remuneração indevida.

Vem a esta Procuradoria-Geral do Estado para exame e parecer consulta formulada pela FUNDAÇÃO GAÚCHA DO TRABALHO, relativa à concessão de vantagens que se pretende atribuir ao Diretor-Administrativo e ao Diretor-Técnico da mesma Fundação, os quais são servidores, respectivamente, da Companhia Rio-grandense de Saneamento — CORSAN e da Companhia de Habitação do Estado — COHAB/RS.

Esses dois servidores, segundo dá notícia o processo, foram colocados à disposição da consultante, pelos órgãos de origem, *"sem prejuízo de seu vínculo empregatício, salários e demais vantagens"*.

Trata-se de saber se, além desses *"salários e demais vantagens"*, que as sociedades mistas a que pertencem lhes estão assegurando, poderão eles, ainda, receber *"Honorários e mais, Representação"*, regulamentadas pela Casa Civil do Governo do Estado", segundo a consulta.

É o relatório.

A questão colocada sugere o exame de outros temas que não podem deixar de ser examinados para o correto deslinde da matéria.

Seria, assim, de indagar se as sociedades de economia mista podem colocar seus empregados à disposição de outros órgãos, assumindo o encargo de continuar a lhes prestar os salários e vantagens do emprego e, portanto, sem suspensão do contrato de trabalho.

Dcorreria, ainda, indagar se essa cedência, caso possível, poderia se fazer por forma compulsória, unilateralmente e, portanto, independentemente da manifestação da vontade do empregado.

Finalmente, será de se examinar se é lícita essa acumulação de salários e vantagens de que trata a consulente.

Duanto à primeira questão levantada, temos ponto de vista firmado, consoante ficou exposto no Parecer nº 5.374, aprovado pelo Senhor Procurador-Geral do Estado em 31 de agosto de 1983.

Segundo entendemos, no deslinde de questões da ordem da que agora se propõe, não é possível perder de vista a natureza jurídica das sociedades de economia mista, a participarem, a um só tempo, quer da condição de entes de direito público e de direito privado, como de forma consagrada prelecionou o ilustre administrativista conterrâneo, Professor RUY CIRNE LIMA, em conhecido e brilhante Parecer.

"Quanto à sociedade mista — disse o Mestre —, se é uma sociedade privada, somente o é 'quoad extra', em relação aos terceiros com que entra em contato; não assim, em suas relações com a entidade pública, para a qual ou pela qual foi criada, como instrumento de intervenção social ou econômica. Privada 'quoad extra', a sociedade de economia mista é necessariamente pública 'quoad intra'. Porque na intervenção estatal consiste a nota específica da sociedade de economia mista, caracteriza-se, esta, antes pela participação da administração pública na direção social do que pela participação daquela no capital social.

A sociedade de economia mista... envolve, de regra, 'quoad intra', uma disciplina publicística da estrutura societária, de sorte a assegurar o predomínio da administração pública, na organização e direção sociais e, conseqüentemente, a eficácia da intervenção estatal a ser realizada através da sociedade mesma." (Pareceres (Direito Público). Porto Alegre, Sulina, 1963, pág. 18).

De resto, como aludido no Parecer antes citado, "esta dúplici natureza de que participa a sociedade de economia mista tem sido posta em relevo por juristas de toda latitude, porque essa qualidade é insita a esse tipo de sociedade" (cf. FRANCISCO VITTO, com apoio em RAFAEL BIELSA, in Revista de Direito Administrativo, 60/416; BERNARD CHENDT, in L'Organisation Économique de l'État, Paris, 1951, nºs 71 e 72 — apud RUBEN RDSA, in Revista de Direito Administrativo, 56/430).

De tal sorte, considerado que a sociedade de economia mista se constitui nesse tipo intermediário de sociedade, é bem de ver que os seus atos, as suas relações,

quer internas, quer externas, devem ser examinadas segundo princípios que se há de colher ou no direito público, ou no direito privado, segundo a natureza de tais relações.

D caso que ora se examina situa-se no campo da ordem interna, aplicáveis a ele, assim, os princípios que informam o Direito Público.

BREDIN, citado por M. T. DE CARVALHO BRITO DAVIS (*Tratado das Sociedades de Economia Mista*. Konfino. Rio, 1969, vol. I, p. 155) propõe como discrimine entre os temas a se regerem pelo Direito Público ou Privado as questões relativas aos fins e ao funcionamento ou organização.

Diz ele:

"Aux confins du droit privé et du droit public (MONTÉGUR) dans cette zone mouvante, indéfinissable, qui leur appartient à l'un et à l'autre, où il se défigurent en contact l'un de l'autre, on élevait, il y a quelque trente ans, la théorie des sociétés, d'économie mixte. Singulière confusion des techniques du droit privé et de préoccupations 'd'intérêt public', les sociétés d'économie mixte furent l'un des terrains où s'affrontèrent les derniers représentants de disciplines opposées... Ce qui pourrait s'entendre que le droit public impose buts et le droit privé ses techniques et qu'est né un droit nouveau où des préoccupations d'intérêt général sont servies par des méthodes commerciales."

E prossegue o Parecer já referido, cuja adequação ao caso presente anima a transcrição;

"É certo que esses interesses gerais da coletividade, servidos pelos métodos comerciais, como diz BREDIN, não vão ao ponto de se poder negar que a sociedade de economia mista persiga lucros, como qualquer empresa mercantil.

Entretanto, na atualidade não se pode mais compreender o comércio como incentivador e criador de lucros apenas. Como diz VAN RIN, citado por J. C. SAMPAIO LACERDA em Aula de Sapiência proferida em 18 de março de 1968 na Faculdade de Direito da Universidade Fluminense (Apud CARVALHO BRITO DAVIS, op. cit. p. 666) "na atualidade a maior parte das empresas econômicas se organiza visando a satisfazer o interesse geral e o lucro apurado destina-se a concretizar a necessidade do equilíbrio entre a receita e a despesa e, muita vez, assegurar o autofinanciamento da empresa..."

"Não se conclua daí — prossegue o mestre —, entretanto, que o lucro deva ser indiferente e que, desenvolvendo-se uma atividade comer-

cial, deixe ele de existir ou de ser objeto da própria atividade. O lucro deverá ser calculado e não poderá ser relegado a plano inferior. O que há é que esse lucro, ou melhor, esse proveito deve ser interpretado de forma diversa e não como meio de enriquecer uma minoria e, por isso, deve ser utilizado de outra maneira. Assim, o lucro apurado em certa empresa estatal será aplicado em outra empresa deficitária."

O mesmo BREDIN já antes citado, professor laureado da Faculdade de Direito de Paris, em outra passagem, anota que o Estado sempre prefere satisfazer um interesse coletivo, mesmo quando rentável a atividade em que se empenha, do que assegurar um dividendo em sacrifício do interesse coletivo. (cf. CARVALHO BRITO DAVIS, op. cit., vol. II, p. 682).

Em se tratando de sociedade de economia mista, a presunção — explica-se — é a de que o acionista privado, ao associar-se espontaneamente ao Poder Público, numa sociedade por ações, e isto de forma minoritária, como entre nós determina o direito positivo, conheça de antemão que a empresa será administrativamente controlada pela entidade de direito público detentora do voto majoritário; e de que tal sociedade visará precipuamente ao interesse público, pois que isto incumbe ao Estado, acima de qualquer outra coisa.

A nova Lei das Sociedades por Ações não ficou alheia a esses princípios que modernamente orientam o próprio Direito Comercial.

Essa lei, em seu artigo 154, retrata, por forma feliz e adequada essa destinação, a que tais sociedades ficam jungidas, de satisfazer o interesse coletivo. Reza, com efeito esse dispositivo:

"artigo 154 — O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa."

Está aí consagrada a doutrina mais moderna que vê na empresa mercantil, em primeiro plano, a sua função social em nome da qual tanto tem procurado fazer o Poder Público na sua preservação exatamente porque não só como instrumento de produção de riqueza, como, também pela sua vocação para absorver mão de obra e propiciar arrecadação para a Fazenda Pública, se recomenda a atividade mercantil a essa proteção.

Essas observações é que levam a se considerar, hoje em dia, a atividade empresarial menos como uma forma de propiciar ganhos para uma minoria, relegando-se a quase um segundo plano o lucro como caracterizador dessa atividade própria do comerciante.

E se assim é com relação à empresa privada, com muito mais razão isto se verifica com as empresas instituídas pelo Estado.

A mesma Lei das Sociedades por Ações ao tratar, particularmente, das sociedades de economia mista, prescreve:

"Artigo 238 — A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação."

Aí está, por forma mais incisiva, o atendimento dado pelo legislador pátrio àqueles princípios que norteiam o Estado, na sua atividade finalística. Trata-se, sem dúvida, de norma de Direito Público, inserida em texto de Direito Privado — fenômeno hoje corriqueiro na área do Direito Comercial.

Os comentaristas da nova Lei das S.A. têm realçado o caráter excepcional da faculdade outorgada ao poder público através desse dispositivo ora em comentário.

ROBERTO BARCELLOS DE MAGALHÃES, por exemplo, anota em sua recente obra:

"O artigo concilia os deveres e responsabilidades do acionista controlador, definidos nos artigos 118 e 117, com a orientação das atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação e a participação societária do Estado."

É claro que a pessoa jurídica a que se refere o dispositivo só possa ser de direito público, pois não se admite o controle de sociedade de economia mista senão por órgão representativo do tesouro público.

Nada obstante, assiste à entidade controladora a obrigação legal de comportar-se perante a sociedade de economia mista controlada **como se fora um controlador comum, salvo, é claro, sua faculdade excepcional de ditar orientação condizente com as exigências do bem comum e de interesse público.**" (A Nova Lei das Sociedades por Ações Comentada. Rio. Freitas Bastos, 1977, vol. III, págs. 997/998).

EGBERTO LACERDA TEIXEIRA e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, em seus comentários, também dão relevo a esse poder excepcional, reservado ao Poder Público, no artigo 238 da lei.

Dizem eles:

"D artigo 238 parece reconhecer ao acionista controlador, no caso, o Estado, a faculdade de tomar deliberações que contrariem os interesses particulares da companhia, já que prepondera sobre estes o interesse público que justifica a sua criação. Essa possibilidade é, evidentemente, de caráter excepcional." (Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro. São Paulo, José Bushatsky, 1979, vol. 1, p. 177).

Muito embora esses autores considerem o dispositivo como reprodução do que se contém no artigo 154, referente às sociedades por ações de direito comum, a toda a evidência isto não ocorre, primeiro porque não deve o intérprete, ao proceder à exegese da lei, opinar pela existência de palavras ou textos inúteis ou redundantes sem antes esgotar as possibilidades de assim não concluir; segundo, porque como eles próprios anotam, a disposição se constitui em poder excepcional, conferido ao acionista controlador Estado, acima dos poderes conferidos ao acionista controlador comum.

As razões pelas quais a lei assim procedeu já foram acima expostas, nas palavras dos doutos, dentre as quais sobreleva o ilustre jurista VANRYN.

Trata-se, no caso, de poder excepcional conferido ao Estado e não de poder que ele excepcionalmente poderá exercer, isto é, ao Estado, como acionista controlador, caberá, sempre, o exercício desse poder de intervir, em nome do bem comum, acima de eventuais interesses de minorias acionários que devem ceder diante dos interesses maiores de toda a coletividade Rio-Grandense".

Diante dessas considerações, não se pode entender como contrária aos interesses da sociedade de economia mista a circunstância de, por razões especiais, vir ela a colocar à disposição de outro órgão da administração pública um dos seus servidores, quando isto repousar em razões de ordem finalística, justificadas pela satisfação do interesse público da comunidade.

Da mesma forma, e pelos mesmos motivos, não se há de condenar o ato da diretoria que, ao autorizar a cedência de um seu servidor a outro órgão da administração pública — direta ou indireta —, o faça sem prejuízo dos respectivos salários e vantagens e sem suspensão do vínculo empregatício mantido com esse servidor, caso o bem comum justifique tal procedimento.

De fato, o objetivo final da administração, não só quando desenvolvida por forma direta, mas, também, na que se realiza por via dos órgãos que compõem a chamada administração indireta é o bem público e sempre que isto se verificar por oca-

sião da prática de um ato administrativo, estará sendo cumprido o objetivo da administração. Quando tal não ocorrer é que se entrará no campo do desvio de poder, ou de finalidade caracterizado, precisamente, pela prática de ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público, a caracterizar, assim, uma violação ideológica da lei por forma a atingir o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal (cf. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975, pág. 83).

Já no que respeita à segunda indagação, entende-se não ser possível alterar as condições de trabalho estabelecidas entre a sociedade e o empregado, por via do contrato laboral, sem o seu consentimento, isto é, sem a adesão do empregado a esta alteração ainda que limitada no tempo. Isto porque, segundo disposição expressa da Consolidação das Leis do Trabalho:

"Artigo 468 — Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente dessa garantia."

Ainda que doutrina e jurisprudência tenham admitido a alteração unilateral do contrato de trabalho, pelo empregador, no exercício de reconhecido "jus variandi", esse poder atribuído ao empregador não pode lhe dar condições de atingir os elementos básicos do ajuste realizado com o empregado. De tal sorte, seria motivo de rescisão unilateral de contrato de trabalho e alteração que viesse a ser feita unilateralmente pela sociedade de economia mista transferindo o empregado sem o seu consentimento, ainda que tácito, para outro órgão da administração pública. A ofensa ao princípio consagrado no artigo 468 da CLT, estaria aí plenamente caracterizada.

Examinadas estas questões preliminares, necessárias à viabilização da cedência de servidores de sociedades de economia mista a outros órgãos da administração e verificado ser possível tal procedimento com as ressalvas que se fez, tratar-se-á, então, de saber se ao servidor cedido será possível atribuir novos salários e vantagens, reconhecidos como devidos a quem desempenhe as funções que por eles passarão a ser exercidas, além dos salários e vantagens que lhe ficaram assegurados no ato de cedência.

Trata-se, aqui, pois, de examinar a possibilidade de acumulação de remunerações e não de acumulação de cargos ou funções remunerados.

De fato, o servidor cedido a outro órgão, por via da cedência, deixa de prestar atividade no órgão de origem, para passar a exercê-las, em sua plenitude, no novo cargo ou função em que foi investido.

A consulta formulada, assim, mais não faz do que pretender saber se por um mesmo trabalho, um mesmo servidor pode ter paga de duas fontes, cada uma a contribuir com o *total* devido por esse trabalho.

A resposta, evidentemente, deve ser negativa.

Sem dúvida que no campo do direito privado os empregadores estão autorizados a praticar liberalidades com relação aos seus empregados, já hoje com alguns temperamentos colocados na lei, como ocorre, por exemplo, na nova Lei das Sociedades Anônimas que responsabiliza os administradores pelos atos de liberalidade praticados em detrimento dos interesses sociais.

No campo do direito público, porém, em nenhuma circunstância se autoriza o administrador a usar os dinheiros públicos, a não ser estritamente dentro da permissão contida nas leis.

Ora, como se chamou a atenção desde o início, a única forma de alguém poder perceber salários ou vencimentos dobrados é por via da acumulação de cargos, funções ou empregos, vale dizer, pelo exercício dobrado de trabalho prestado à administração pública e, mesmo assim, dentro de limitações estabelecidas no próprio texto constitucional.

Nenhuma lei cogitou, ou poderá cogitar, da paga dobrada pela prestação de um trabalho, ou pelo desempenho de uma função, ou pelo exercício de um cargo.

No caso concreto, ora em exame, se a Fundação consulente viesse a pagar honorários aos servidores que lhe foram cedidos, estaria, por esta forma, desvirtuando o ato de cedência em que se assegurou os vencimento e vantagens percebidos pelos servidores cedidos. Haveria, aí, sem sombra de dúvida, desvio de finalidade ou de poder a macular, irremediavelmente, o ato administrativo realizado.

Acena a consulta para pretensa regulamentação que teria sido dada a essas hipóteses através de orientação da Casa Civil do Governo do Estado.

Todavia, tal orientação não existe como, de resto, não seria legítimo que assim fizesse.

O de que se cuidou, na Casa Civil, foi de fixar critério para a remuneração de servidor que tenha passado a exercer cargo em Diretoria de Companhia ou Fundação, estabelecendo-se que, em tal hipótese, a tal servidor *"será assegurado o direito de opção entre a remuneração da função de que é titular e os honorários do Cargo de Presidente ou Diretor que esteja exercendo, sendo-lhe em qualquer das hipóteses assegurado o direito à percepção da gratificação de representação"*.

No caso ora em exame, essa opção é perfeitamente realizável, vez que as economias mistas a que pertencem os servidores cedidos aquiesceram em lhes pagar os salários e demais vantagens, nada impedindo que eles renunciem a esses pagamentos, optando pelos honorários atribuídos pela consulente aos cargos que lhes aí ocupam. Em qualquer hipótese terão eles o direito à percepção da Gratificação de Representação.

Nestes termos, dá-se por atendida a consulta formulada.

PORTO ALEGRE, 9 de novembro de 1983.

Of. Gab. 1398/83

Porto Alegre, 9 de novembro de 1983.

SENHOR GOVERNADOR:

A Fundação Gaúcha do Trabalho formulou consulta sobre o critério a ser usado na remuneração de servidores da CORSAN e da COHAB que, postos à disposição do órgão consulente *"sem prejuízo de seu vínculo empregatício, salários e demais vantagens"*, foram guindados ao cargo de Diretor-Administrativo e Diretor-Técnico dessa mesma Fundação.

O parecer nº 5.453 examina a questão proposta e seus desdobramentos indagando:

1º — Se as sociedades de economia mista podem colocar seus empregados à disposição de outros órgãos sem suspensão de seu contrato de trabalho.

2º — Se essas cedências poderiam ser feitas compulsoriamente, isso é, independentemente da manifestação de vontade do empregado;

3º — Se é lícita a acumulação de salários e vantagens da função que ditos servidores deixaram de exercer com os honorários e verba de representação estabelecidos para o cargo de Diretor.

Quanto à primeira questão levantada, atento à própria natureza jurídica das sociedades de economia mista, que participam a um só tempo da condição de ente de direito público *"quoad intra"* e de direito privado *"quoad extra"*, o Parecer entende

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

possíveis aquelas cedências, contando que justificadas pela satisfação do interesse público. Dessa forma, tais atos da Diretoria não configurariam desvio de poder ou de finalidade.

Relativamente à segunda indagação, sustenta o Parecer não ser possível a alteração das condições do contrato de trabalho transferindo o empregado sem a sua anuência, pois tal fato, por atingir os elementos básicos do ajuste, configuraria rescisão unilateral do contato laboral, violando o princípio consagrado no artigo 468 da CLT.

Duanto ao critério de remuneração a ser adotado nesses casos, conclui o Parecer que a tais servidores fica assegurado, em qualquer caso, o direito à percepção da gratificação de representação, devendo, todavia, optar entre a remuneração da função de que sejam titulares e os honorários do cargo de confiança que passem a exercer.

Submetido esse pronunciamento ao Conselho Superior desta Procuradoria-Geral foi o mesmo aprovado na sessão realizada no dia 19 de outubro do corrente ano, por mim presidida.

Na oportunidade em que submeto o Parecer à superior consideração de Vossa Excelência, manifesto-lhe as expressões do meu melhor apreço.

FRANCISCD SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTAD

DISPENSA DE SERVIDOR TRABALHISTA

MAURÍCIO AZEVEDO MORAES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.412

INQUÉRITO ADMINISTRATIVO.

Servidor trabalhista. Dispensa.

A rescisão de contrato de trabalho de empregado do Estado, estável ou não, independe de processo administrativo-disciplinar, para apuração de falta grave, sendo suficiente sumária sindicância.

Servidor estável. Necessidade de inquérito judicial perante a Justiça do Trabalho.

Trata o expediente — Processo nº 00220 — 10.00/82-PGE — de irregularidades que teriam sido cometidas pelo servidor da Secretaria da Agricultura, regido pela CLT, Vacinador J.O.P., e cuja dispensa fora proposta pelo Diretor de Produção Animal da referida Secretaria, em 8 de junho de 1981. Consta do processo que o servidor foi admitido na função de vacinador — CLT —, conforme ato publicado no Diário Oficial de 24 de outubro de 1977.

Ouvida a Assessoria Jurídica da Secretaria, sugeriu o seu encaminhamento à Procuradoria-Geral do Estado, porque, segundo a orientação do Parecer nº 4.085-PGE, seria necessário prévio processo administrativo-disciplinar para dispensar servidor, mesmo regido pela CLT. Ouvido o acusado e elaborada a portaria determinando a instauração de inquérito administrativo (D.O. de 13 de janeiro de 1982), foi o processo encaminhado a este Órgão, onde deu entrada em 4 de fevereiro de 1982, sendo distribuído à Unidade de Processo Administrativo-Disciplinar. A pedido do Coordenador da Unidade, substituto, foi o expediente devolvido à Secretaria da Agricultura em 16 de fevereiro de 1982.

"... a fim de colher alguns elementos probatórios e de identificação dos fatos concretos, tidos como irregulares, atribuídos ao indiciado".

Realizada a sindicância, retornou a esta Procuradoria-Geral, sendo distribuído ao Conselho Superior, por sugestão do Procurador-Geral Adjunto,

"... de modo a que se equacione estavelmente a necessidade, ou não, de realização de processo administrativo-disciplinar para efeito de

rescisão de contrato de trabalho de empregados, estáveis ou não, com ou sem justa causa de parte do empregador”.

Para ser examinado conjuntamente com o processo antes referido, me foi distribuído também o de nº 04802-12.04/82-SUSEPE, que versa matéria semelhante. Neste último expediente, consulta-se a respeito da necessidade de processo administrativo para apurar as faltas cometidas por servidor celetista; em caso afirmativo, qual o procedimento a ser adotado, por se tratar de empregado à disposição da Secretaria da Justiça.

Na hipótese objeto da consulta, trata-se do Professor do Ensino Médio S.G.M., contratado, da SEC, posto à disposição da Secretaria da Justiça, sem prejuízo de seus salários, e onde foi designado para exercer a função de Diretor do Presídio Regional de Bagé, percebendo uma gratificação equivalente ao valor da FG-8. Acusado de irregularidades, foi dispensado da função de Diretor do Presídio (D.O. de 6 de outubro de 1982).

É o relatório.

Não há na Procuradoria-Geral do Estado posicionamento pacífico a respeito da necessidade ou não de inquérito administrativo prévio para rescindir contrato de trabalho de servidor do Estado, estável ou não, ocorra ou não justa causa.

Há vários pareceres sobre a matéria, sem haver, entretanto, uniformidade de orientação.

Os Pareceres nº 2.272 (21 de dezembro de 1972), nº 4.298 (21 de janeiro de 1980), nº 5.001 (6 de julho de 1982) e nº 5.369 (25 de agosto de 1983) entendem não ser necessário o inquérito administrativo.

O Parecer nº 2.272 (relator ERWIN DE MATTDS ROTH, advogado da Companhia Estadual de Energia Elétrica à disposição da então Consultoria-Geral do Estado), tem a seguinte passagem:

“5. Discute-se, pois, no presente processo, da pertinência ou não da instauração do INQUÉRITO ADMINISTRATIVO para apurar as irregularidades praticadas pelo funcionário C.S.

Liminarmente, cumpre evidenciar que em toda a documentação acostada ao processo e na qual se acha citado o nome do funcionário indiciado, ressalva-se: “regido pela CLT”.

Diante disso, é indubitoso que o Diploma Legal aplicável ao caso não é o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado do Rio Gran-

de do Sul (Lei nº 1.751f, de 22.02.52), mas sim a Consolidação das Leis do Trabalho (C.L.T.), que assim dispõe:

“Art. 643 — Os dissídios, oriundos das relações entre empregadores e empregados reguladas na legislação social, serão dirimidos pela Justiça do Trabalho de acordo com o presente Título e na forma estabelecida pelo processo judiciário do trabalho.”

E conclui:

“7. Nessas condições, somos de parecer que assiste razão à Coordenadoria da Unidade de Assistência Jurídica, no que tange ao entendimento de a legislação competente a incidir sobre o caso ser a do Trabalho...”

É do Parecer nº 4.298 (relator Procurador JOAQUIM JOSÉ MONTEIRO):

“10. No caso de celetista instável cabe a demissão sumária, sem ônus; tratando-se de empregado estável a falta funcional deverá ser apurada em juízo mediante a instauração do inquérito, consoante prescrevem os artigos 494 e 853 e seguintes da CLT.”

Por sua vez, no Parecer nº 5.001 (relator o Procurador EMÍLIO ROTHFUCHS NETD) é dito:

“Os fatos foram confirmados em sindicância, cujo relatório, de fevereiro de 1982, está as fls. 30/31.

À fl. 111 a Assessoria Jurídica da Secretaria da Agricultura, após concluir pela caracterização das faltas imputadas ao servidor, entende oportuna a abertura de *inquérito administrativo*, louvando-se, para tanto, em orientação desta Procuradoria-Geral do Estado.

Se a administração, entretanto, adotar a posição preconizada pela Assessoria Jurídica da Secretaria da Agricultura, instaurando procedimento administrativo para a apuração das faltas imputadas ao servidor e configuradas na sindicância já realizada, tal como se procede em relação aos funcionários submetidos ao Estatuto, estará se sujeitando a perder a oportunidade de aplicar ao servidor faltoso a penalidade que a lei do trabalho permite, visto que inatual será a punição que então o Estado vier a adotar.

O tempo necessário à tramitação do inquérito administrativo preconizado pela Assessoria Jurídica da Secretaria da Agricultura será sufi-

ciente para que se torne inatual a pena a ser imposta pelo empregador ao empregado faltoso.

O inquérito judicial deverá ser instaurado tão logo tenha o empregador conhecimento dos fatos configuradores de falta grave capaz de autorizar a rescisão do contrato.

O inquérito administrativo deve ser instaurado quando se tratar de funcionário público "stricto sensu", já que decorre de exigência legal.

Em relação aos servidores não funcionários o Estado, como empregador que é, deve agir tal como agem as entidades privadas no trato com seus empregados, visto que a lei não distingue o Estado-empregador de qualquer outra entidade que mantenha empregados a seu serviço, e a jurisprudência trabalhista também o trata em absoluta igualdade de condições com os demais empregadores.

Procedendo como os demais empregadores o Estado deverá, ante o conhecimento de falta grave cometida por seu servidor, demiti-lo de imediato, se empregado instável, ou instaurar desde logo o inquérito judicial para apuração de falta grave, para que a despedida venha a ser legitimada pela chancela judicial, quando se tratar de servidor estável.

No caso "sub examen", por se tratar de servidor estável, já que ineficaz sua opção pelo Fundo de Garantia de Tempo de Serviço, deverá o Estado (se ainda for oportuno) providenciar a imediata instauração do inquérito judicial, sem observar a medida preconizada na informação da Assessoria Jurídica da Secretaria da Agricultura."

Finalmente, o Parecer nº 5.369, de agosto do corrente ano (relator a Procuradora CYL PARANHDS DE LIMA), ao sustentar ser dispensável o inquérito administrativo-disciplinar para rescindir o contrato de trabalho de servidor público, assevera:

"É digno de louvor o propósito de ensejar a mais ampla defesa para o transgressor quando empregado público, aplicando a ele o processo administrativo-disciplinar aos moldes do sistema estatutário. Só que tão dignificante preocupação acarreta a neutralização ou eliminação do poder de punir do Estado-empregador.

A apuração sumária, mediante sindicância breve, é cautela suficiente, quer para ensejar a dispensa pronta do empregado instável, quer para desencadear o inquérito judicial contra o empregado garantido pela estabilidade.

A título de zelo tem-se desguarnecido o Estado, esvaziando o seu legítimo poder-dever de punir os faltosos, onerando os cofres públicos com a manutenção de empregados indisciplinados, sabidamente improdutivo ou inconvenientes.

Ao concluir a preliminar argüida, SUGIRO uma alteração na linha de atuação disciplinar, em relação aos empregados faltosos, para submetê-los, tão-somente, à sumária investigação, providenciando a dispensa, por justa causa, dos instáveis, ou propondo o inquérito judicial contra os empregados estáveis. Em última análise, SUGIRO a total dispensa do processo administrativo disciplinar sempre que de empregado público se trate."

Outra corrente formada nesta Procuradoria-Geral a respeito do tema, sustenta que para a dispensa de servidor celetista, estável ou não, é necessário prévio processo administrativo-disciplinar.

É exemplo dessa orientação o Parecer nº 4.085, de 18 de junho de 1979 (2ª Equipe da Revisão da UPAD, relator a Procuradora MARÍLIA AZEVEDO).

Consta do parecer:

"3. Oiga-se ainda que no âmbito do Direito Público, embora existam servidores com regimes jurídicos diversos, como faculta o artigo 106 da Constituição Federal, existe um regime funcional que deve ser obedecido por todos e que está regulamentado pelas leis estatutárias. Neste sentido, devemos entender o termo *funcionário* usado pelo Constituição, em sentido amplo, abrangendo indistintamente, sob o aspecto administrativo-disciplinar, tanto os que se vinculam ao Estado pelo regime estatutário como os que estão ligados pelas Leis Trabalhistas. É o que determinam os artigos 225 e 226, da Lei nº 1.751/52 que assim dispõem:

"Art. 225 — A autoridade que tiver ciência ou notícia de ocorrência ou irregularidade no *serviço público* é obrigada a promover a sua apuração imediata, *por meios sumários* ou mediante processo administrativo no prazo de cinco (5) dias, sob pena de se tornar co-responsável." (grifamos).

"Art. 226 — O processo administrativo precederá sempre demissão do funcionário, seja ele estável ou não."

Esta vinculação funcional é uma decorrência lógica, pois, sendo o Estado empregador, somente ele poderá controlar a postura administrativa de seus servidores, estabelecendo os direitos e deveres de seus subordinados.

Este entendimento já foi sufragado no Parecer 3.906 desta Consultoria-Geral, sendo pacífico o entendimento de que as faltas funcionais *deverão ser apuradas na esfera administrativa, independentemente do regime jurídico* dos servidores, não só pelo aspecto disciplinar, mas também para que a Administração tenha subsídios para justificar uma eventual rescisão de contrato mesmo no caso dos servidores não estáveis. Quando o servidor for estável e se concluir pela culpabilidade, o inquérito administrativo deverá ser remetido para a Justiça do Trabalho em razão da quebra do vínculo decorrente da rescisão por justa causa. *De outra parte, tanto no caso dos servidores estáveis como não estáveis deve ser concedido o direito de defesa aos acusados, através do processo administrativo.*" (Grifei).

Foi vencido o Procurador PEDRO PACHECO DE SOUZA, entendendo dispensável o inquérito administrativo proposto pela Equipe de Revisão.

Igualmente o Parecer nº 4.299 (relator o Procurador NEY SÁ, aprovado pelo Conselho Superior), segue orientação semelhante, ainda que não entenda absolutamente indispensável o inquérito administrativo para a rescisão do contrato de trabalho de servidor celetista, senão que útil e recomendável àquele procedimento.

Diz o parecer:

"É de observar, todavia, que, em casos semelhantes, esta Casa tem se pronunciado no sentido de ser *útil e recomendável* — trate-se de servidor *estável ou não* — seja a dispensa ou o ajuizamento do inquérito judicial perante a Justiça do Trabalho antecidos de prévio procedimento administrativo, no intuito de tanto evitar a perpetração de injustiça quanto, na eventualidade de serem, efetivamente, apuradas as faltas irrogadas, ficar o Estado munido das necessárias provas de que deverá dispor caso venha a ocorrer litígio na justiça especializada.

Este procedimento administrativo, que se tem preconizado, não exige a observância rigorosa dos princípios a que se deve ater o processo administrativo que antecede a demissão do funcionário, nos termos do artigo 226 do Estatuto.

Gasta que se organizem, em forma processual, documentos e outros meios de prova reconhecidos em direito, convindo, mesmo, ouvir-se o acusado, franqueando-lhe a produção de razões e provas que julgar úteis a sua defesa. Tudo em termos de se *viabilizar um julgamento* o mais possível objetivo por parte da autoridade que se deverá manifestar sobre a conveniência do afastamento do acusado.

Estas parecem ser as ressalvas oportunas diante dos termos do parecer exarado nestes autos que, em verdade, não contém prova plena dos fatos e omissões irrogadas ao acusado.

Seja como for, deverá a Administração agir com presteza para evitar que uma demora injustificada na adoção das providências cabíveis possa vir a ser entendida, na Justiça do Trabalho, como perdão pelas faltas cometidas pelo acusado."

As duas teses a respeito do tema foram defendidas com excelentes e ponderáveis argumentos. Desde logo, adianto a minha posição: formei a convicção de que tratando-se de servidor regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, estável ou não, a sua dispensa prescinde de prévio processo administrativo, seja sob o aspecto de legalidade, seja sob o prisma da conveniência para o serviço público.

Não há norma legal determinando o prévio processo administrativo-disciplinar, para a apuração de faltas cometidas por servidor celetista.

"*Data venia*" do que entendem alguns, o vocábulo *funcionário*, usado na Constituição Federal, para efeitos administrativo-disciplinares, não abrange qualquer servidor. Como é sabido, *funcionário* é o servidor legalmente investido em cargo público, sujeito a estatuto próprio, que não é o caso dos servidores previstos no artigo 106 e no artigo 165 do texto constitucional, ambos com regime jurídico próprio.

Igualmente, e também com a devida vênia, entendo não têm razão aqueles que, a partir dos artigos 225 e 226 da Lei nº 1.751 (Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado), concluem ser necessário o processo administrativo-disciplinar para apurar faltas cometidas por servidores não-estatutários.

Preceituam os citados dispositivos:

"Art. 225 — A autoridade que tiver ciência ou notícia de ocorrência ou irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, por meios sumários ou mediante processo administrativo no prazo de cinco (5) dias, sob pena de se tornar co-responsável.

Art. 226 — O processo administrativo precederá sempre a demissão do funcionário, seja ele estável ou não."

Não vejo nas normas transcritas apoio à tese do Parecer nº 4.085. O fato de o artigo 225 determinar a apuração de eventuais irregularidades ocorridas no serviço público, por meios sumários ou através de processo administrativo, evidentemente, ao meu sentir, não pode levar à conclusão de que é necessário o inquérito regido pela Lei nº 1.751, quando se tratar de servidor não estatutário; a necessidade de

prévio processo administrativo (artigo 226) ocorre no caso de aplicação da pena de demissão, mas quando se tratar de funcionário, e não de outros servidores. As faltas cometidas por servidor celetista serão apuradas pelos meios sumários, antes de ser proposto o inquérito judicial junto à Justiça do Trabalho, quando se tratar de servidor estável, com o que estará atendida, pela autoridade, a determinação contida no artigo 225 da Lei n.º 1.751.

Os outros argumentos usados por essa corrente não têm por base norma legal; fundamentam-se na utilidade e conveniência do prévio processo administrativo, a fim de ser assegurada defesa ao servidor faltoso e de ser evitada eventual injustiça. Ainda que, conforme sustentam, tal processo não precise seguir rigorosamente as disposições referentes ao processo administrativo, desde que possibilite ao acusado a produção de provas e de razões que julgar úteis.

Não resta dúvida que é muito nobre esse posicionamento, mas que, afinal, favorecendo indevidamente o servidor celetista, poderá vir em prejuízo do Estado.

Os pareceres que seguem a linha oposta demonstram irrefutavelmente a não-obrigatoriedade de processo administrativo para dispensar servidor celetista, como também a absoluta inconveniência para os interesses do Estado a realização desse procedimento.

Como dito nos pareceres mencionados, as faltas cometidas por servidores regidos pela CLT devem ser apuradas e punidas imediatamente após a sua ocorrência, sob pena de serem consideradas como perdoadas.

A respeito desses dois elementos da justa causa para a rescisão do contrato trabalhista — *atualidade e imediação* entre a falta e a rescisão —, ensina MOZART VICTOR RUSSOMANO, lembrado no Parecer n.º 5.369:

"Atualidade — A justa causa deve ser atual para justificar a despedida. As faltas passadas servem, quando muito, como elemento subsidiário, para indicar a vida pregressa do trabalhador. É preciso, entretanto, esclarecer que essa proposição não é absoluta, há faltas, como vemos nas alíneas do artigo 482, que se configuram pela habitualidade. Para essas, é claro, sempre deveremos levar em consideração os fatos anteriores, sob pena de nunca se configurar o erro suficientemente grave para determinar a ruptura do contrato.

Imediação — Cometida a falta, o empregador deve providenciar na eliminação do empregado, dentro de um prazo razoável, a partir do momento em que o fato lhe chegou ao conhecimento.

Esse prazo não foi fixado em lei, como seria de desejar e como foi feito na Alemanha e na Bolívia (Gewerbeordnung, § 123, alínea II, § 124, alínea II; Projeto de Código do Trabalho Boliviano, artigos 54 e 56).

Se se fixasse um prazo de decadência, a partir do qual a falta seria, por presunção, tida como perdoadada — não restariam as dúvidas que ainda hoje pairam, no direito brasileiro, sobre a matéria. Os tribunais e os autores, porém, de modo uniforme, vêm entendendo que não será possível permitir-se que o patrão, tomando conhecimento da falta cometida pelo trabalhador, deixe para resolver sua dispensa muito tempo depois, o que seria colocar o empregado na dependência despótica da empresa. Como um ponto de referência, sugerimos que se aplique a essa tese o **prazo de trinta dias**, tantas vezes usado pelo consolidador, que é o prazo de decadência para a instauração do inquérito movido contra o estável, contado da data da suspensão do empregado, quando for o caso." (COMENTÁRIOS À CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, 7.ª edição, José Konfino, volume III, páginas 825/827).

Não resta dúvida de que se torna muito difícil à Administração, realizando prévio processo administrativo, dar cumprimento à orientação da doutrina e jurisprudência trabalhistas, quanto à atualidade e imediatidade da punição. É que os processos administrativos, por mais diligentes que sejam os seus encarregados, normalmente demoram vários meses até serem concluídos, de modo que ao ser dispensado o servidor instável, ou proposto o inquérito trabalhista para os estáveis, já não ocorrem os requisitos da atualidade da falta e imediação da punição.

Poder-se-á alegar, e até com alguma razão, que o fato de ser proposto o inquérito administrativo mostra a intenção da Administração na punição. Entretanto, parece não ser esse o pensamento da doutrina e da jurisprudência trabalhistas, como ensina RUSSOMANO. De sorte que o prévio processo administrativo é um risco desnecessário no seu direito de punir servidor faltoso, que não deve correr o Poder Público.

Além do mais, essa praxe de submeter os celetistas a processo administrativo dá a eles, sem fundamento legal, maiores garantias do que aos estatutários, porque estes, estáveis ou não, podem ser demitidos mediante simples processo administrativo, enquanto que os empregados estáveis só podem ser dispensados após inquérito judicial perante a Justiça do Trabalho, única competente para julgar se ocorreu a alegada falta grave. Tal procedimento administrativo, a meu juízo, configura um privilégio ao celetista, absolutamente inaceitável.

Para a apuração de faltas cometidas por empregado público, estável ou não, basta uma sindicância sumária. Comprovadas as faltas graves, sua dispensa deverá ser imediata, sem outras formalidades, se for instável; se estável, impõe-se o inquérito judicial previsto na CLT.

É a minha opinião.

Porto Alegre, 04 de outubro de 1983.

Of. Gab. 1.291/83 Porto Alegre, 04 de outubro de 1983.

SENHOR GDVERNADOR:

No presente Parecer nº 5.412 busca-se definir a orientação a ser adotada pela Administração Estadual sobre a necessidade ou não de processo administrativo — disciplinar nos casos de rescisão de contrato de trabalho de servidor regido pelo Direito do Trabalho.

A respeito do assunto existem vários pronunciamentos que, em casos análogos, propõem uma ou outra solução.

O parecer incluso, de lavra do Procurador do Estado MAURÍCID AZEVEDO MORAES, atento ao problema da atualidade e imediatidade da punição conclui que para a apuração das faltas cometidas por empregado público, estável ou não, basta sindicância sumária que venha viabilizar um julgamento o mais possível objetivo por parte da autoridade que deverá se manifestar sobre a conveniência do afastamento do acusado. Comprovadas as faltas a dispensa deverá ser imediata se for instável e, após inquérito judicial perante a Justiça do Trabalho se se tratar de falta grave imputada a servidor estável.

Dito pronunciamento foi aprovado na sessão do Conselho Superior realizada no dia 14 de setembro do corrente ano.

Endossando as conclusões emitidas no parecer submeto-o à superior consideração de Vossa Excelência, ao tempo em que lhe manifesto as expressões do meu melhor 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

ALIENAÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES DO ESTADO

ADNOR GOULART
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Civil na UNISINOS

PARECER Nº 5.348

ALIENAÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES
DO ESTADO.

Inteligência do artigo 4º da Ordem de Serviço nº 1/83-87, expedida pelo Senhor Governador do Estado.

Impossibilidade de sua alienação, a título gratuito, face aos termos do Provimento em tela.

Obstáculo existente, no mesmo Provimento, à mera cessão de tais bens a Prefeituras Municipais e a entidades filantrópicas, seja através de comodato ou de permissão de uso.

Consulta-nos a SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO a respeito do procedimento a ser adotado, visando à transferência dos veículos de propriedade do Estado, a PREFEITURAS MUNICIPAIS interessadas, bem como a entidades de cunho filantrópico, veículos esses que estão sendo desativados por serem considerados obsoletos e anti-econômicos, tudo em conformidade com a Ordem de Serviço Governamental nº 1/83-87.

Formulou a Secretaria em causa, dentre outros, 03 (três) quesitos elaborados pela Assessoria Técnica da Superintendência dos Transportes do Estado do Rio Grande do Sul — SUTERGS, cuja resposta deverá ser dada neste pronunciamento.

São eles os seguintes:

a — forma legal que possibilite às Prefeituras Municipais adquirirem viaturas desativadas, mediante avaliação procedida pelo DECAM;

b — fórmula jurídica para proceder a doação dos referidos veículos;

c — parecer sobre a figura do instituto do "Comodato" e do ato negocial de "Permissão do Uso", como forma de empréstimo temporário de veículos.

É o relatório.

Preliminarmente, afigura-se-nos de todo impossível qualquer forma de alienação, a título gratuito (doação), dos bens excogitados, bem como de mera cessão temporária dos mesmos, seja através de comodato ou de permissão de uso, face ao conteúdo do artigo 4º da Ordem de Serviço nº 1/83-87, expedida pelo Senhor Governador do Estado, *verbis*:

"Art. 4º — Os carros que não apresentarem boas condições de uso e todos os anteriores ao modelo de fabricação, ano 1975, deverão ser recolhidos à Superintendência de Transportes do Estado do Rio Grande do Sul — SUTERGS, no prazo de 30 dias, A FIM DE SEREM ALIENADOS, ATRAVÉS DE LEILÃO". (grifei).

Em primeiro lugar, o simples fato de o Provimento em causa fazer referência ao leilão, deixa claro o intento do Chefe do Executivo, tocante à alienação, a título oneroso, de prefalados veículos. E isto porque, se houvesse intenção de autorizar alienações gratuitas, isto é, doações, aquela providência certamente não constaria do dispositivo *sub examine*, eis que, inexigível frente a tais espécies de atos.

Assim, o é em virtude de visarem tais atos, pessoas certas e determinadas, o que os torna incompatíveis com o procedimento licitatório.

A esse respeito e discorrendo sobre as hipóteses de inexigibilidade de licitação, ensina HELY LOPES MEIRELLES ("Direito Administrativo Brasileiro", Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição atualizada, São Paulo, 1976, págs. 256/257):

*"O Decreto-Lei 200/67 especificou os casos de **dispensa** mas silenciou sobre os de **inexigibilidade da licitação**, embora estes sejam frequentes na prática administrativa como ocorre nas **doações, permutas, doações em pagamento e investidas de bens públicos**, como também nas **vendas** de sementes reprodutoras, adubos, inseticidas, vacinas e outros produtos que comumente a Administração faz a **destinatários certos**, insuscetíveis de serem selecionados em concorrência ou qualquer outra modalidade licitatória.*

*Em todos esses casos ocorre **inexigibilidade de licitação**, pela impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre aqueles que devam receber o objeto da alienação, pois não se pode pretender melhor contratante quando somente um interessado é proprietário do bem desejado pelo Poder Público, ou é o único que reúne as condições legais para o negócio, ou quando a Administração tem interesse na distribuição indiscriminada de certo produto entre determinada categoria profissional ou a toda a comunidade, mediante pagamento ou gratuitamente."*

Em segundo lugar, a Ordem de Serviço de que se cogita deixa clara a deliberação do Chefe do Executivo em determinar se desfaça a Administração Pública Estadual de tais bens ao utilizar a expressão *"a fim de serem alienados"*.

Ora, a alienação, antes de mais nada, pressupõe a saída de um bem do domínio do respectivo titular, de forma definitiva, não se cogitando, face a tal instituição jurídica, de mera cessão temporária a terceiros, de sua posse direta.

Embora seja pacífica em doutrina essa idéia, vejamos o que diz a respeito, DE PLÁCIDO E SILVA, em seu "VOCABULÁRIO JURÍDICO" (Vol. I, A-C, Forense, Rio-São Paulo, 2ª edição, 1967, págs. 105/106):

*"ALIENAÇÃO. A alienação, também chamada de **alheação** e **alheamento**, é o termo jurídico, de caráter genérico, pelo qual se designa todo e qualquer ato que tem o efeito de TRANSFERIR O DOMÍNIO DE UMA COISA PARA OUTRA PESSOA, seja por venda, por troca ou por doação." (Grifei).*

Sobre o verbo *alienar*, esclarece, ainda, o mesmo autor:

"ALIENAR. É verbo que significa a ação de passar para outrem o domínio de coisa ou o gozo de direito que é nosso.

*Está assim o vocábulo, na tecnologia jurídica, em acordo com o radical de que se formou, **alius**, palavra latina que significa **outrem**. **Alienare** é, assim, tomar de outrem a coisa que era nossa e que se lhe transferiu por título **intervivos**, seja gratuito ou oneroso."*

Do exposto, é de se concluir pela total impossibilidade da utilização, tanto da figura de comodato, como da permissão de uso, visto sua distonia com a Ordem de Serviço nº 1/83-87. E isto porque são elas atos que pressupõem, extinta a relação que lhes deu origem, o retorno da posse direta dos bens do Estado.

A dizer, tais institutos jurídicos são próprios a serem utilizados nas hipóteses em que o Poder Público Estadual não deseja se desfazer dos bens de seu domínio, o que inoocorre na situação em análise.

Ademais, como os veículos automotores são, por sua própria natureza, deterioráveis, caso fossem cedidos em comodato ou através de permissão de uso findos os prazos de sua vigência, certamente a substância desses bens encontrar-se-ia de tal forma defasada, que nenhum interesse mais existiria, de parte do Estado, em reaver a posse direta dos mesmos.

Eis porque sobre não encontrar o emprego de tais figuras jurídicas respaldo na Ordem de Serviço em relevo, a utilização delas seria de todo inconveniente, pelos motivos apontados.

De tudo o que foi visto, impõe-se a conclusão de que somente uma espécie de ato pode ser praticado, objetivando a providência que se contém no artigo 4º do Provimento Administrativo em exame: a alienação, a título oneroso (venda, permuta, etc.), dos veículos em tela.

Assim o é, face à vinculação do órgão a quem incumbirá a tarefa consubstanciada no preceito acima estampado. A dizer, não lhe deixou a autoridade da qual emanou aquele preceito, qualquer parcela de liberdade, tocante à escolha do tipo de ato a ser praticado e, por isso mesmo, estamos, aqui, em presença de ato vinculado, o qual, por isso mesmo, inadmitte outra forma de procedimento, senão a nele apontada.

Elucidativa, a respeito, é a lição de HELY LOPES MEIRELLES, segundo a qual,

*"Atos **vinculados** ou **regrados** são aqueles para os quais a lei (em sentido genérico, ou seja, todo e qualquer ato normativo — o **parênteses** é nosso), estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pelo Poder Público para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado tornando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado.*

Na prática de tais atos o Poder Público sujeita-se às indicações legais ou regulamentares, e delas não se pode afastar ou desviar, sem violar irremediavelmente a ação administrativa". (op. cit., pág. 135).

Apenas a título elucidativo e, ainda, com pertinência à doação dos veículos a Prefeituras Municipais e a entidades filantrópicas, a que faz menção o item b da consulta, se *ad argumentandum* inexistisse o apontado óbice à sua efetivação, certos pressupostos haveriam que ser preenchidos, para que a mesma ocorresse em perfeita sintonia com a lei. Tais seriam:

- 1º — a desafetação dos mesmos;
- 2º — autorização legislativa para a prática do ato;
- 3º — avaliação prévia;
- 4º — a emergência do interesse público.

Abra-se aqui um *parênteses* para referir que desses pressupostos, os que devem ser satisfeitos, frente à prática de atos onerosos são o primeiro, terceiro e quarto.

Tocante ao primeiro requisito, a necessidade de seu preenchimento decorre da natureza dos bens de que se cogita.

Com efeito, estando eles destinados pela Administração para a execução de seus serviços, incluem-se na categoria dos bens de uso especial sendo, como tais, inalienáveis, enquanto permanecerem afetados àquela finalidade. De consequência, somente deixando de integrar o patrimônio de afetação do Poder Público é que perderão a característica da inalienabilidade, estando, dessa sorte, aptos a serem objeto de alienação.

A propósito dessas espécies de bens, ensina ANTÔNIO MARCELLO DA SILVA:

"Bens de uso especial são os destinados pela Administração para a execução de seus serviços, tais como os edifícios dos órgãos e repartições públicas, os mercados, os terrenos aplicados ao serviço público, os VEÍCULOS USADOS PELA ADMINISTRAÇÃO (grifei), quer para suas atividades típicas, quer para o transporte público, as suas máquinas, mobiliários, utensílios, etc." (Código Civil, artigo 66, II).

"Enquanto que os bens de uso comum e os de uso especial são inalienáveis, salvo se passarem à condição de dominicais, destes últimos pode a Administração dispor livremente, inclusive aliená-los, obedecendo as restrições e prescrições legais." (in "Contratações Administrativas", Editora Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo, 1971, pág. 46).

Ainda a respeito da matéria e, interpretando o artigo 67 do Diploma Civil Brasileiro, diz HELY LOPES MEIRELLES:

*"O Código Civil, em seu artigo 67, estabeleceu, como regra, a **inalienabilidade dos bens públicos**, nestes termos: 'Os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e na forma que a lei prescrever'. A defeituosa redação desse dispositivo tem propiciado dúvidas, por dar a entender que tais bens não podem passar do domínio público para o particular. Na realidade isso não ocorre. Os bens públicos, quaisquer que sejam, podem ser alienados, desde que a Administração satisfaça certas condições prévias para a sua transferência para o domínio privado ou a outra entidade pública. O que a lei civil quer dizer é que os bens públicos são **inalienáveis enquanto desativados ao uso comum do povo ou a fins administrativos especiais**, isto é, enquanto tiverem **afetação pública**, ou seja, **desativação pública específica**. Exemplificando: uma praça ou um edifício público não pode ser alienado enquanto tiver essa destinação, mas qualquer deles poderá ser vendido, doado ou permutado desde o*

momento em que seja, por lei, desafetado da destinação originária e traspasado para a categoria de bem dominial, isto é, do patrimônio disponível da Administração." (op. cit. pág. 486).

Releva salientar que, na hipótese em exame, o primeiro requisito encontra-se preenchido, vez que, consoante a melhor doutrina, a desafetação pode se dar ou por força de lei (desafetação expressa) ou através de fato (desafetação tácita), sem exigência, nesse último caso, de texto normativo que a determine.

Ora, defasados e obsoletos como se encontram os veículos objeto da Ordem de Serviço nº 01/83-87, tal fato, de si só, torna-os imprestáveis ao fim a que se destinam, visto terem perdido a utilidade.

Por sua pertinência com a matéria em foco, vale transcrever a lição da Professora MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES que, nesse sentido, muito bem observa:

"Aqui, trata-se apenas de aplicação da regra geral do artigo 77 do Código Civil, que firma o perecimento do direito em razão do perecimento de seu objeto. Se a perda ou destruição de bem público nos termos do artigo 78 do Código Civil se dá por fato natural, ainda que extraordinário, como o caso fortuito e a força maior, tal fato, porque repercute diretamente no plano da própria existência ou utilidade do bem em causa, tem como consequência necessária e natural a sua desafetação." in "Os fatos Naturais no Direito Administrativo", Revista da Consultoria-Geral do Estado, Publicação do Instituto de Informática Jurídica, Estado do RGS, Porto Alegre, vol. 9, nº 23, 1979, pág. 54).

Continua, mais adiante, a ilustre Jurista:

"Vemos, pois, que, por efeito de fatos naturais juridicizados, bens se incluem ou excluem do domínio público; OUTRAS VEZES, A CONSEQUÊNCIA É A MUDANÇA DE CLASSE..." (op. cit., pág. 54).

Ampliando-se o raciocínio traduzido na citação acima, pode-se, ainda, acrescentar, em vista da hipótese ora em exame, que a mesma encontra disciplina no artigo 78, I, da Lei Civil, ao estabelecer que o perecimento do objeto se verifica, dentre outras circunstâncias, naquela em que o mesmo perde as qualidades essenciais ou o valor econômico.

Isto é exatamente o que se verifica com os veículos automotores que o Estado pretende alienar. Embora não tenha ocorrido seu perecimento, do ponto de vista físico, o desgaste decorrente do uso determina a perda de suas qualidades, de tal sorte que, a utilização dos mesmos pela Administração, tornar-se-ia antieconômica.

Entretanto, como ainda se revistam de algum valor pecuniário e deixando de integrar a categoria dos bens de uso especial, tais fatos permitem e aconselham sua alienação.

Com pertinência ao segundo e terceiro requisitos, mais uma vez, invocamos a lição de HELY LOPES MEIRELLES que, a respeito, esclarece:

"A administração pode fazer doações de bens móveis ou imóveis desafetados do uso público, e comumente o faz para incentivar construções e atividades particulares de interesse coletivo. Essas doações podem ser com ou sem encargos E EM QUALQUER CASO OEPENDEM DE LEI AUTORIZADORA QUE ESTABELEÇA AS CONDIÇÕES PARA A SUA EFETIVAÇÃO (grifei) e de PRÉVIA AVALIAÇÃO DO BEM A SER DOADO (grifei)..." (op. cit., pág. 489).

A avaliação prévia do bem a ser negociado ou distribuído, diz a doutrina, tem a finalidade de estabelecer seu exato valor, para que se possa proceder à devida contabilização.

Relativamente ao quarto requisito, seja, o atendimento ao interesse público, é ele pressuposto da prática de todo e qualquer ato administrativo.

Na expressão de ANTÔNIO MARCELLO DA SILVA,

*"O interesse público não se relaciona unicamente com a conveniência da Administração em se desfazer do bem: há de se orientar toda a operação, inclusive a escolha do adquirente, tendo em vista a destinação que este pretendia dar ao objeto da alienação. Observe-se que o interesse público deve ser **devidamente justificado**, isto é, a alienação só pode ser autorizada, em princípio, mediante um processo, no qual fique demonstrada sua conveniência."* (op. cit. pág. 47).

A nosso modo de sentir, na hipótese em exame, a doação pura e simples dos veículos visados pela Ordem de Serviço nº 1/83-87, pelo menos em tese, apareceria apenas como uma diminuição do patrimônio do Estado, sem nada a ver como o aludido interesse e, caso fosse levada a termo, só pela ausência do mesmo já estaria evitada de vício capaz de infirmá-la no plano da validade.

EM CONCLUSÃO, e reprisando afirmativa já feita anteriormente, o único ato que está autorizada a Administração a praticar, relativamente aos veículos objetivados pelo artigo 4º da Ordem de Serviço nº 01/83-87 é o da alienação, a título oneroso (venda, permuta, etc.), mediante licitação, cumprido, ainda, o requisito da avaliação prévia, assim como a emergência do interesse público.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 4 de agosto de 1983.

ACOLHO as conclusões do Parecer nº 5348, de lavra do Procurador do Estado ADNOR GOULART.

Restitua-se o expediente à Senhora Secretária de Estado da Administração.

Em 4-8-83.

FRANCISCO SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

O INTERESSE PÚBLICO DAS AUTARQUIAS

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

PARECER Nº 5.200

Extensão a todos os servidores contratados sob o regime do Direito do Trabalho, pelo Departamento Estadual de Portos, Rios e Canais, das vantagens dadas por "liberalidade", segundo o Ato nº 206, de 23 de abril de 1976. O conceito de "liberalidade" da doutrina e jurisprudência do trabalho é incompatível com a atividade do Empregador-Administrador Público.

Retorna à Procuradoria-Geral do Estado, agora com vistas a esta Comissão, para que se manifeste na forma do Decreto nº 31.127, de 15 de março de 1983, postulação da ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES HIDROVIÁRIOS DO RIO GRANDE DO SUL, delineada posteriormente sob a forma de "projeto de ato autárquico", almejando a extensão indiscriminada a todos os servidores do Departamento Estadual de Portos, Rios e Canais, regidos pelo Direito do Trabalho, dos efeitos do Ato nº 206, de 23 de abril de 1976.

Consta do aludido Ato nº 206, de 1976, baixado pelo Diretor-Geral do DEPRC, com respaldo na Resolução nº 7, de 14 de fevereiro de 1974, do Conselho Hidroviário, um elenco de vantagens, entre outras, diferença de proventos, revisão de proventos, complementação de aposentadoria e complementação de salários.

Mereceu a espécie, em 11 de fevereiro de 1976, o Parecer nº 3.231 do Procurador do Estado Doutor NILO DAMASCENO FERREIRA, entendendo que a matéria não encontra óbice jurídico. A manifestação foi aprovada pelo então Consultor-Geral do Estado Doutor JDSÉ MARIA RDSA TESHEINER, o qual ponderou, todavia, que a outorga indiscriminada a todos os servidores trabalhistas do DEPRC, sem dúvida provocará movimentos reivindicatórios da totalidade dos empregados da Administração Direta e Indireta em busca de identidade de tratamento.

Foram elaborados, subsequentemente, estudos relativos à repercussão financeira do "projeto" alcançando em agosto de 1980 despesa estimada superior a sete milhões de cruzeiros mensais.

Aduzindo uma série de considerações de ordem financeira e operacional, inclusive o dado de que a concessão da exploração dos serviços portuários, dada pela

União ao Estado extingue-se em 1994 e que, por não adotar tal procedimento, a Concedente não arcará com as despesas atuais ou futuras do reconhecimento de tais vantagens, expressa o Diretor-Geral do DEPRC, mencionado as dificuldades por que passa o Erário Estadual, a sua preocupação com o eventual acolhimento do "projeto".

D Senhor Secretário de Estado dos Transportes, a seu turno, solicita nova definição quanto à repercussão financeira.

Desta feita, a Autarquia conclui que a estimativa pedida é impraticável, por falta de elementos, ponderando-se na Informação nº 215/80-GPC que, no mês de novembro de 1980, foram despendidos vinte milhões de cruzeiros, sobre uma folha total mensal de noventa e dois milhões de cruzeiros, apenas na complementação salarial dos atuais beneficiários do Ato nº 206. Menciona-se, que, se concedido, o benefício será irretirável, tecendo-se considerações quanto aos problemas que a Autarquia tem enfrentado perante os Tribunais do Trabalho e que o objetivo visado é a retirada gradual da despesa com complementações.

Em 1981, o Senhor Secretário de Estado dos Transportes pede a ouvida desta Procuradoria-Geral do Estado, para novo parecer. No dia 19 de março a Procuradora do Estado Doutora EUNICE ROTTA BERGESCH reafirma as conclusões do Parecer nº 3.231, aduzindo tratar-se de questão sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade administrativas.

Em abril de 1981, o Senhor Secretário dos Transportes remete a matéria à deliberação do Senhor Governador do Estado.

Na Casa Civil, em 7 de março de 1983, o processo é enviado à Secretaria de Coordenação e Planejamento, cuja Assessoria Jurídica, de ordem, pede a ouvida do Órgão, através desta Comissão.

Entrementes, processo que paralelamente circulava nesta Casa, recebera, em dezembro de 1982, manifestação da Procuradora do Estado Doutora CLARITA GALBINSKI, na qualidade de Coordenadora da Unidade de Procuradoria e Consultoria para Assuntos de Pessoal, fazendo coro ao pronunciamento do ex-Consultor-Geral do Estado, Doutor JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER, no "sentido da não-extensão das vantagens do Ato nº 206 aos trabalhadores celitários do DEPRC", referendada em fevereiro de 1983 pelo então Procurador-Geral do Estado Doutor MÁRID BERNARDO SESTA.

É o relatório.

Preliminarmente interessa considerar que a competência emprestada pelo Decreto nº 31.127, de 15 de março de 1983, à Procuradoria-Geral do Estado (artigo 3º), exercida presentemente através desta Comissão Especial resume-se na prévia mani-

festação, quanto ao texto de resoluções de autarquias referentes a estruturação ou alteração de seus Quadros de Pessoal ou reajuste de vencimentos e salários, para oferecer subsídios ao titular do Poder Executivo quando da posterior decisão dessa autoridade, no sentido favorável ou desfavorável à homologação.

A questão ora trazida ao conhecimento desta Casa, entretanto, encontra-se instrumentalizada em um "projeto de ato" que estenderia vantagens relativas a pessoal com suporte no Ato nº 206, de 1976, do Diretor-Geral do DEPRC, embasado na Resolução nº 07, de 14 de fevereiro de 1974, aprovada pelo então Governador do Estado em 26 de março de 1976.

Falta pois, para que a Comissão possa regularmente opinar, como determina o Decreto nº 31.127, a proposição consolidada em uma "resolução autárquica", o que inócorre, provavelmente devido às notáveis circunstâncias que ressaltam do manuseio dos autos. São elas: a ausência de conveniência ou oportunidade administrativa, a ausência de recursos para o enfrentamento atual da despesa, o compromisso que o Estado terá que assumir, perante os servidores portuários, quando da extinção da concessão, as eventuais demandas equiparatórias aos que já se aposentaram ou se afastaram sob outras condições, e as eventuais demandas reivindicatórias dos servidores de outros órgãos do Estado, ligados à Previdência Social organizada pela União, para a extensão dos mesmos benefícios.

Caso, entretanto, se a entendesse competente para a análise, direi do mérito.

Releva ponderar que o estudo prévio das Resoluções Autárquicas pela Procuradoria-Geral do Estado, como institucionalizado, cuja finalidade é dar subsídios à subsequente decisão da autoridade superior competente, baseia-se na análise sistemática das matérias, procurando dar linhas estruturalmente idênticas na medida da identidade ou diversificadas na medida das peculiaridades às normas autônômicas que encerrem programas de pessoal e vantagens relativas a pessoal de tais entes descentralizados. De um lado, então, procura-se igualar sem descaracterizar e, de outro lado, coibir que medidas particulares repassem regalias ou privilégios a grupos de servidores autárquicos.

Feita esta introdução, é preciso tomar em conta que as autarquias são entes da Administração Pública estadual, gozam dos favores e privilégios da Administração Pública e os recursos que recebem e administram estão afetados à realização ou à prestação de serviços públicos.

No caso acostado, através do Ato nº 206, de 1976, houve o favorecimento de um contingente de servidores do DEPRC, antes sujeitos ao regime estatutário e que, por opção, passaram ao regime do Direito do Trabalho, com a complementação pela Autarquia dos proventos ou dos salários, quando correntes a conta da Previdência Federal, obrigação voluntariamente assumida porque não decorre de nenhum texto legal.

Desde então — 1976 — os demais celitários do DEPRC passaram a reivindicar a extensão a si da vantagem.

Dir-se-á com singeleza que, quando se trata de servidor regido pela legislação consolidada, pode o empregador — aqui a autarquia portuária — reconhecer-lhe outros direitos, como “liberalidade”.

Ora, por “liberalidade” entende-se o “ato pelo qual vantagens, bens e direitos são conferidos gratuitamente a outrem” (“Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa”, p. 732). Refazendo o período anterior, dir-se-á com singeleza que, quando se trata de servidor regido pela legislação consolidada, pode o empregador — aqui a autarquia portuária — conferir-lhe gratuitamente vantagens, bens e direitos, como “liberalidade”.

Com o devido respeito a tal ponto de vista, corrente sem eclusa na doutrina e jurisprudência do trabalho, entendo que em se tratando de empregador — pessoa de Direito Público ou pessoa de Direito Privado integrante da Administração Indireta, inclusivamente fundações e companhias subsidiárias de qualquer grau (Decreto n.º 19.801, de 1969, e Decreto n.º 20.478, de 1979), isto é, de pessoa jurídica que disponha total ou predominantemente de recursos públicos, ou originalmente públicos não há falar-se em “liberalidade”, salvo quando a medida vier consubstanciada em ato normativo de alcance a toda e qualquer categoria de servidores, indistintamente.

O empregador público — seja ou não dotado de personalidade jurídica de Direito Público — diversamente do empregador privado, não tem livre disposição da coisa pública, no caso representada pela massa de recursos que seria transferida a determinado grupo de empregados, não para contraprestar-lhes serviços ou saldar vantagens devidas em virtude de lei, mas para melhorar-lhes, para além do mínimo legal, a situação funcional, graciosamente.

Porém, o empregador público, porque antes é administrador público, como gere o que não é seu, não tem poder de livre disposição, pressuposto necessário ao cometimento de atos de liberalidade: “administração é a atividade do que não é proprietário — do que não tem a disposição da coisa ou do negócio administrado” já ensinava RUY CIRNE LIMA (“Princípios de Direito Administrativo”, Sulina, 1964, p. 23).

E mais: considerando-se que aqui se trata de ente autárquico com personalidade jurídica de Direito Público e por ele regido, estar-se-ia, no plano mesmo do Direito Público, admitindo exceção ao princípio da legalidade, quando se admitisse que o empregador-administrador não precisaria estar autorizado por lei para dar o que fosse aos seus servidores — desde que regidos pelo Direito do Trabalho quanto aos demais, submetidos ao regime institucional, o princípio da legalidade incidiria da chapá.

Estes possivelmente os motivos pelos quais há mais de década vêm se sucedendo decretos, ordens de serviços e portarias da chefia do Poder Executivo, mandando que se ouçam órgãos competentes da Administração Direta — especialmente as Secretarias da Fazenda, Administração e Coordenação e Planejamento — antes da adoção de qualquer medida relativa a pessoal que implique em despesa, medida essa que, julgada compatível, para ser posta em prática ainda depende de prévia autorização governamental expressa.

O rigor dos mecanismos de controle antecedentes à realização da despesa está, acentuadamente, a indicar que o Estado inadmita aquela noção de “liberalidade” apregoada pela doutrina e jurisprudência do trabalho a indicar que o Estado não quer que seus prepostos prodigalizem vantagens que não alcancem toda e qualquer categoria de servidores a demonstrar que o Estado precisa previamente conhecer a despesa para saber se terá receita a enfrentá-la, e, por último, porque, nessa altura já inegável, os órgãos da Administração Indireta, sejam quais forem as suas características doutrinárias, não têm recursos provenientes de bens, rendimentos e serviços capazes de suportar sequer as despesas com pessoal.

Discorre, a propósito, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“Cumpra notar, todavia, que a situação do servidor autárquico, conquanto inassimilável a do funcionário público, tal como ela é afetada pela circunstância de se tratar de relação travada entre pessoa pública e agente seu. Com efeito, o servidor autárquico expressa, ou simplesmente cumpre, conforme o respectivo escalão, a vontade da pessoa imediatamente proposta à realização de objetivos públicos. Por isso mesmo sua condição jurídica é radicalmente distinta daquela que se estabelece entre entidades privadas e seus empregados.

Se, por um lado, seu estatuto não se confunde com o do funcionário, salvo os casos de expressa extensão legal, por outro lado se distancia, com maior razão, do regime que preside as relações entre empregador e empregado.

É preciso não perder de vista o fato de que a autarquia é entidade estatal; seus interesses são interesses públicos e seus bens públicos. Devem portanto, uns e outros encontrar-se perfeitamente resguardados e assegurados, de tal maneira que tanto o serviço pertinente à autarquia, quanto seus recursos, usufruam de uma proteção especial em face de seus próprios servidores.

Salvo os casos de extensão legal não lhes assistem os mesmos direitos e vantagens do funcionário e suas condições de trabalho não são

equivalentes às deste. Outrossim difere da situação de emprego ou prestação de serviços efetuada em proveito de particulares.

Quando a lei que cria ou regula a atuação de pessoa autárquica cautelosamente afasta o regime de funcionário público, prevenindo o risco de tentativas de equiparação, e prevê a aplicação da legislação trabalhista, deve-se entender que se remete a tal disciplina na medida em que esta é compatível com a natureza pública da atividade e de suas exigências."

("Natureza e Regime Jurídico das Autarquias", 1968, Revista dos Tribunais, p. 477-481).

CONCLUSÃO.

Dando relevo ao aspecto de que o administrador, nessa qualidade, somente pode usar das verbas públicas ou das verbas repassadas dos cofres públicos para prestar ou contraprestar o que for previsto em lei considerando que a noção de *liberalidade* da doutrina e jurisprudência do trabalho é incompatível com a atividade de administrar recursos públicos; considerando que a concepção doutrinária da auto-administração dos entes da Administração Indireta ou a sua disciplina jurídica não correspondem à realidade fáctica, por estarem à míngua de recursos para o enfrentamento das próprias despesas; considerando que o déficit operacional dos órgãos estatais vem sendo penosamente absorvido pelo Estado; considerando que no caso concreto o Estado arcará sozinho com a despesa proveniente das complementações, inclusivamente após a extinção da concessão dos serviços portuários; considerando a possibilidade de eventuais demandas equiparatórias dos que se aposentaram ou se afastaram sob mais desfavoráveis condições; considerando as eventuais demandas reivindicatórias dos servidores de outros órgãos do Estado, ligados à Previdência Federal, para a extensão dos mesmos benefícios, opino, na forma e para os efeitos do Decreto nº 31.127, de 15 de março de 1983, que o "*projeto de ato*" não reúne condições de ser acolhido pelo titular do Poder Executivo. Entretanto, para que se tenha por esgotada a instrução da matéria caberia, quanto aos aspectos financeiro e orçamentário, a ouvida da Secretaria da Fazenda, nos termos do Decreto nº 31.136, de 11 de abril de 1983, artigo 2, letra "a" e artigo 4º.

Porto Alegre, 19 de junho de 1983.

Df. Gab. 827/83

Porto Alegre, 19 de junho de 1983.

SENHDR GOVERNADDR:

Trata o expediente de postulação da ASSOCIAÇÃO DDS SERVIDORES HIDROVIÁRIOS DD RIO GRANDE DD SUL visando, sob a forma de projeto de ato autárquico, a extensão das vantagens criadas pelo Ato nº 206/76 do DEPRC a todos os servidores da Autarquia regidos pela CLT.

À primeira, cumpre salientar que a solicitação do pronunciamento desta Casa é anômala, já que inexistia resolução autárquica a ser previamente examinada, a teor do disposto no artigo 3º do Decreto nº 31.127/83, mas tão-somente o projeto da mesma.

Quanto ao mérito, noticiam os autos que através do já citado Ato nº 206/76 houve o favorecimento de um contingente de servidores do DEPRC que, estando sujeitos ao regime estatutário, optaram pelo regime trabalhista, com a complementação pela Autarquia dos proventos ou dos salários, mediante obrigação voluntariamente assumida. Desde então — 1976 — os demais empregados passaram a reivindicar a extensão da vantagem para si.

Sucede que o empregador-público, como gere o que não é seu, não possui livre disposição da coisa pública. Assim sendo, não pode melhorar graciosamente, mediante liberalidade, a situação funcional de seus servidores-empregados.

Por esta razão, o anexo Parecer nº 5.200 conclui, com a minha concordância, que o projeto de ato autárquico não reúne condições de ser acolhido por Vossa Excelência.

Sirvo-me da oportunidade para reiterar-lhe o protesto de minha elevada estima e 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

LICENCIAMENTO ANUAL DE VEÍCULOS AUTOMOTORES

EULÁLIA MARIA DE CARVALHO GUIMARÃES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.437

COMPETÊNCIA NORMATIVA DO CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO para regulamentar o licenciamento anual de veículos automotores.

Vem a exame desta Procuradoria o presente expediente que versa sobre a legitimidade da determinação emanada da Chefia de Polícia deste Estado, que negou cumprimento à Resolução nº 609/83, do Conselho Nacional de Trânsito, por entender:

1. que em face do princípio da legalidade não se admite no direito brasileiro, seja a ordem jurídica inovada por resolução;
2. a impossibilidade de fato de serem vistoriados todos os veículos registrados no Estado que, somente na Capital, atingem o número de 368.090.

A determinação regional foi repudiada pelo Conselho Nacional de Trânsito que, invocando a legislação pertinente, determinou ao DETRAN o cumprimento da Resolução questionada, até que se concluíssem os estudos que determinou.

Face ao impasse, vieram os autos a esta Procuradoria.

É o relatório.

A análise do caso envolve o problema constitucional de divisão de competências.

À União, cabe, nos termos do artigo 8º, XVII, "n", da Constituição Federal, legislar sobre tráfego e trânsito nas vias terrestres, competência que não afasta a supletiva estadual, naquilo que disser com as necessidades regionais, por força do disposto no parágrafo único do mesmo artigo 8º.

Com base na competência constitucionalmente atribuída, editou a União a Lei nº 5.108, de 21 de setembro de 1966, que dispôs sobre o Código Nacional de Trânsito.

O artigo 3º da Lei mencionada, elencou, entre outros, os seguintes Órgãos integrantes do Sistema Nacional de Trânsito:

1. O Conselho Nacional de Trânsito, órgão normativo e coordenador;
2. Os Departamentos de Trânsito dos Estados, órgãos executivos.

No artigo 5º a mesma Lei tratou da competência do Conselho Nacional de Trânsito, dispondo, em seus incisos I e V, que lhe compete:

- a) zelar pela unidade do Sistema Nacional de Trânsito e pela observância da respectiva legislação; e
- b) elaborar normas padrão e zelar pela sua execução.

Vê-se, pois, tanto da regra que conceitua o Conselho Nacional de Trânsito como órgão normativo, quanto daquela que lhe fixa a competência, que ao mesmo foi conferida a faculdade de dispor sobre assuntos pertinentes ao trânsito, bem como zelar pela execução de suas normas.

Já aos Departamentos Estaduais de Trânsito ficou a competência para cumprirem e fazerem cumprir a legislação, de trânsito, não lhes atribuindo a lei função normativa.

Nessa linha de raciocínio, concluímos que encontra amparo na norma federal a Resolução nº 609/83 do CDNTRAN que determinou que uma vez paga a TRU, deveriam os contribuintes comparecer com o documento à repartição competente a fim de que esta, após vistoriar os veículos, apusesse no verso do mesmo o carimbo comprobatório do licenciamento referente ao exercício.

Reforça este entendimento o fato de que o Código Nacional de Trânsito, em seus artigos 57 e 59 trata do licenciamento dos veículos automotores e outros, o qual, nos termos dos artigos 117 e 120 do Decreto nº 62.127, de 16 de janeiro de 1968 — Regulamento do Código Nacional do Trânsito — renovar-se-á anualmente.

Importa ressaltar que a Lei nº 7.052, de 2 de dezembro de 1982, que deu nova redação ao artigo 60, do Código Nacional de Trânsito, extinguindo o uso da sobreplaca, deixou intocados os artigos 57 e 59 do mesmo Código, que tratam do licenciamento. Bem por isso é de se ter como razoável o entendimento manifestado pelo CDNTRAN, através de sua Resolução nº 609/83, que disciplina a renovação anual da licença para trafegar, por entender que a mesma não ficara abolida com a supressão do uso da sobreplaca.

Por isso, em que pesem as ponderáveis razões apresentadas pela Chefia de Polícia deste Estado, para determinar do Departamento de Trânsito deste Estado o não-cumprimento da Resolução nº 609/83, parece-nos, o Órgão Estadual não se pode furtar ao cumprimento da Resolução editada pelo CDNTRAN com fundamento na Lei nº 5.108/66, que, em nosso entender não invade competência estadual. E

isso porque, se ao Estado se atribui, na matéria, a competência supletiva para legislar, à União se reconhece o direito de editar normas, preenchendo ou não o claro onde o Estado-membro há de inserir sua regra supletiva.

Esse o ensinamento que podemos colher da lição do eminente PONTES DE MIRANDA, "in" Comentários à Constituição de 1969, com Emenda nº 1/69, Tomo II, pág. 168, "verbis":

"Uma vez que não é cumulativa a competência concorrente do artigo 8º, parágrafo único, permite que se conceitue a uma das competências como superior a outra, não porque se lhe dê mais e sim porque se lhe deixa, às vezes, o poder de escolher os próprios limites" — referia o Mestre, como competência superior a da União.

Face a todo o exposto concluímos:

1. O CONTRAN é órgão normativo integrante do Sistema Nacional de Trânsito competindo-lhe elaborar normas-padrão, zelar pela sua execução e pela observância da legislação de trânsito.
2. A Resolução nº 609/83, encontra fundamento na competência atribuída ao CONTRAN pela Lei nº 5.108/66, em seu artigo 5º.
3. Ao DETRAN como órgão executivo do Sistema Nacional de Trânsito cabe cumprir e fazer cumprir a legislação nacional de trânsito.

É o parecer, S.M.J.

Porto Alegre, 21 de outubro de 1983.

Aprovo o Parecer nº 5.437, de lavra do Procurador do Estado EULÁLIA GUIMARÃES.

Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado Extraordinário para Assuntos da Casa Civil.

Em 21-10-1983.

FRANCISCO SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

EUNICE ROTTA BERGESCH
Procurador do Rio Grande do Sul

PARECER N° 5.422

FUNDAÇÃO. ACORDO COLETIVO.

Acordo Coletivo, entre o Sindicato dos Jornalistas Profissionais de Porto Alegre e o Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Radiodifusão e Televisão do Estado e a Televisão Educativa do Rio Grande do Sul, no qual foi estendida a ambas as categorias as vantagens obtidas por uma e outra, em seus respectivos âmbitos sindicais, é aplicável a todos componentes do quadro de pessoal da TVE/RS, exceção feita aos integrantes de categorias profissionais diferenciadas e aos profissionais liberais, que não jornalistas e radialistas, estes diretamente atingidos.

O acréscimo de 40%, previsto na Cláusula 11.2. da Convenção Coletiva de Trabalho celebrada pelo Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Radiodifusão e Televisão do Estado, só será devido àquele empregado que exercer cumulativamente a chefia com as funções normais do cargo, e somente se, da incidência deste percentual sobre a remuneração do cargo resultar um valor superior à gratificação paga pela Fundação, quando esta será afastada para dar lugar àquele percentual.

Consulta o Senhor Presidente da Fundação Televisão Educativa do Rio Grande do Sul acerca da extensão do disposto no artigo 17 do Decreto Federal n° 84.134, de 30 de outubro de 1979, que regulamenta a Lei Federal n° 6.615, de 16 de dezembro de 1978, aos jornalistas, bem como aos demais servidores, independentemente de categoria profissional, por força do estipulado no item 11.2. da Convenção Coletiva de Trabalho, celebrada entre o Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Radiodifusão e Televisão e o Sindicato das Empresas de Radiodifusão, ambos do Estado do Rio Grande do Sul, tendo em vista o Acordo Coletivo de Trabalho firma-

do entre a Entidade Consulente e o já aludido Sindicato Profissional e o Sindicato dos Jornalistas Profissionais de Porto Alegre, datado de 21 de setembro de 1982.

Desde que se admita que se trata de fundação de direito privado, matéria que não será objeto de exame neste parecer, — e com o que os empregados da TVE/RS estariam excluídos da proibição de sindicalizar-se, eis que esta proibição é dirigida aos servidores do Estado e aos das instituições paraestatais, nos termos do artigo 566 da Consolidação das Leis do Trabalho — cumpre examinar o Acordo firmado pela referida Entidade com seus empregados, cingindo-se a consulta ao campo da aplicação do estipulado no item 11.2 da Convenção Coletiva do Trabalho dos Trabalhadores em Empresas de Radiodifusão e Televisão do Estado.

O que enseja a reflexão é o disposto na Cláusula Terceira do já aludido Acordo, que está redigida nos seguintes termos:

“Aplicar-se-ão a ambas as categorias profissionais os benefícios e vantagens adicionais concedidas em uma ou outra convenção coletiva, prevalecendo aquelas que, a critério dos servidores da TVE/RS, reunidos em Assembléia Geral, no máximo até 10 dias após a homologação da Convenção Coletiva de Trabalho dos Jornalistas Profissionais de Porto Alegre, que melhor se ajustem aos seus interesses e necessidades.”

Por força do acordado, somam, as duas categorias profissionais em apreço, benefícios e vantagens adicionais, alcançados por uma e outra dentro de seus limites de abrangência sindicais, havendo opção apenas se subsistirem duas vantagens de igual natureza.

Temos, por conseguinte, duas ordens de disposições. De um lado, as Convenções celebradas por Radialistas (vamos impropriamente denominar assim, daqui para frente, toda a categoria profissional abrangida pelo Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Radiodifusão e Televisão do Estado, mesmo os não amparados pela Lei nº 6.515/78, que regulamentou tal profissão) e a celebrada pelo Sindicato dos Jornalistas Profissionais de Porto Alegre, com os respectivos Sindicatos Patronais, e o Acordo Coletivo entre os aludidos Sindicatos Profissionais e a Fundação.

Nesse passo, convém acentuar que a distinção entre convenção coletiva e acordo coletivo, segundo assinala MOZART VICTOR RUSSOMANO, é feita apenas quanto à identidade dos convenientes, portanto, quanto ao número de trabalhadores atingidos, mas *“no que concerne, porém, aos seus efeitos, à natureza jurídica, aos seus fundamentos sociais e econômicos, não existe distinção entre as convenções e os acordos coletivos”*. (Direito Sindical — Princípios Gerais, José Konfino Editor, RJ, 1975, p. 157).

Não resta dúvida sobre a legalidade do celebrado acordo, que se dirigiu a relações trabalhistas mais restritas, quais sejam, as dos integrantes do quadro de pes-

soal da TVE/RS, estipulando condições mais favoráveis que as Convenções (veja-se, à propósito, o artigo 620 da CLT), pelo que deverá prevalecer sobre estas em todas as cláusulas que trouxeram mais benefícios aos empregados em questão.

Observar-se-á esse, pois é de se considerá-lo particular em relação às gerais, que são as Convenções, tendo em vista a *“regra doutrinária”* de que o *“particular, por ser específico deve primar sobre o geral, onde estão previstas as grandes linhas da convenção, distanciadas da realidade concreta”* segundo ensina o já citado MD-ZART VICTOR RUSSDMANO, que lembra, ainda, que acima de tudo deve-se colocar *“o princípio ontológico que rege toda a interpretação das convenções coletivas: sempre se aplicará a cláusula ou, se for o caso, a convenção mais favorável ao trabalhador”* (ob. cit. p. 193).

A dúvida surge, no entanto, quanto à aplicação das duas convenções, se pode ser cumulativa, com a seleção apenas das cláusulas mais favoráveis.

Entendo que a aplicação é cumulativa de uma e outra Convenção, havendo a possibilidade de opção pela cláusula mais favorável tão-só se forem apresentadas duas da mesma natureza. Toda cláusula que não encontrar similar na outra Convenção, para ensejar a opção pela mais vantajosa, vai se somar às demais para duas categorias profissionais.

Outro não pode ser o entendimento porque levaria ao afastamento de vantagens conferidas à categoria por força da Convenção, não cabendo aos empregados e empregadores contratar diferentemente.

Vedada que está a retirada de qualquer vantagem convencionada para a categoria profissional, não de somar-se, para os empregados da Fundação consulente, as vantagens de uma e outra convenção, sendo de se afastar apenas a cláusula de uma que encontre na de outra uma similar mais favorável à classe trabalhadora.

Dentre essas cláusulas, consideradas mais propícias pelos integrantes do Quadro de Pessoal da TVE/RS, pelo que se depreende da consulta formulada, está a que estabelece que *“os empregados que exerçam acumuladamente as funções de chefia receberão um adicional de 40%”* (item 11.2 da Convenção coletiva de Trabalho firmada pela categoria dos Trabalhadores em Empresas de Radiodifusão e Televisão no Estado).

Isto quer significar que todo empregado da Fundação (exceção feita aos de categorias diferenciadas e aos profissionais liberais que não radialistas e jornalistas) que exercer *cumulativamente*, frise-se bem o cumulativamente, com as atribuições normais do cargo as funções de chefia, fará jus a um acréscimo de 40% sobre a remuneração do cargo originário.

Especificamente, no caso da TVE/RS, sabe-se que foram instituídas as chefias e assessorias na forma de funções gratificadas e cargos em comissão. Representariam as primeiras um acréscimo à remuneração do cargo normal, para quem fosse empregado da Instituição, e, as segundas, a remuneração total de quem não detivesse nenhum cargo na Fundação. Isto, segundo o Plano de Classificação de Cargos, Funções e Salários do Quadro de Pessoal Suplementar e Funções de Confiança, instituído pela Resolução nº 01/81, quando ainda se tratava de Fundação Autárquica.

Ao que consta, previstos pelo Decreto nº 30.735/82, os Quadros de Pessoal Efetivo e Quadro de Funções de Confiança, ainda não foram organizados, sendo aplicado no que couber o antigo Quadro Suplementar.

Todavia, ao que parece, o exercente de chefia, no âmbito da Fundação, deixa as funções do cargo anteriormente exercido para dedicar-se, com exclusividade, à nova atribuição, tanto que lhe fica assegurado o retorno à situação original, por força do disposto no artigo 20 do Decreto nº 30.735/82 supramencionado, *in verbis*:

"O servidor da TVE/RS que for designado para um cargo do Quadro de Funções de Confiança, ao ser exonerado deste, retorna automaticamente ao seu cargo inicial, percebendo os vencimentos do cargo efetivo."

Se retorna é porque se afastou. O cargo detido, neste interregno em que exerceu a chefia, vai servir apenas como valor básico ao qual vai ser somada a gratificação pela chefia, formando um todo único que representará a remuneração daquele servidor pelo cargo de confiança desempenhado. Não há mais que se falar por outro lado, após a edição da Lei nº 7.617, de 11 de janeiro de 1982, e do Decreto nº 30.735/82, em cargos em comissão.

Se, no entanto, algum servidor exercer acumuladamente as funções normais do cargo para o qual foi originariamente contratado e as atribuições de chefia, este será beneficiário da cláusula em exame.

Mas, ainda aí, é preciso examinar se a Fundação já não remunera seu servidor pelo exercício da chefia em valores maiores do que os fixados em Convenção. Se os valores pagos, neste caso, forem superiores, afastar-se-á o estipulado no Acordo, que estende a Convenção, isto porque estes garantem apenas um mínimo, podendo o empregador dar mais.

É a própria Consolidação que disciplina a matéria:

"Nenhuma disposição de contrato individual de trabalho que contrarie normas de convenção ou acordo coletivo de trabalho poderá prevalecer na execução do mesmo, sendo considerada nula de pleno direito." (artigo 619).

Nesse sentido acentua ANTONIO ÁLVARES DA SILVA:

"A convenção sempre pressuporá um contrato de trabalho, para o qual atuará normativamente, fixando condições mínimas, nunca máximas. Estas são também nulas e contrariam a própria finalidade da convenção coletiva. Por ser um contrato regulamentar, guardará sempre conexão com uma relação jurídica concreta a que servirá de conteúdo e orientação." (Direito Coletivo do Trabalho, Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 119).

O acordado, pois, foi que a chefia, exercida cumulativamente com as tarefas normais do cargo, daria a seu exercente um acréscimo de 40% sobre a remuneração básica deste. Tal percentual remuneraria, foi essa a intenção do legislador quando da regulamentação da profissão de radialista (Lei nº 6.615/78), a chefia exercida em regime de acumulação. Não seria fruto de interpretação razoável supor-se que remunerar-se-ia o cargo mais a chefia e que sobre aquele ainda se acrescentaria 40%.

O porquê desse percentual não é outro que o de garantir uma remuneração pela chefia, se essa for encargo acrescido às tarefas normais do cargo.

É o que se depreende da leitura também do disposto no artigo 16 do Decreto regulamentador 84.134/79. Neste também foi previsto o exercício cumulativo, não de um cargo com uma chefia, mas de funções diferentes, ficando estipulado um acréscimo salarial, calculado na base de 40%, 20% ou 10%, pela função acumulada, dependendo da potência em quilowatts ou da natureza do serviço prestado pela emissora empregadora, tomando-se por base a função melhor remunerada. Também, aí, não se trata de remunerar dois cargos e, sobre um deles, calcular a chefia, que a eles se somaria. É antes a soma da função melhor remunerada mais um percentual sobre ela.

A conclusão não pode ser outra: se o servidor designado para a chefia abandonar suas atividades normais para dedicar-se à direção de determinado setor, embora mantenha a remuneração do cargo, somando-se a este o de chefia, não vai ser beneficiário da norma que teve origem na legislação própria dos radialistas, depois estendida a toda categoria dos empregados em Empresas de Radiodifusão e Televisão do Estado, por força de Convenção Coletiva, para mais adiante ser considerada para todos os empregados da TVE/RS, exceção dos integrantes de categorias profissionais diferenciadas, incluindo aí os profissionais liberais, que não os radialistas e jornalistas (beneficiários diretos) por força do aludido Acordo Coletivo.

Cabe, por ser objeto da consulta, examinar detidamente os beneficiários acima aludidos.

Duanto à categoria dos Jornalistas Profissionais e Radialistas, como profissão regulamentada, não resta dúvida quanto à abrangência, dúvida que se manifesta no tocante aos demais empregados da TVE/RS.

Entendo que vai atingir, afora os integrantes de categorias profissionais diferenciadas, porventura existentes na Empresa, não só os radialistas de acordo com a Lei nº 6.615/78, mas todo o quadro funcional, seja em funções auxiliares, administrativas ou gerais.

Duanto a este aspecto, é oportuno trazer a decisão da Comissão de Enquadramento Sindical, prevista no artigo 576 da Consolidação, que com poderes para tal emitiu a Resolução nº 325.105, de 12 de dezembro de 1979, em que esclarece, considerando dentre outros aspectos, que o enquadramento sindical dos empregados é decorrente da atividade da empresa, estarem os empregados das empresas de radiodifusão, quer sejam eles radialistas de acordo com a Lei nº 6.615, de 16 de dezembro de 1978, regulamentada pelo Decreto nº 84.134, de 30 de outubro de 1979, ou não, enquadrados sindicalmente na categoria profissional *"trabalhadores em empresas de radiodifusão e televisão"*.

Assim, todos os empregados da TVE/RS, mesmo os não compreendidos pela Lei nº 6.615/78, excetuadas as categorias profissionais diferenciadas, são beneficiários do Acordo Coletivo em exame.

Como categoria profissional diferenciada há de se entender *"a que se forma de empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em condições de vida singulares"* (artigo 511, § 3º, da CLT). São aqueles empregados que, dentro da TVE/RS, realizam um trabalho que os distinguiem completamente de todos os outros que lá exerçam suas funções.

As categorias profissionais diferenciadas estão enumeradas no Quadro a que se refere o artigo 577 do diploma trabalhista. Exemplifica-se: ascensoristas, motoristas, cozinheiros, desenhistas técnicos, artísticos, industriais, copistas, projetistas, técnicos e auxiliares, garçons, manequins, músicos profissionais, telefonistas, professores, etc.. A esses acresce-se os empregados exercentes de profissões liberais.

Quanto a estes, não vigora o princípio do enquadramento sindical pela atividade da empresa, que seria a regra, estando afastados, no caso, do que foi acordado entre o Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Radiodifusão e Televisão e o Sindicato dos Jornalistas Profissionais e a Televisão Educativa.

Releva salientar, por fim, que o Acordo Coletivo em exame, a par da louvável intenção de proporcionar uma política de benefícios equitativa para o quadro funcional da Fundação, conferindo-lhe uma série de vantagens não pré-fixadas, que ficam na dependência da opção das categorias profissionais envolvidas, e em somatório, não me parece de boa política administrativa. É de se entender assim porque não se

tratou de igualar as vantagens de duas categorias de trabalhadores, mas de somar-se vantagens obtidas por uma e outra no seu âmbito sindical, o que leva a onerar a Empresa de forma desigual em relação às outras emissoras de televisão, isto sem se considerar a parte salarial propriamente dita.

Convém que se acrescente, também, que, no caso de pretender chegar a um novo acordo, quando da expiração deste, deve ser ouvida a Administração Direta, por seus órgãos próprios, com prévia autorização do Governador do Estado (Ordem de Serviço nº 2/82, revigorada pela Drdem de Serviço nº 2/83, publicada no Diário Oficial do Estado de 31 de janeiro de 1983), dentro do espírito que norteou a edição da Drdem de Serviço nº 25/83, publicada no Diário Oficial do Estado, de 26 de julho de 1983.

Acentue-se, também, que as vantagens obtidas pelos empregados, por força deste Acordo, e que estejam sendo pagas, não podem ser retiradas mesmo que não venham a ser previstas em Acordos posteriores, segundo se conclui das lições de MOZART VICTOR RUSSOMAND (ob. cit. p. 204), ANTÔNIO ALVES DA SILVA (ob. cit. p. 118) e DÉLIO MARANHÃO, que assim se manifesta acerca da continuidade das vantagens obtidas em convenções coletivas:

"No que se refere aos contratos por ela modificados, automaticamente, ou celebrados durante o período de vigência da norma, não nos parece que, em nosso direito positivo do trabalho, possa haver outra solução: continuam regidos pelas normas da convenção extinta. É que elas se incorporam nos contratos individuais e as condições de trabalho nestes incorporadas não podem sofrer alterações, nos termos expressos do artigo 468 da Consolidação." (Direito do Trabalho, Ed. da Fundação Getúlio Vargas, 1977, RJ, p. 330).

As vantagens do presente Acordo já se encontram integradas nos contratos de trabalho individuais ora existentes, sendo irretiráveis por novo Acordo que porventura venha a ser firmado.

Do exposto, CONCLUI-SE:

1. As cláusulas contidas nas Convenções Coletivas de Trabalho dos Sindicatos dos Trabalhadores em Empresas de Radiodifusão e Televisão do Estado e dos Jornalistas Profissionais de Porto Alegre são tomadas, cumulativamente, por força do disposto no Acordo celebrado entre essas categorias profissionais e a Fundação Televisão Educativa do Rio Grande do Sul, havendo opção, apenas, quando existirem duas cláusulas da mesma natureza, sendo escolhida a mais favorável aos trabalhadores em questão, tendo em vista que são inarredáveis as vantagens obtidas por uma e outra categoria; não podendo o Acordo retirar-lhes qualquer benefício, pode conferir-lhes mais outros;

2. A Cláusula 11.2. da Convenção dos Trabalhadores em Empresas de Radiodifusão e Televisão do Estado, que previu vantagem, conferida em lei aos radialistas, como profissão regulamentada, a todos os abrangidos pelo sindicato profissional, e que, por força do Acordo, foi estendida também aos Jornalistas Profissionais da TVE/RS, só não beneficiará os integrantes de categorias profissionais diferenciadas e os demais exercentes de profissões liberais, que não radialistas e jornalistas;

3. D percentual de 40% sobre a remuneração, previsto na Cláusula 11.2., só será devido se verificado o exercício cumulativo de chefia com as funções normais do cargo exercido originariamente, restando ainda verificar se a gratificação pela chefia paga pela Fundação é maior ou menor que o montante obtido com a aplicação do aludido percentual. No caso de ser superior, afastar-se-á o acordado, em razão de o empregador estar concedendo vantagem maior. Caso contrário, deixará de incidir a gratificação conferida pela TVE/RS, para prevalecer o percentual de 40%.

É o parecer.

PDRTO ALEGRE, 10 de outubro de 1983.

Acolho as conclusões do Parecer nº 5.422, de lavra do Procurador do Estado EUNICE RDTTA BERGESCH.

Restitua-se o expediente ao Senhor Secretário de Estado da Educação e Cultura.

Em 10.10.1983.

FRANCISCD SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

REAJUSTE SEMESTRAL DE SALÁRIOS

EUNICE NEQUETE MACHADO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 5.534

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. REAJUSTE SEMESTRAL.

O reajuste salarial instituído pela Lei Federal nº 6.708, de 30 de outubro de 1979, não incide obrigatoriamente sobre gratificações que se destinem a remunerar, em caráter transitório e esporádico, condições especiais de trabalho, na forma prevista pelo art. 450 da Consolidação das Leis do Trabalho, ou que, como tais, hajam sido criadas ou estabelecidas por negociações coletivas, na forma do art. 10º daquele primeiro texto legal, presente-mente alterado pelo § 2º do art. 32 do Decreto-Lei 2.065, de 26 de outubro de 1983.

Incide, todavia, o referido reajustamento sobre as gratificações de função que deixem de ser atribuídas apenas transitoriamente, assumindo feição de parcela salarial fixa e permanente, ainda que condicionada.

Consulta a FUNDAÇÃO ZODBOTÂNICA DO RIO GRANDE DO SUL a respeito da incidência do reajustamento salarial semestral sobre gratificação de função.

2. Dispõe a Consolidação das Leis do Trabalho:

*"Art. 457 — Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, **elém do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.***

§1º — Integram o salário, não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.

§ 2º — Não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de cinquenta por cento do salário percebido pelo empregado." (grifamos)

"Art. 458 — Além do pagamento em dinheiro, compreende-se, no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações 'in natura' que a empresa por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado.

§ 1º — Os valores atribuídos às prestações 'in natura' deverão ser justas e razoáveis, não podendo exceder, em cada caso, os dos percentuais das parcelas componentes do salário-mínimo (artigos 81 e 82)."

O texto consolidado conceituou o salário como aquele quantitativo em dinheiro, acrescido ou não de valores 'in natura', nas condições previstas pelo art. 458, § 1º, pago diretamente pelo empregador ao empregado, como contraprestação de seu trabalho efetivamente prestado ou posto à disposição daquele.

Muito embora consubstancie o próprio objeto do contrato de emprego o trabalho remunerado, seja: o trabalho subordinado e a sua remuneração, tratou o legislador pátrio de distinguir, conceitualmente, salário e remuneração, para assegurar-lhes a produção de efeitos distintos.

Remuneração seria, pois, a soma de todas as vantagens auferidas em razão do pacto laboral, seja as oriundas de cláusulas essenciais de contrato — como as que referem às parcelas salariais —, sejam as oriundas de cláusulas não essenciais, como as relativas a gorjetas ou a gratificações propriamente ditas, desde que sujeitas a contínua variação.

Consoante a lição de JOSÉ MARTINS CATHARINO são espécies salariais, pagas diretamente pelo empregador, todas as que a lei enumera: comissões, percentagens, inclusive as participações em lucros, na forma prevista pelo art. 63 da CLT; as gratificações ajustadas "(de balanço ou não; a 'gratificação natalina', verdadeiro décimo terceiro salário, a de função, chamada 'comissão' no meio bancário; quaisquer outras, desde que ajustadas); 'diárias para viagem' e 'ajudas de custo', se excederem de 50% do salário percebido pelo empregado"; utilidade em geral (art. 458, "caput", e § 1º)" além dos adicionais por trabalho extraordinário, noturno, perigoso ou insalubre e mais o previsto pelo art. 470 da CLT, pela remoção imposta unilateralmente, bem como todas as parcelas contratualmente ajustadas ou de natureza normativa sindical, como os adicionais por tempo de serviço e os prêmios (Compêndio Universitário de Direito do Trabalho, Editora Jurídica e Universitária Ltda., São Paulo, 1972, volume II, págs. 441 e 442).

Compõe-se, pois, o salário, de parcelas fixas e de parcelas variáveis e, à evidência, tais parcelas constituem objeto de cláusulas do contrato individual de trabalho,

que, a teor do art. 442 da CLT e dos seguintes, é necessariamente de natureza consensual, muito embora não formal.

De sua parte, determinou o art. 468 consolidado que "nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resulte, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia". Invade, pois, a autonomia privada e se substitui ao consentimento daquele contratante ao qual toda a legislação do trabalho pretende proteger, negando validade àquelas cláusulas que lhe sejam prejudiciais.

Contudo, ressalva seu parágrafo único a possibilidade de o empregador, unilateralmente, determinar a reversão do empregado ao cargo efetivo anteriormente ocupado, fazendo-o abandonar o exercício de função de confiança, dispensando o mútuo consenso. Resguardando-lhe, por via de consequência, o direito de fazer cessar o pagamento da importância pela qual remunerava aquele exercício.

Já o art. 450 da Consolidação previu, expressamente, que o empregado pode ser chamado a ocupar em comissão, interinamente, ou em substituição eventual ou temporária, cargo diverso do que exercer na empresa, garantindo-lhe a contagem de tempo de serviço relativo àquele período e a volta ao cargo anterior.

Ora, configurando-se o afastamento do cargo efetivo como temporário, não constitui o mesmo cláusula essencial do contrato de trabalho, mas sim condição especial em que o trabalho deva ser desempenhado. As atribuições pecuniárias eventualmente pagas como remuneração pelo exercício de tais funções transitórias, mantida tal provisoriedade, ainda que se as denominem de gratificação, não integram o salário do empregado.

É de salientar-se, aqui, que a transitoriedade não há de ser característica da função em si mesma, senão que da situação em que no seu desempenho se coloque o titular de outra função efetiva.

Mas não é a tal gratificação a que necessariamente há de se referir, por via transversa, a alteração unilateral a que está autorizado o empregador pelo parágrafo único do art. 468 já referido, eis que tal forma de remuneração pode ter sido acordada entre as partes, vindo a constituir espécie salarial, ainda que condicionada, e, portanto, sujeita a termo final.

De sua vez, o art. 499 da Consolidação, que excepciona de estabilidade o exercício de cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, ressaltando-lhes, entretanto, o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos de lei, admite a possibilidade de que empregados exerçam tão-somente as funções que menciona, sem ocuparem cargo efetivo na empresa.

Daí ressalta que, mesmo funções tipicamente de confiança hão de ser remuneradas por salário, eis que incabível o estabelecimento de sobre-salários a quem não os recebe, já que desempenhadas por empregados que tenham nesta função o único vínculo empregatício com a empresa.

Da regra, é salário tudo quanto o empregador se obriga a pagar como contra-prestação do trabalho. Nem se há de negar a natureza retributiva da gratificação que se justapõe ao salário do detentor de cargo efetivo, que, interinamente, desempenhe função de confiança, mas sim reconhecer-lhe caráter de remuneração eventual, sempre que a mesma constitua objeto de ajuste tendente a atribuir-lhe caráter de contra-prestação permanente, ainda que transitória em razão da natureza da função a cujo exercício se vincula.

Podem, pois, os salários ser constituídos de um salário-base, acrescido de outros elementos que o integram. Como observa ORLANDO GOMES e ELSON GOTTSCHALK, "*o salário-base seria uma espécie de ponto de apoio para ulteriores complementações variáveis*", que somadas tanto podem vir a formar um salário global, como uma remuneração global (Curso de Direito do Trabalho, Forense, Rio, São Paulo, 5ª edição, 1972, pág. 218).

Afirmar-se, entretanto, que determinada gratificação é parcela integrante do salário é diverso de considerá-la incorporável ao salário. A este não se incorpora jamais, eis que, como contraprestação condicionada, pode ser retirada da remuneração global do empregado, sem que tal fato implique redução salarial. Como forma de remuneração condicionada ao exercício de certa função, só é devida ao empregado enquanto nesta permanecer.

3. De outra parte, a Lei nº 6.708, de 30 de outubro de 1979, instituiu a correção semestral automática dos salários, dispondo:

*"Art. 1º — O valor monetário dos **salários** será corrigido, semestralmente, de acordo com o Índice Nacional de Preços ao Consumidor, variando o fator de aplicação na forma desta Lei."* (grifamos)

Em seu art. 2º estipula os critérios de cálculo da referida correção a ser aplicada sobre "*o salário ajustado*" (sic).

O 3º dispositivo também refere a correção dos valores monetários dos salários, fazendo-a independe de negociação coletiva e autorizando a reclamação individual dos empregados.

A correção é, pois, obrigatória e automática, dirigindo-se aos salários contratualmente ajustados entre empregado e empregador.

Em seu art. 6º, novamente, se refere a salários, determinando que os dos empregados que trabalham em regime de horário parcial tenham a respectiva correção calculada proporcionalmente à correção de seu salário por hora de trabalho; explicitando seu parágrafo único que, para o cálculo da correção do salário por hora de trabalho, aplicar-se-ão os critérios descritos no art. 2º, substituindo-se o salário do empregado pelo seu salário por hora de trabalho e o salário-mínimo pelo salário-mínimo-hora.

Mais adiante, o 7º dispositivo restringe o campo de incidência da correção salarial apenas à parte fixa do salário que se componha, além dela, de parcelas variáveis, percebidas com base em comissões percentuais preajustadas; texto, hoje, substituído pelo artigo 32 do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983, que, de forma mais precisa, excluiu do reajustamento semestral todas as formas de remuneração variáveis, percebidas com base em comissões ou percentuais, e, fazendo-o alcançar somente a parte fixa do salário misto.

Da análise de tais dispositivos temos que o conceito de salário de que se utiliza a Lei 6.708/79, bem com o Decreto-Lei nº 2.065/83, não coincide com o conceito consolidado pelo art. 457 e seu parágrafo. Os textos legais ora em apreço fazem uso das expressões "*salário*" e "*parte fixa do salário misto*" para defini-los como as bases de incidência da correção monetária que instituem, fazendo expressa exclusão de tal base de incidência das remunerações ditas variáveis, porque estabelecidas em valores percentuais.

Tal exclusão se justifica: sendo, por exemplo, a comissão, remuneração estabelecida sob a forma de percentual, terá sua variação determinada pela de outro valor de referência, qual seja, o do próprio negócio realizado, o mesmo ocorrendo com as demais remunerações estabelecidas sob a forma de percentagens, que se reajustarão à razão de outros fatores sobre os quais sejam estabelecidos.

De outra parte, outras espécies salariais, atribuídas ao cargo exercido pelo empregado, que sejam fixadas percentualmente sobre seu salário-base, terão sua correção efetuada de forma reflexa à daquele.

Efetivamente, o reajuste semestral automático, tal como o concebeu a Lei em pauta, originalmente regulamentado pelo Decreto nº 84.560, de 14 de março de 1980, e, presentemente, na forma do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983, destina-se tão-somente a incidir sobre as parcelas fixas, que representem salário contratado — não importa se expressa ou tacitamente —, e pago pelo empregador ao empregado.

Daí que, por força da interpretação que jurisprudencialmente tem sido atribuída ao art. 10 da referida Lei nº 6.708, só as remunerações relativas a condições especiais de trabalho não são por ela abrangidas, desde que tenham sido objeto de criação ou ajuste por via de negociações coletivas, já que o referido dispositivo manti-

nha as datas-bases das categorias profissionais, para efeito de negociações coletivas, com finalidade de obtenção de aumentos salariais e de estabelecimento de cláusulas reguladoras de condições especiais de trabalho.

Neste sentido, dentre outras, a decisão do TST, proferida no Recurso de Revista nº 2.380/82, relatado pelo Ministro FERNANDO FRANCO, em cuja ementa se lê:

"Sendo o anuênio, a gratificação de função e o salário de ingresso condições especiais de trabalho criadas em norma coletiva, sobre as mesmas não incide o reajuste semestral da Lei nº 6.708, de 1979, face ao que dispõe o art. 10, tendo seus valores majorados quando houver a revisão da norma coletiva." (Cf. DJU, de 21 de outubro de 1983).

Com o advento do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983, as datas-bases das categorias profissionais igualmente foram mantidas para efeito de negociação coletiva, pelo § 2º do art. 31, suprimida, entretanto, a referência aos fins a serem atingidos por meio desta.

4. Conquanto possa a gratificação de função configurar contraprestação de caráter eventual, livremente concedida pelo empregador como recompensa atribuída a condição especial de trabalho, não estará ela sujeita ao reajuste semestral de que tratamos, salvo se, estatuída como um índice percentual sobre o próprio valor do salário do cargo efetivo do empregado, que será assim corrigido.

5. Entretanto, integrarão o salário se assumirem a forma de "gratificações ajustadas".

Neste sentido, dentre outras, a explícita lição de JOSÉ MARTINS CATHARINO:

"... havendo ajuste expresso, obrigando-se o empregador a pagar 'gratificação', trata-se de salário condicionado, como a de balanço e a pelo exercício de função de confiança por meio de mandato (...), ou incondicionado". (Obra citada, pág. 482).

E, na falta do ajuste expresso, admitem a doutrina e a jurisprudência, porque o faz o próprio direito consolidado do trabalho, o acordo tácito, denunciado pelas características de uniformidade, periodicidade e habitualidade de seu pagamento, que atribuem à gratificação de função natureza salarial, sentido em que se manifestara este Órgão através do Parecer nº 4.255/79, da lavra do Procurador do Estado ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH, e, como tal, sujeito à correção salarial de que se cogita.

Que outra sorte teriam aquelas parcelas de valor fixo, não estipuladas como cláusulas de condições especiais de trabalho, na forma prevista pelo art. 10 da Lei

nº 6.708 sempre referida, e, igualmente, não identificáveis com parcelas salariais variáveis — cuja majoração ou variação se determina pela alteração dos fatores sobre os quais sejam instituídas — e que tenham sido objeto de acordo entre empregado e empregador, quer expressa, quer tacitamente?

Ora, se a gratificação de função de que no presente se cuida, de caráter eminentemente retributivo, houvesse sido estabelecida contratualmente, sob a forma de percentual sobre o salário-base do empregado, estaria sujeita a acompanhá-lo em sua majoração. Lícito, portanto, o ajuste tácito ou implícito de fazer sobre ela incidir o reajuste semestral automático, de forma reflexa.

Se tal acordo a respeito da própria atualização da gratificação ajustada seria admissível sob a forma tácita, também o seria, por óbvia decorrência, de forma expressa.

E, com maior razão, portanto, sobre ela incidirão os reajustes automáticos que se destinam a proceder a obrigatória correção dos salários, vinculados forçosamente aos índices estabelecidos pelo Decreto-Lei nº 2.065/83, desde que existente — como já salientávamos — pacto relativo à concessão da vantagem, sem explícita referência à sua forma de atualização.

Neste sentido, veja-se a decisão unânime da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, relatada pelo Juiz IVÊSCIO PACHECO, proferida no Recurso Ordinário nº 4.853/80:

*"Sustenta a recorrente que a lei que rege a nova política salarial tem por finalidade a correção dos salários, não interferindo de forma alguma em cláusulas sujeitas a regras especiais, como é o caso do adicional por tempo de serviço e determinadas parcelas postuladas. Recurso improvido. A Lei nº 6.708/79 determinava a correção do salário. Por óbvio, pois, todas as verbas salariais recebidas pelo empregado devem sofrer sua incidência. Acentue-se, como o fez a r. decisão recorrida, que 'a regra de sentido abrangente do art. 1º da Lei 6.708/79 só encontra exceção no próprio corpo do diploma, quando exclui do campo de sua incidência as remunerações variáveis (art. 7º)'. Ora, constitui regra da melhor hermenêutica que ao intérprete não se autoriza fazer distinções onde o legislador não o fez." ("Apud" B. CALHEIROS BOMFIM e SILVERIO DOS SANTOS, **Dicionário de Decisões Trabalhistas**, Edições Trabalhistas S/A, 18ª ed.).*

Em idêntico sentido, o Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, em decisão proferida no Recurso Ordinário nº 91/81, relatado pelo Juiz JOSÉ DO ESPÍRITO SANTO CARVALHO:

"Não só o salário propriamente dito, como também as demais verbas dele integrantes, desde que não variáveis, são passíveis de correção semestral." (ob.cit., p. 154).

Igualmente, assim o decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, no acórdão unânime prolatado nos autos do Recurso Ordinário nº 2.527/80, em que foi relator o Juiz GUSTAVO PENA DE ANDRADE:

"O art. 1º da Lei nº 6.708/79 determina a correção do salário pelo índice nacional de preços ao consumidor, abrangendo, por não fazer qualquer distinção, todas as parcelas de natureza salarial, de acordo com a enumeração do § 1º do art. 457 da CLT."

E, especificamente sobre as gratificações percebidas pelo desempenho de função de confiança:

"Enquanto o empregado está no exercício de cargo de confiança, percebendo gratificação por esse desempenho, tem direito a ela. Se há norma determinando, sem restrições, reajuste salarial, este abrange, também, a gratificação de função, porque é de natureza salarial." (Acórdão TRT da 3ª Região, 2ª Turma, Processo RO 2.167/80, Relator Juiz ODILON ROORIGUES DE SDUSA, "apud" Dicionário citado, p. 294).

5. No caso em tela, a referida gratificação de função foi instituída através da Resolução nº 05, de 23 de maio de 1974, da Junta de Administração da Fundação, fato que lhe confere aquelas características de habitualidade, periodicidade e uniformidade de que se devem revestir as parcelas integrantes do salário, fazendo parte, pois, de salário dos servidores a quem haja sido concedida, em valor fixo e sem prazo determinado.

Contudo, cumpre-nos ressaltar que, embora inegável a natureza salarial da gratificação acordada nos termos acima expostos, tal parcela não sofrerá a incidência da correção monetária semestral a que se sujeitam os salários, em geral, se houver sido concedida sob a forma de percentual.

6. POR TODD O EXPOSTO, opino no sentido de que não incide obrigatoriamente o reajuste semestral instituído pela Lei nº 6.708/79, e na forma estabelecida pelo Decreto-Lei nº 2.065/83, sobre gratificações de função não ajustada — que representem remunerações livre e esporadicamente concedidas pelo empregador ao empregado, em razão do exercício em condições especiais de trabalho, tais como as estabelecidas em "quantum" fixo, não permanente, e relativas a cargos de confiança, em comissão, que, interinamente, ou em substituição eventual ou temporária, o empregado seja chamado a desempenhar (art. 450 da CLT); e no sentido da incidência da correção semestral automática sobre as gratificações de funções ajustadas, por via da concessão que delas se fez for-

malmente pela Fundação consultante, a todos os empregados em razão da função que de fato exerçam, ressalvadas as hipóteses de que as mesmas tenham sido estipuladas em valor variável, resultante de percentual.

Ainda ressaltamos que aos ocupantes de cargos de confiança, que não titulem outro cargo nos quadros da empresa, a remuneração — desde que se componha, exclusiva ou parcialmente, de quantitativos fixos — é salário, que em tais parcelas fixas igualmente se sujeita aos reajustes semestrais, sob pena de condenar-se a contraprestação pecuniária de seu trabalho ao congelamento, o que seria atentatório contara o princípio da preservação dos ganhos do trabalhador, impedida igualmente a majoração indiscriminada.

Por fim, alertamos, por oportuno, que a regra, de que a correção salarial de cada categoria funcional não alcança o salário do empregado admitido após a concessão da mesma, não se aplica às empresas que adotem quadro de pessoal organizado em carreira e em que tal atualização deva incidir sobre os respectivos níveis ou classes de salários (art. 5º, parágrafo único da Lei nº 6.708/79 e art. 33, parágrafo único do Decreto-Lei nº 2.065/83).

É o parecer, S.M.J.

Porto Alegre, 02 de janeiro de 1984.

Of. Cab. 2/84

Porto Alegre, 02 de janeiro de 1984.

SENHOR GOVERNADOR:

A FUNDAÇÃO ZOOBOTÂNICA DO RIO GRANDE DO SUL consulta a respeito da incidência do reajustamento salarial semestral sobre gratificação de função.

A orientação da Procuradoria-Geral, consubstanciada no Parecer nº 5.534 da Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos de Pessoal, é no sentido da não incidência obrigatória do reajuste semestral, instituída pela Lei nº 6.708/79, na forma estabelecida no Decreto-Lei nº 2.065/83, sobre gratificações de funções não ajustadas — que representam remuneração livre e esporadicamente concedidas pelo empregador ao empregado em razão do exercício em condições especiais de trabalho na forma do artigo 450 da CLT e do § 2º do artigo 32 do Decreto-Lei nº 2.065,

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

de 26 de outubro de 1983; e no sentido da incidência da correção semestral automática sobre gratificações de funções ajustadas, por via de concessão que delas se faz normalmente pela Fundação consulente, a todos os empregados em razão da função que de fato exerçam, ressalvadas as hipóteses em que as mesmas tenham sido estipuladas em valor variável, resultante de percentual.

As conclusões do Parecer retroreferido têm a minha aprovação e submeto-as à apreciação de Vossa Excelência, oportunidade em que lhe reitero protestos de elevada estima e consideração.

FRANCISCO SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

ASSUNTOS MUNICIPAIS

REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS

ALDO LEÃO FERREIRA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

PARECER Nº 5404

SERVIDOR MUNICIPAL.

Seu regime jurídico, de regra, é o estatutário e, só excepcionalmente, pode ser adotado o da legislação trabalhista.

Inconstitucionalidade de lei municipal que determinou obrigatoriamente a adoção do regime celetista para o ingresso de servidores nos seus quadros permanentes, vedado o estatutário.

Só para serviços de caráter temporário e função de natureza técnica, inexistindo lei que discipline regime especial, é que se admite a aplicação da legislação trabalhista.

Deve o Prefeito deixar de aplicar tal lei, dado o seu vício, e solicitar à Câmara Municipal a sua revogação.

O SENHOR SECRETÁRIO DA PREFEITURA DE RDDEIO BONITO, de ordem do Senhor Prefeito, tendo em vista a Lei Municipal nº 614, de 22 de agosto de 1983 — a qual seguiria os moldes da Lei Federal nº 6.815, de 11 de dezembro de 1974 — que dispôs sobre a aplicação da legislação trabalhista aos novos servidores admitidos para os quadros permanentes da Municipalidade, vedada a nomeação pelo regime estatutário, consulta se a estabilidade dos mesmos seria, ou não, de dois anos de serviços, como para os estatutários.

É o relatório.

Esse diploma legal determinou que, a partir de sua aplicação (artigo 6º) fosse aplicado aos novos servidores admitidos nos quadros permanentes da Municipalidade, inclusive por concurso público, somente o regime celetista, vedado o estatutário (artigo 2º e parágrafo único), assegurando-se, aos mesmos, avanços e adicionais por tempo de serviço.

Aos servidores estatutários, permitiu esse diploma, o direito de opção pelo novo regime, com renúncia aos direitos adquiridos, exceto a remuneração (artigo 3º).

Aos Municípios, face a sua autonomia (CF-artigo 15, II, "b"), cabe estabelecer o regime de seus servidores, observando os parâmetros mínimos da Carta Magna Federal (CF — artigos 97 a 108).

Esses parâmetros estão erigidos à categoria de *princípios* a serem atendidos obrigatoriamente pelos Estados e Municípios, nos termos do seu artigo 13, V.

Visa essa iniciativa constitucional a estabelecer simetria de posições entre a União, os Estados e Municípios.

Tanto isso é verdade que, por norma expressa do artigo 108, do Diploma Constitucional Federal, a Seção VIII, aplica-se aos funcionários daquelas pessoas de direito público, o que pressupõe que todas elas tenham seus serviços estruturados de acordo com as normas constitucionais.

Tais normas, observa HELY LDPES MEIRELES,

"Visam a estabelecer o equilíbrio entre o Poder Público e seus funcionários, para que a supremacia do Estado não amesquinhue os que o servem, nem estes se armem de vantagens prejudiciais ao Serviço Público. Estas regras constituem um 'minimum' a ser observado pela Administração, quer quanto às exigências do serviço, quer quanto à situação de seus funcionários." (Direito Administrativo Brasileiro, pág. 353).

Na realidade, como observa o mestre paulista, *"o regime estatutário é o que melhor atende aos sistemas e necessidades do Serviço Público local, porque, somente dispondo da faculdade de impor e alterar unilateralmente as normas disciplinadoras da vinculação jurídica de seu pessoal, pode a Administração Municipal agir com liberdade — limitada apenas pelos preceitos constitucionais pertencentes ao funcionalismo para assegurar o pleno atendimento de seus objetivos com a continuidade, a segurança e o rendimento desejados"*. (Direito Municipal Brasileiro, 3ª Ed. da refundida Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1977, pág. 663).

De conseqüência, a admissão e contratação de funcionários públicos pelo regime celetista, só, excepcionalmente, pode ser admitida, porque o regime estatutário é típico da função pública.

Na verdade, a Administração Pública só pode afastar-se do regime estatutário, que é estabelecido por normas de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, nas hipóteses previstas no artigo 106, Constituição Federal.

Esse entendimento, aliás, é uniforme nessa Casa, como se pode ver, entre outros, dos Pareceres nº 1198, da lavra do Procurador BARTOLDME BORBA; nº 1895, de ALMIRO DO COUTO E SILVA; nº 2149, de MANOEL ANDRÉ DA ROCHA; nº 3190, do então Consultor-Geral e atual Juiz de Alçada, Oator JOSÉ MARIA DA ROSA TESHEINER e o de nº 5004, de MARILIA DE OLIVEIRA AZEVEDO.

Disso difere clara e insofismavelmente que as admissões e contratações pela Legislação Trabalhista são uma exceção dentro da função pública, por constituírem flagrante anomalia às normas constitucionais que a regem. Assim, somente quando existir lei especial expressa é que o Município poderá determinar a seus servidores a aplicação do regime celetista e não o estatutário.

Na realidade, o artigo 106 da Carta Federal proclama que o regime jurídico, dos servidores admitidos em caráter temporário, ou contratados para função de natureza técnica-especializada será estabelecido em Lei Federal.

Inexistindo dita lei, tem se entendido que poderá ser aplicada, nesses casos, e somente neles, a legislação trabalhista, ou, então, a Lei Local que estabelecerá o regime dos mesmos. (Cf. HELY LOPES MEIRELLES, *Oireito Administrativo Brasileiro*, Ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1977, pág. 375; JDAOUM CASTRO AGUIAR, *O Servidor Municipal*, Rio de Janeiro, 1970, págs. 78 e segs.; CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO, apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos, São Paulo, 1972, pág. 58; DIOGO OE FIGÜEREDO MDREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo*, 2ª. ed., Rio, Forense, 1974, pág. 254; CAIO TÁCITO, *Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 1975, págs. 315-7; OSWALDO ARANHA BANOEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Rio, Forense, 1974, vol. 2º, págs. 345-7 e 322-3).

Por outro lado, esse dispositivo torna evidente a existência de um regime próprio dos funcionários públicos, na medida que *excepciona* os servidores admitidos em serviço de caráter temporário e função de natureza técnica. Assim, aos servidores públicos, de regra, não se aplica o regime da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), mas o que é próprio da função pública, o estatutário.

É o que adverte o mestre HELY:

"O artigo 106 da Constituição da República não contém imposição, mas faculdade concedida às Administrações Federal, Estadual e Municipal. Todavia, somente poderá admitir servidores na forma do Estatuto dos Funcionários, isto é, mediante concurso público e observância das demais normas constitucionais, legais e regulamentares pertinentes ao funcionalismo ou contratá-los segundo o preceituado na legislação trabalhista." (Direito Municipal Brasileiro, cit. pág. 667).

É, pois, inconstitucional a Lei Municipal nº 423/80, por ferir as normas constitucionais que regem a função pública.

Ora, os Municípios, em matéria de servidores públicos, estão sujeitos aos parâmetros constitucionais.

De outra parte, não tendo o Município consulente estabelecido em *lei especial* o regime jurídico dos servidores admitidos em *serviços de caráter temporário* ou contratados para funções de natureza técnica especializada (CF — artigo 106), só a esses é que, excepcionalmente, pode aplicar a legislação trabalhista.

Na verdade, o regime estatutário é o próprio da Administração Pública, não o celetista.

A Lei Federal nº 6.185, de 11 de dezembro de 1974 “data venia” sofre, como a Municipal nº 614/83, o vício de inconstitucionalidade, por ferirem as normas constitucionais que regem a função pública.

Sabido é que o primado das normas constitucionais representa um princípio fundamental do nosso sistema jurídico.

Oiante disso, a doutrina pátria tem admitido que a Administração Pública pode deixar de aplicar a lei por inconstitucional.

Isso, já proclamava CARLOS MAXIMILIANO, nos comentários à Constituição de 1981 (nº 226), ensinamento que, seguido por THEMISTOCLES BRANÃO CAVALCANTI (O Controle da Constitucionalidade, Forense, Rio de Janeiro, 1966, pág. 180); JOSÉ FREOERICO MARQUES (*apud* ROBERTO ROSAS, “Comentários ao C.P.C., Vol. V, pág. 21); LUCIO BITTENCOURT (“O Controle da Constitucionalidade das Leis, pág. 92).

No direito comparado, encontramos semelhante entendimento, entre os autores franceses HAURIOU e CARRÉ DE MALBERG, e, entre americanos, amparado na jurisprudência, W. WILLOUBY (“Principles of the Constitutional Law of the United States, § II).

Esses ensinamentos têm sido ratificados pelos Tribunais Pátrios. Assim, o Tribunal de Justiça de São Paulo já proclamou, “se a autoridade entende que a lei é inconstitucional, cabe-lhe o direito de não executá-la”. (Rev. de Dir. Adm., Vol. 72, pág. 224).

O plenário do Supremo Tribunal Federal, isso também, ratificou: “O Poder Executivo não é obrigado a cumprir leis que considere inconstitucionais”, (RTJ, Vol. 48, pág. 14; Rec. em MS — 14.136, OJU, de 30 de novembro de 1966, pág. 4189).

Assim, deve o consulente deixar de cumprir o citado diploma legal, face ao seu vício fundamental.

De outra parte, deve levar tal manifestação à Câmara de Vereadores para que essa, no exercício do poder-dever constitucional da defesa e guarda da Constituição, sem recorrer à arguição de inconstitucionalidade, revogue, ab-rogando a malsinada lei, face aos seus poderes explícitos e implícitos de agir para adequar seus atos à Constituição, dada à mácula da mesma (CF. LUCIO BITTENCOURT, ob. e pág. cit.).

Eventuais opções de funcionários estatutários pelo regime celetista devem ser tornadas sem efeito.

A estabilidade dos funcionários municipais do consulente é regida pelo Estatuto dos Servidores Municipais.

É o nosso parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 29 de setembro de 1983.

ACOLHO a conclusão do Parecer nº 5.404, de lavra do Procurador do Estado ALOO LEÃO FERREIRA.

Restitua-se o expediente à Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Municipais, com vistas à sua remessa à autoridade consulente.

Em 29.09.1983.

FRANCISCO SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

TAXA DE CONSERVAÇÃO DE ESTRADAS

MARIA IZABEL RIBEIRO DE ARAÚJO FONYAT
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Civil na UNISINOS

PARECER Nº 5445

TAXA DE CONSERVAÇÃO DE ESTRADAS.

É constitucional a sua criação.

Cabe ao legislador local, face à inconstitucionalidade da lei municipal em vigor, instituir um critério quantificador do tributo que tem como base de cálculo o custo do serviço.

Encaminhamento de sugestões a respeito.

O PREFEITO MUNICIPAL DE PORTO XAVIER solicita um parecer desta Procuradoria-Geral do Estado, sugerindo uma base de cálculo para a Taxa de Conservação de Estradas, distinta daquela estabelecida para o Imposto Territorial Rural.

Informa aquela autoridade que o retorno do Imposto Territorial Rural é ínfimo enquanto que em relação à taxa mencionada prevê-se uma arrecadação de três milhões de cruzeiros para o ano de 1983.

Outrossim, esclarece que "os proprietários rurais vinham aceitando pacificamente esta Taxa pois entendiam da sua necessidade para terem suas próprias estradas em condições de tráfego, no entanto, daí a razão desta consulta, um Vereador da oposição está reunindo elementos e ameaçando esta Prefeitura com mandado de segurança conforme se depreende na indicação feita pelo Legislativo e requerimento protocolado nesta Municipalidade, conforme cópias anexas.

Foi anexado ao expediente cópia do Decreto-Lei nº 45/67 que cria a Taxa de Conservação de Melhoramento das Estradas Municipais e dá outras providências.

É o relatório.

De acordo com o disposto no artigo 13 item I, da Constituição Federal, as taxas são tributos arrecadados em "razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição".

Tem-se aí o conceito constitucional de taxas, permitindo-se à União, Estados e Municípios a sua cobrança.

Segundo HELY LOPES MEIRELLES existem os serviços públicos próprios do Estado, competindo privativamente ao Poder Público prestá-los à coletividade, tais como os de polícia, defesa nacional, justiça, preservação da saúde pública e outros. Já os serviços de utilidade pública são os que o Poder Público presta diretamente ou por delegação, a quem deles quiser utilizar-se, mediante remuneração. Exemplos dessa modalidade, são os serviços de transporte coletivo, os de fornecimento de energia elétrica, gás, telefone e outros. (Direito Municipal Brasileiro, 4ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, pág. 297).

"Ora, os Municípios desenvolvem intensa atividade de conservação, manutenção e limpeza de vias públicas municipais, algumas situadas na área urbana, outras na área rural. Todas estas atividades caracterizam nitidamente serviço público municipal, de tal sorte que inequivocamente ensejam cobrança de taxas". ("A taxa de conservação de estradas municipais". Geraldo Ataliba. Município Paulista. Aspectos Jurídicos, São Paulo (15) — 7-16, out/dez 1979).

Através da Súmula nº 348 o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de que é constitucional a criação de taxa de construção, conservação e melhoramento de estradas.

No entanto, a lei não pode atribuir às taxas, base de cálculo igual à que tenha servido para a incidência dos impostos (artigo 18, § 2º, da Constituição Federal).

Por igual, estabelece o parágrafo único do artigo 77, do Código Tributário Nacional:

"A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas".

O Pretório Excelso sumulou a respeito:

"É inconstitucional a taxa municipal de conservação de estradas de rodagem cuja base de cálculo seja idêntica à do imposto territorial rural". (Súmula nº 595).

Os estudos doutrinários sobre o assunto, conduzem a uma orientação no sentido de que o *custo do serviço* é o critério mais razoável a ser adotado na base de cálculo dessa taxa.

Já o imposto territorial rural tem como base impositiva o valor fundiário, de acordo com o disposto no artigo 30 do Código Tributário Nacional.

O Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64) prevê quais os fatores que hão de ser considerados para a base de cálculo do imposto territorial rural:

Artigo 49 — As normas gerais para fixação do imposto territorial obedecerão a critérios de progressividade e regressividade, levando-se em conta os seguintes fatores:

I — os valores da terra e das benfeitorias do imóvel;

II — a área e as dimensões do imóvel e das glebas de diferentes usos;

III — a situação do imóvel...

IV — as condições técnicas e econômicas de exploração agropecuária-industrial;

V — a natureza da posse...

VI — a classificação das terras e suas formas de uso e rentabilidade;

VII — a área total agricultável...

Busca-se com a taxa ora questionada, um critério de repartição do custo do serviço, um fator de rateio desse custo (área do imóvel), pelo beneficiário do serviço prestado e não a mesma base de cálculo do imposto territorial rural.

"Frise-se bem: a área do imóvel é irrelevante para a fixação da base de cálculo da taxa. Somente após fixado o valor global a ser arrecadado (base de cálculo) é que, numa segunda etapa, como critério de distribuição de custo do serviço, se vai valer da área de cada imóvel beneficiado efetiva ou potencialmente.

Ainda que se queira ignorar essa importantíssima distinção e mesmo que se queira considerar (erroneamente) que a área seja a base de cálculo da taxa, ainda assim, não haverá infringência ao texto constitucional, pois a área do imóvel não é base de cálculo do Imposto Territorial Rural". (Geraldo Ataliba, op. cit., págs. 14-15).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal tem decidido sempre no sentido de que o critério de cobrança da taxa de conservação de estradas calculado sobre a área, isto é, sobre o número de hectares das propriedades rurais é ilegal e inconstitucional, porque coincidente com o do imposto territorial rural.

Cita-se, entre outros, os seguintes acórdãos proferidos mais recentemente pela Suprema Corte do país, adotando dito entendimento.

RE nº 91.293-2-SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro DÉCIO MIRANOA. Em 1 de outubro de 1980:

Taxa de Conservação de Estradas e Caminhos. Calculada à base de divisão da despesa do Município na conservação das vias interiores de comunicação terrestre, dividida proporcionalmente à superfície de cada propriedade rural, é considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, consoante numerosos precedentes, porque coincidente em parte o critério de imposição com o do Imposto Territorial Rural".

RE nº 92.142-7-SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro LEITÃO DE ABREU. Em 12 de novembro de 1980:

Base de cálculo divorciada do fato gerador da taxa, qual seja o critério de mensuração do serviço prestado com exclusivo índice em área de imóveis rurais, importa no desvirtuamento daquele tributo, transfigurando-o em verdadeiro imposto sobre o patrimônio".

RE nº 94.397-8-SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro MOREIRA ALVES. Em 27 de maio de 1981:

"É inconstitucional, por representar imposto dissimulado, taxa municipal de conservação de estrada que toma como base de cálculo as despesas anuais de conservação de todas as estradas do município e o número de hectares de toda a zona rural respectiva."

RE nº 94.592-0-SP. 1ª Turma. Relator Ministro SOARES MUÑOZ. Em 16 de junho de 1981:

"Jurisprudência tranqüila e reiterada do Supremo Tribunal Federal no sentido da inconstitucionalidade das leis municipais consoante as quais o custo do serviço será dividido pela área total dos imóveis rurais do Município, propiciando a fixação da importância a ser cobrada, por hectare, de cada contribuinte."

RE nº 94.633-1-SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro SOARES MUÑOZ. Em 24 de junho de 1981.

"Jurisprudência pacífica e reiterada do Supremo Tribunal Federal no sentido da inconstitucionalidade de legislação municipal que institui a chamada taxa de conservação de estradas de rodagem, dividindo o custo do serviço pelo valor venal da propriedade ou número de alqueires".

Portanto, a respeito do Decreto-lei nº 45/67 do Município de Porto Xavier, de 20 de dezembro de 1957, que institui a taxa de conservação de estradas municipais, cumpre que se diga o seguinte:

a) é constitucional e legal quanto à instituição da referida taxa;

b) é inconstitucional e ilegal face à jurisprudência do STF, quanto ao critério de cobrança da mesma taxa, definido em seu artigo 3º, prescrevendo:

"A base de cálculo da taxa será o custo, estimado, dos serviços específicos a serem realizados no exercício, divididos proporcionalmente entre todas as propriedades rurais do Município a serem atingidas, direta ou indiretamente, pelas obras".

Assim, sob a égide da lei municipal em vigor, insurgindo-se os contribuintes contra a cobrança da mencionada taxa, obterão, por certo, no judiciário, decisões proferidas a seu favor, quando do atendimento dos pedidos de prestações jurisdicionais que forem ajuizados.

A Procuradoria-Geral da República, recebendo o respaldo do Supremo Tribunal Federal, pronunciou-se sobre a taxa de conservação de estradas por ocasião do RE nº 83.952, tendo sido transcrito o parecer do referido órgão, por ocasião do voto emitido pelo Ministro-Relator XAVIER DE ALBUQUERQUE.

"Exemplo disso é a ora discutida taxa de conservação de estradas. É lícita a sua cobrança pelos municípios, e já o afirmara o Pretório Excelso no regime da Constituição de 1946 (Súmula 348). Todavia, por ausência de criatividade ou adequada assessoria, preferem os administradores locais recorrer à imitação e repetir os erros alheios, fazendo incidir o tributo, clara ou veladamente, sobre a dimensão da propriedade rural, elemento utilizado no cálculo do imposto territorial". (Município Paulista. Aspectos Jurídicos, São Paulo, (6): 54, jul/set 1977).

Conseqüentemente, se há de buscar como base imponível da taxa cogitada, fatores que não estejam incluídos no suporte fático do artigo 49, do Estatuto da Terra, antes transcrito, os quais já são ali cogitados para a base cálculo do imposto territorial rural.

Cabe ao legislador municipal instituir, pois, um critério quantificador do tributo que tem como base de cálculo o custo do serviço, desde que não esbarre com a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, antes apontada.

Considerando-se, pois, a Súmula nº 348 do Supremo Tribunal Federal no sentido de que é constitucional a criação da taxa de conservação de estradas, bem como a informação do Prefeito Municipal no sentido de que existe uma previsão para o

ano de 1983, em termos de arrecadação da mesma, no valor de três milhões de cruzeiros, encaminha-se ao consulente um estudo a respeito da referida taxa, realizado nesta Procuradoria-Geral do Estado, através do Parecer nº 3.277, de 20 de abril de 1976, emitido pelo Procurador Fiscal NELSON MONTEIRO FILHO, publicado na Revista da Procuradoria-Geral do Estado, nº 14, págs. 271-277.

Ali sugeriu-se *"que a lei estabeleça com clareza e objetivamente, (a) que o fato gerador da taxa é a utilização efetiva ou potencial do serviço de conservação de estradas de rodagem municipais; (b) que os contribuintes são os proprietários ou possuidores de áreas rurais marginais às estradas municipais conservadas ou a elas ligadas por servidão ou passagem forçada; (c) que a base de cálculo é o custo global do serviço, considerada a estimativa orçamentária para cada exercício financeiro em que a taxa é arrecadada; (d) que a alíquota é representada pelo quociente da divisão da base de cálculo pelo número de contribuintes lançados para pagamento do tributo, em cada exercício fiscal"*.

De outra parte, cumpre informar que a Procuradoria-Geral de São Paulo, através do Parecer nº 8.636, do Procurador do Estado ARNALDO CARDINALI SEGALA, orientou-se no sentido de que a taxa de conservação de estradas deve ser cobrada mediante lançamento do curso da obra em cada Km.

Segundo essa última orientação, *"o temário oferece alguma complexidade, mas, as dificuldades poderão ser superadas com a adoção da sistemática que vem sendo seguida pelas comunas do Estado de Minas Gerais, que atribui o 'quantum' das taxas devidas pelos usuários com base na distância de acesso às propriedades rurais servidas pela rodovia municipal, através de um escalonamento perfeitamente admissível; a taxa tem um valor decrescente à medida que as propriedades atingidas pelo serviço de conservação se distanciam do centro urbano, isto é, paga taxa maior aquele proprietário que possua a sua gleba mais próxima da cidade, e, obviamente, menor aqueles que se encontrem em locais mais longínquos"*. (Mun. paul. Aspectos Jurídicos, São Paulo, (8): 116, jan/mar 197B).

Oiante do exposto, cabe ao Município, de acordo com as sugestões apontadas, optar por aquela que julgar mais conveniente.

Concluindo:

— Conforme a Súmula nº 348 do Supremo Tribunal Federal, é constitucional a criação de taxa de conservação de estradas;

Considera-se *"inconstitucional a taxa municipal de conservação de estradas de rodagem cuja base de cálculo seja idêntica à do imposto territorial rural"*. (Súmula nº 595 do Supremo Tribunal Federal);

— Os estudos doutrinários a respeito do assunto concluem ser o custo do serviço a escolha mais razoável para a base de cálculo dessa taxa, distinta, pois, da base impositiva do imposto territorial rural, que é o valor fundiário;

— Busca-se, pois, um critério de repartição do custo do serviço, pelo beneficiário do serviço prestado;

— Entretanto, adotado como tal, a área do imóvel, o Supremo Tribunal Federal tem decidido pela inconstitucionalidade da referida taxa, porque coincidente sua base de cálculo com a do imposto territorial rural;

— Conseqüentemente, cabe ao legislador local, face à inconstitucionalidade da lei municipal ora em vigor, instituir um critério quantificador do tributo, que tem como base de cálculo o custo do serviço, desde que não esbarre com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, evitando coincidi-lo com qualquer dos fatores considerados para a base de cálculo do imposto territorial rural, previstos no artigo 49 do Estatuto da Terra.

— Encaminhamento de sugestão a respeito.

É o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 1º de novembro de 1983.

Acolho a conclusão do Parecer nº 5.445, de lavra do Procurador do Estado MARIA IZABEL DE ARAÚJO RIBEIRO FONYAT.

Restitua-se o expediente à Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Municipais, com vistas a sua remessa à autoridade consulente.

Em 1º.11.83.

FRANCISCO SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

ISENÇÃO TRIBUTÁRIA

NILO VARGAS
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 5.429

ISENÇÃO POR PRAZO DETERMINADO.

É irrevogável a isenção concedida por prazo determinado e sujeita ao cumprimento de condição prevista na lei que a autoriza (Súmula 544).

Aplicação dos artigos 178 e 179 do Código Tributário e 153, § 3.º, da Constituição Federal.

Irrelevante o fato da indústria beneficiada situar-se em área de território emancipado do antigo município. Direitos e obrigações transferidos por sub-rogação.

O Vereador GERALDO JOSÉ THEISEN, na condição de líder da bancada do PDS na Câmara Municipal de Charqueadas, encaminhou ofício à Procuradoria-Geral do Estado solicitando pronunciamento desta Casa sobre exigência da administração no sentido de que a empresa AÇOS FINOS PIRATINI S.A. passe a recolher aos cofres do Município os impostos municipais a que estão sujeitos os contribuintes, na sua generalidade.

Esclarece o consulente que a empresa em questão encontra-se ao abrigo da isenção de pagamento dos impostos municipais pelo prazo de 30 anos, a teor das leis locais de números 65, de 14 de outubro de 1953, e 128, de 25 de agosto de 1955, e do Decreto Municipal n.º 69, de 14 de junho de 1962, cujos textos foram anexados por fotocópia.

A questão colocada na consulta consiste em determinar se, a despeito das leis que outorgaram o benefício fiscal à AÇOS FINOS PIRATINI, pode a Administração Municipal exigir o pagamento dos impostos que seriam devidos, se inexistentes os referidos diplomas legais.

Nenhuma informação foi prestada sobre se, posteriormente à edição das leis e decreto mencionados, lei ou ato administrativo revogaram a isenção de que se trata.

É o relatório.

Observo que o Município de Charqueadas emancipou-se recentemente, tendo sido desmembrado do território de São Jerônimo. A referência torna-se necessária porque essa circunstância talvez tenha influenciado o procedimento da administração municipal, a ponto de levá-la a concluir que a relação jurídica anteriormente cristalizada tivesse sido rompida pelo fenômeno da emancipação.

Colocada a observação, passo ao exame da situação, como um todo, para voltar a esse aspecto nas conclusões.

Como ensina JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, em sua já clássica obra "Isenções Tributárias", em virtude do princípio da supremacia da Constituição, "a teoria jurídica da isenção tributária há de apoiar-se em normas constitucionais que autorizam e delimitam o exercício da competência tributária pelo legislador ordinário. Radica na própria Constituição Federal o poder de isentar". (Op. cit., pág. 30).

Como decorrência dessa superlegalidade, que limita e condiciona o exercício do poder conferido ao legislador ordinário (SAINZ DE BUJANDA), ou, no dizer de ALIOMAR BALEIRO, fixa as "limitações constitucionais ao poder de tributar", no trato do problema das isenções devem ser observados três princípios constitucionais básicos, a saber:

- 1º) — princípio da legalidade ou da reserva legal (artigos 19, I, e 153, § 2º);
- 2º) — princípio de justiça (artigos 23, § 6º, e 153, § 1º);
- 3º) — princípio de segurança (artigo 153, § 3º).

O respeito ao princípio da legalidade dos tributos põe os contribuintes ao abrigo da Constituição, evitando que os agentes da administração pública tomem em suas mãos o poder de tributar, reservado apenas ao legislador. Assim, *como regra*, o poder de isentar decorre do poder de tributar, podendo ser dito que somente o legislador com competência para impor o tributo, na órbita atingida por suas leis, pode excluir o crédito tributário pela isenção.

Tal princípio sofre exceções no direito tributário brasileiro, como ocorre na hipótese mencionada no artigo 19, § 2º, da Emenda Constitucional nº 1/69. Esse dispositivo Constitucional permite à União, mediante lei complementar e atendendo a relevante interesse social ou econômico nacional, conceder isenção de impostos *estaduais e municipais*.

O princípio da justiça repousa no fato de que todos são iguais perante a lei e, assim, a obrigação de recolher os tributos a que estão sujeitas todas as pessoas físicas ou jurídicas submetidas a uma determinada situação prevista na lei como capaz de gerar a impunibilidade dos mesmos, não pode ser elidida por considerações de natureza subjetiva ou individual, senão que por considerações de interesse público.

Constitui axioma jurídico a afirmação de que todos devem contribuir, na medida de suas capacidades e segundo as atividades que desenvolvem, para satisfazer os encargos públicos. Como ensina JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, op. cit., pág. 51:

"Necessariamente a tributação deve obedecer a uma relação comutativa direta ou indireta com benefícios sociais. Discriminações tributárias, enquanto impliquem num tratamento privilegiado ou de favorecimento de determinadas pessoas, não as tolera o ordenamento constitucional brasileiro."

Em razão, pois, da observância do sistema constitucional brasileiro, a disciplina das isenções deve seguir os mesmos princípios que informam a criação dos tributos, ou seja, os da igualdade e da generalidade. Visto isso, cabe acentuar que tanto o poder de tributar como o de isentar estão sob a regência dos mesmos princípios constitucionais. Vale dizer: a isenção não caracteriza um favor, constituindo sim, mera exceção, ditada por considerações em que o interesse público ou o interesse social justificam o tratamento tributário diferenciado.

Assente que toda a isenção deva ser concedida com resguardo dos princípios constitucionais, o corolário necessário da relação especial que se estabelece, a partir do ato concessivo, entre o contribuinte e a administração, é o de que "*não se produzam modificações arbitrárias no estatuto jurídico dos sujeitos por ela beneficiados*" (SAINZ DE BUJANDA, "Teoría jurídica de la exención tributaria", in Hacienda e Derecho, vol. 3º, pág. 395).

Trata-se, à evidência, do princípio da segurança dos atos jurídicos que, embora comum a todas as relações enlaçadas pela Lei e pelo Direito, assume particular relevância no campo do direito tributário e no terreno das isenções.

"Es claro que ningún ordenamento jurídico puede abandonar el principio de la seguridad, porque el Derecho, por esencia, es seguridad." (SAINZ DE BUJANDA, citado por SOUTO MAIOR BORGES, op. cit., pág. 92).

É tão importante o princípio da segurança na ordem social, que autores como LOURIVAL VILANDVA não hesitam em afirmar que ele se sobrepõe ao do justo direito:

"Para a vida social, é urgente e indispensável que se declare qual o direito a realizar. O princípio da segurança e ordem nas relações recíprocas dos indivíduos chega a ser mais importante que a determinação do direito justo." (In "Sobre o Conceito de Direito", pág. 77, nota 37).

Desnudado o sistema constitucional e as regras gerais que compõem a estrutura legal das isenções tributárias, examino o ordenamento próprio e a situação particular focada na consulta.

Pelos elementos informativos anexados à consulta, as leis em exame criaram estímulos fiscais destinados a implementar um processo de industrialização e desenvolvimento na área do então Município de São Jerônimo.

Esse tipo de procedimento tornou-se comum no Brasil, verificando-se em determinados períodos do "desenvolvimentismo" nacional uma verdadeira guerra entre municípios e até mesmo entre Estados da Federação, em busca de empreendimentos e aplicação de capitais em seus territórios, via isenções de impostos e toda a sorte de benefícios fiscais. Nenhuma organicidade ou planejamento presidia, via de regra, a criação dos chamados distritos industriais e a elaboração das leis destinadas a dar suporte para tais planos desenvolvimentistas. ALIOMAR BALEEIRO observou, com agudo senso crítico, que "a prática de isenções a indústrias novas antecedeu, no Brasil, à discussão de uma política fiscal de desenvolvimento".

Como quer que seja, empírica ou planejadamente, inúmeras administrações, em todos os níveis, formalizaram a criação de estímulos fiscais a indústrias novas, dessa forma propiciando a implantação, em seus territórios, de indústrias que atendiam às condições legalmente impostas para a concessão de isenções.

Nenhum impedimento legal existia ou existe, de modo a evitar a ação de administrações interessadas na atração de indústrias novas, salvo as restrições e limites traçados pela ordem constitucional, já examinados. Foi o caso, entre outros, do Município de São Jerônimo.

Pela Lei Municipal nº 65, de 14 de outubro de 1965, foi alterada a Lei nº 24, de 10 de maio de 1948, cujo artigo 1º passou a ter a seguinte redação:

"Será concedida isenção de impostos municipais às indústrias novas sem similares, que se instalarem no território municipal, pelo prazo máximo de vinte anos, a critério do Poder Executivo e a Juízo do Poder Legislativo."

Os parágrafos 1º e 2º do artigo 1º, por sua vez, vinculavam o prazo de duração da isenção ao capital da empresa. Posteriormente, a 25 de agosto de 1955, a Câmara Municipal aprovou e o Prefeito Municipal sancionou a Lei nº 128, que alterou o artigo 1º e seus parágrafos, da lei nº 65, que ficou com a seguinte e definitiva redação:

"Artigo 1º — Será concedida isenção de impostos municipais às indústrias novas, sem similares, que se instalarem no território municipal, pelo prazo máximo de trinta (30) anos, a critério do Poder Executivo e a juízo do Poder Legislativo.

Parágrafo primeiro — As indústrias novas, sem similares, com capital até 10 milhões de cruzeiros, gozarão de isenção no máximo até 10 anos.

Parágrafo segundo — As indústrias novas, sem similares, com capital de mais de 10 milhões de cruzeiros a 100 milhões, gozarão isenção máxima até 20 anos.

Parágrafo terceiro — As indústrias novas, sem similares, com capital superior a 100 milhões de cruzeiros, gozarão de isenção de 30 anos."

Por derradeiro, a 14 de junho de 1962, o Prefeito Municipal de São Jerônimo expediu o Decreto nº 69, cujo artigo 1º estabelece:

"Artigo 1º — Fica concedida isenção de impostos municipais pelo prazo de trinta (30) anos, a partir do mês de abril do corrente ano, à indústria "AÇOS FINOS PIRATINI S.A.", localizada em Charqueadas, 2º distrito deste Município, de acordo com o parágrafo terceiro do artigo 1º da Lei Municipal nº 128, de 25 de agosto de 1955."

O exame dos textos legais em referência indica que, no presente caso, estamos face a isenções condicionais e por prazo certo. A leitura desses textos, demonstra ainda, sem nenhuma dúvida possível, que os princípios constitucionais reguladores da matéria foram observados. Assim, tanto a legalidade da isenção, como os critérios de igualdade e generalidade do benefício fiscal estão presentes.

Foi o expedido o ato administrativo "que reconhece os pressupostos legalmente exigidos para a concessão de isenção a indústria nova", conforme SOUTO MAIOR BORGES, op. cit., pág. 91, e que, no dizer de PONTES DE MIRANDA, in "Comentários à Constituição de 1946", vol. 2º 8, pág. 10, tem caráter, *declarativo*, ao precisar quais as empresas que deram provas de enquadramento nas disposições prevista pela lei como necessárias à concessão da isenção.

A consequência jurídica da expedição do ato administrativo, dito declarativo, é que a situação criada a partir de então não pode ser modificada pelo legislador e muito menos pela autoridade administrativa. É o princípio da segurança dos atos jurídicos, aplicado às isenções tributárias.

"Quando a isenção exprima uma abstenção legítima do poder de tributar, com ela nasce para o beneficiário direito subjetivo a usufruí-las, no tempo e com o conteúdo da lei instituidora, desde que a sua situação se ajuste às exigências feitas pelo legislador para outorgá-la. Satisfeitas essas exigências, o legislador não é livre de, sem mais nem menos, declará-la revogada." (SEABRA FAGUNDES — Revogabilidade das Isenções Tributárias, RDA, vol. 53, ano 1959, pág. 1).

A concessão do benefício passa a operar em favor do contribuinte cuja situação está abrangida pela isenção, podendo ele invocar o *direito adquirido* ao seu gozo e fruição. Em se tratando de isenção por prazo determinado, a sua revogação é vedada antes de esgotado o prazo de sua vigência, salvo ocorrência de hipótese prevista na lei como capaz de determinar a cassação do benefício ou verificação de fato ou circunstância que demonstre fraude no enquadramento à lei. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, em sua já citada obra, à pág. 92 preleciona que:

"Concedida a isenção por tempo determinado, nem o legislador nem a autoridade administrativa poderão, a qualquer tempo, revogá-la, vale dizer, retirá-la discricionariamente, antes do seu termo final de duração, legalmente prefixado. Nasce, com a concessão, *direito subjetivo ao gozo da isenção tributária*." (os grifos são nossos).

As isenções não condicionadas, de caráter geral e sem prazo de duração, são revogáveis a qualquer tempo e pelo mesmo modo com que foram instituídas. Essa a regra de direito tributário, esculpida no artigo 178 do Código Tributário Nacional, que tem a seguinte redação:

"A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do artigo 104."

A situação ora examinada trata de exceção à regra, como é de evidência solar. Nessas condições, inexistindo qualquer fato ou ato que invalide a concessão da isenção que beneficiou a AÇOS FINOS PIRATINI S.A., quer por razões formais, quer por questão de substância, a municipalidade de Charqueadas está impedida legalmente de cobrar impostos municipais da empresa, até que se esgote o prazo de duração da isenção.

É de advertir que a má técnica de redação das leis números 65 e 128 em nada modifica a situação criada pelo conteúdo de seus textos. A concessão da isenção, tal como definida nas mencionadas leis, sujeita-se apenas à verificação dos pressupostos nela contidos, afastando-se, por conseguinte, "juízos" ou "critérios", tanto do Poder Executivo como do Poder Legislativo.

É irrelevante, também, qualquer consideração relativa ao fato de que houve, por força de emancipação, o nascimento de um novo município — Charqueadas — e esta circunstância poderia afastar a incidência de lei editada pelo município de origem.

Reiteradamente a Procuradoria-Geral do Estado tem se manifestado sobre as consequências da emancipação, concluindo sempre que, por efeito da sucessão entre municípios, a nova unidade territorial e política assume os direitos e obrigações de que era titular o município do qual ela se originou. Para esse efeito exige-se, ape-

nas uma relação de causa e efeito entre o direito e/ou a obrigação transferidos e a área emancipada, bem como a ressalva de lei com disposição em contrário (ver artigo 120 do Código Tributário Nacional).

A jurisprudência dos nossos Tribunais, à unanimidade, consagra os princípios legais e as lições da doutrina aqui expostos. E, tendo por fundamento as disposições dos artigos 178 e 179 do Código Tributário Nacional, e artigo 153, § 3º, da Constituição de 1969, o Supremo Tribunal Federal dirimiou todas as controvérsias, editando a Súmula 544, que declara:

"Isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas."

De citar, ainda, os seguintes arestos do Supremo Tribunal Federal:

1. RE nº 2.470 — Pleno — 1/10/1954 — Rel. Min. Abner Vasconcelos, *in* RDA nº 40 pág. 246
2. RE nº 69.700 — SP — 1ª Turma — 22/9/1970 — Rel. Min. Aliomar Baleeiro — RTJ 56, pág. 192
3. RE nº 74.499 — SP — Pleno — 25/10/72 Rel. Min. Xavier de Albuquerque — RTJ nº 64, pág. 237 — Tomo I
4. RE nº 73.489 — GO — 2ª Turma — 19/3/73 Rel. Min. Barros Monteiro — RTJ nº 68, Tomo III, pág. 756
5. RE nº 70.900 — BA — 2ª Turma — 8/5/73 Rel. Min. Xavier de Albuquerque — RTJ nº 68, Tomo III, pág. 696
6. RE nº 84.881 — SP — 1ª Turma — 8/10/76 Rel. Min. Cunha Peixoto — RTJ nº 83, pág. 911
8. RE nº 91.291 — SP — 1ª Turma — 21/8/79 Rel. Min. Rafael Mayer — RTJ nº 91, Tomo III, pág. 1170
9. RE nº 91.401 — SP — 1ª Turma — 2/10/79 Rel. Min. Xavier de Albuquerque — RTJ nº 91, Tomo III, pág. 1173.

CONCLUSÃO:

A AÇOS FINOS PIRATINI S.A., à luz dos elementos que nos foram trazidos com a consulta, e com fundamento nos artigos 178 e 179 do Código Tributário Nacional e artigo 153, § 3º, da Constituição Federal, tem direito a continuar gozando da isenção do pagamento dos impostos municipais em vigor no município de Char-

queadas, pelo prazo e nas condições fixadas no Decreto Municipal nº 69, de 14 de junho de 1962, expedido pelo Prefeito do Município de São Jerônimo, de cujo território então fazia parte aquela comuna.

É o parecer. S.M.J.

PORTO ALEGRE, 18 de outubro de 1983.

Acolho a conclusão do Parecer nº 5.429, de lavra do Procurador do Estado NILO VARGAS.

Restitua-se o expediente à Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos Municipais, com vistas a sua remessa à autoridade consulente.

Em 18.10.83.

FRANCISCO SALZANO V. DA CUNHA
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

TRABALHOS FORENSES

CUSTAS JUDICIAIS: MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA A LEI 7.887/83

NEY SÁ
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 584005037.

Servidor Público vitalício ou estável.

Direito adquirido aos vencimentos.

Irredutibilidade.

A Lei Estadual nº 7.887/83: sua constitucionalidade.

O processo legislativo. Regimento Interno: normas de caráter cogente e normas dispositivas. Escapa à competência do Poder Judiciário o exame dos defeitos da elaboração da lei, que digam respeito à economia interna do órgão legislativo.

S. P. D. M., C. F. W. S., J. C. e W. M. G., dizendo-se servidores estaduais "... sem exceção, ... vitalícios ou ... estáveis ...", entendem ser titulares de direito adquirido à percepção de custas segundo o estabelecido na Lei nº 6.906, de 21 de outubro de 1975, com as alterações posteriores e que este direito adquirido se traduz em uma irredutibilidade que não se compraz com o mandamento do art. 2º da recente Lei Estadual nº 7.887, de 28 de dezembro de 1983, segundo o qual

"Art. 2º — Ficam limitadas em cinquenta (50) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional ORTNs as custas resultantes da aplicação da última faixa de incidências nas tabelas de custas "ad valorem".

Juntam ao longo arrazoadado que se contém em pedido de segurança vários documentos, dentre os quais uma cópia autenticada do Processo da Assembléia Legislativa do Estado de nº 7.425, que teve por objeto o Projeto de Lei nº 167/83, afóra outros documentos tendentes a comprovar a sua condição de funcionários públicos estaduais nomeados para as serventias extrajudiciárias que declinam, além de um Parecer da lavra do ilustre Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, CARLOS THOMPSON FLORES.

Parecer adotado como informações pelo Sr. Governador do Estado.

Valendo-se do magistério de PONTES DE MIRANDA, a inicial, que é firmada por ilustre causídico, esforça-se em tentar demonstrar que "a irredutibilidade de vencimentos, para os funcionários públicos vitalícios e os estáveis, é absoluta".

Mas, prossegue o mesmo arrazoado, "... quando nenhuma procedência tivessem as lições, tão insistentemente enunciadas pelo preclaro juriconsulto, antes citado, que tão incisivamente acentua as peculiaridades do direito brasileiro no que concerne ao regime jurídico do funcionário público, ... teria de ser respeitada a situação dos impetrantes, mercê de ressalva expressa em cláusula constitucional explícita".

É que, segundo entendem os impetrantes, a Emenda Constitucional nº 7/77, ao alterar os artigos 206 e 207 da Constituição Federal tê-lo-ia feito com ressalva da situação "dos atuais titulares, os quais, por força da mesma, não teriam a remuneração de seus serviços exclusivamente pelos cofres públicos; a eles se não aplicaria essa regra, porque a situação deles era reservada para manter a situação dos atuais titulares."

Oesenvolvendo o seu raciocínio, pretende a inicial acentuar que "... a ressalva da situação dos atuais titulares objetiva protegê-los, o *statu quo* mantido visou garanti-los; eles tiveram garantida a sua situação pela lei constitucional; essa garantia não pode ser quebrada por lei ordinária; a garantia, o que ela significa e importa, foi incorporada ao patrimônio dos atuais titulares; esta incorporação, a aderência da garantia ao patrimônio pessoal deles, inerência dos tributos garantidos à titularidade de cada qual, é o que, em direito se chama *direito adquirido*, o qual, por sua vez, não pode ser lesado, direta ou indiretamente, por força de norma também constitucional, inscrita entre os direitos e garantias individuais, a limitar, antes e acima de tudo o poder do Estado, art. 153, 3º, da Carta Federal."

Em prol da tese do direito adquirido de que seriam titulares os impetrantes, o arrazoado traz à colação o acórdão proferido pelo Excelso Pretório no Recurso Extraordinário nº 86.100, de que foi Relator o douto Ministro CORDEIRO GUERRA (RTJ, 94/661 e segs.) no qual se discutia a constitucionalidade de texto de lei do Estado do Rio de Janeiro que estabelecia teto para as rendas auferidas mensalmente pelos titulares das serventias, ofícios ou cartórios não-oficializados e no qual figurou como recorrente o Estado do Rio de Janeiro.

Desse acórdão foram pinçadas algumas passagens, onde incluída, até, uma ligeira referência à Emenda Constitucional nº 7, lembrando os impetrantes que ao tempo de tal julgamento ainda não vigia a atual Emenda Constitucional nº 22 que, no seu entender, mais reforça a sua posição.

Assim, após realizar uma análise da Lei Estadual nº 7.887/83, concluem que ela lhes provocou em seu patrimônio "lesão insigne", atual e direta, lhes dando, assim, azo a impetrar o remédio heróico.

Acrescentam, ainda, mais um capítulo às suas razões por considerar que esta lei "não é lei", porque teria sido ferido, no curso de sua tramitação parlamentar, o Regimento Interno da Assembléia Legislativa, por inobservância dos dispositivos que determinariam a inclusão de projetos de lei em Pauta, afora ter sido discutida e votada em sessão extraordinária quando isto só poderia ocorrer em sessão ordinária.

Em ligeiro resumo, estes são os fatos de que se deve cuidar neste pronunciamento.

Para fazê-lo, porém, permitimo-nos, antes, alguns comentários acerca dos motivos que levaram o Poder Executivo Estadual a encaminhar à Egrégia Assembléia Legislativa do Estado o projeto de lei que veio a se transformar na lei tão duramente atacada no mandado de segurança de que ora se trata.

É do domínio público o excessivo valor que, de ordinário atingiu a cobrança de custas judiciais e extrajudiciais, fato que, inclusive, ocupou largos espaços dos jornais, não sendo raro acusar-se de elitista a Justiça, dada a impossibilidade criada para a maioria das pessoas de a ela recorrerem, diante do vulto das despesas em que se envolveriam.

Essa situação está retratada na Justificativa que acompanhou o projeto de lei e que se encontra entre os documentos que instruem a inicial.

Está dito nessa peça:

"As custas judiciais e extrajudiciais, fixadas pela Lei nº 6.906, de 20 de outubro de 1975, sofreram diversas alterações posteriores, que provocaram distorções e vêm dando lugar, em determinados casos, a justificações reclamações. Enquanto, para determinados atos, em especial aqueles remunerados por custas fixas, houve sensível aviltamento, outros não guardam proporção razoável entre o valor do negócio jurídico e a remuneração do servidor que o pratica."

Na mesma Justificativa, após aludir-se à variação insignificante que sofreram as custas fixas, frente ao crescimento do valor das ORTNs, chama-se a atenção para o fato de que "ações ou contratos vultosos, raros, mas ocorrentes, rendem custas excepcionalmente altas, como têm sido noticiadas, e cujos reflexos negativos, não apenas na opinião pública, mas principalmente no conceito do Poder Judiciário, estão a exigir uma providência reparadora."

E prossegue:

"Sensível ao problema, o Poder Executivo constituiu comissão, ampla e representativa dos diversos segmentos interessados, no sentido de ela-

borar projeto equânime, que reponha, em bases justas e razoáveis, os custos da atividade judiciária e cartorial, facilitando, outrossim, o acesso a ela das classes menos favorecidas."

Dos trabalhos dessa comissão foi que se originou o Projeto de Lei nº 167/83, como á ainda a mesma justificativa que esclarece:

"O projeto a que se refere a presente justificativa constitui a resultante dos debates e estudos procedidos pela Comissão que, à vista do problema suscitado pela contínua elevação das custas judiciais e extrajudiciais, resolveu o Chefe do Poder Executivo designar, em 22 de setembro do ano em curso, com a participação de representantes de todos os segmentos da comunidade, interessados ou atingidos pela momentosa questão.

Elaborado o Projeto pela Comissão em tela, que também responde pela Justificativa, segue acompanhado de outros elementos, dizendo das razões da medida ora proposta, cuja urgência é reclamada em concerto unívoco pelos três Poderes, de que são exemplos lapidares o ofício de 8 do corrente dirigido ao Governador por ilustres Deputados de todas as Bancadas com assento nessa Egrégia Assembléia, a mensagem do Poder Judiciário, de 22 do mês em curso e o expediente assinado pelo Presidente da Comissão de Constituição e Justiça.

Postas estas premissas, passo ao exame do pedido de segurança formulado pelos impetrantes.

A QUESTÃO DA IRREDUTIBILIDADE

Valeram-se os impetrantes da palavra do douto PONTES DE MIRANDA, na tentativa de defenderem a tese nunca acolhida pela doutrina e pela jurisprudência da irredutibilidade dos vencimentos dos funcionários vitalícios ou estáveis.

Nos próprios acórdãos invocados pelos impetrantes em seu longo arrazoadado, ficou ressalvada essa posição pelo Excelso Pretório, mesmo com relação aos funcionários vitalícios, diante do entendimento que sempre se tem tido de que a vitaliciedade não implica em irredutibilidade de vencimentos.

A propósito, de se referir as palavras do eminente Ministro DJACI FALCÃO, Relator na Representação de Inconstitucionalidade nº 891 (RTJ, 68/283 e segs.) — um dos julgados citados na inicial.

Diz o voto, ao tratar do tema:

"É fora de dúvida que o constituinte manteve a vitaliciedade (art. 187 da Constituição de 1946), — não só em relação aos professores catedráticos,

cos, mas também aos titulares de ofícios de Justiça, nomeados até a data em que entrou em vigor a Carta Política de 1967. No mesmo sentido veio a dispor a E.C. nº 1, de 17.10.69 (art. 194).

Impõe-se assinalar que as clássicas garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, que, no seu conjunto, têm o alevantado objetivo de assegurar a independência do Poder Judiciário, *guardam conteúdos distintos e inconfundíveis*. Assim, a irredutibilidade não se inclui na garantia funcional da vitaliciedade. Nesta insere-se o direito do servidor público de não perder o cargo senão mediante sentença judiciária (art. 113, inc. I, da Constituição Federal). Nestes termos é assegurada a permanência no cargo, fora, é obvio, das hipóteses de exoneração a pedido ou aposentadoria voluntária, compulsória aos 70 anos, ou por invalidez comprovada. A vitaliciedade garante o servidor contra demissão sem sentença judicial (art. 105, I). Não basta o processo administrativo, com ampla defesa, para permitir a demissão do servidor vitalício. Enquanto isso, a irredutibilidade constitui limitação à faculdade de se reduzirem os vencimentos do servidor público. Tanto ela não se contém na garantia da vitaliciedade que o constituinte lhe dedicou cláusula expressa, quando cuidou da triplice garantia conferida aos juizes (art. 113, inc. I, II e III). Aliás, de modo explícito, são ambas estendidas aos Ministros do Tribunal de Contas da União (§ 3º do art. 72). Se a irredutibilidade de vencimentos estivesse implicitamente compreendida na vitaliciedade, os constituintes de 1934 (art. 64, a e c), 1946 (art. 95, I e III) e 1967 (art. 108, I e III, hoje 113, I e III) não teriam se reportado a cada uma de per si. Pela Constituição de 1946 gozavam de vitaliciedade os magistrados, os Ministros do Tribunal de Contas; os titulares de ofício de Justiça e os professores catedráticos (art. 187), enquanto desfrutavam da irredutibilidade os magistrados (art. 95, inc. III) e os Ministros do Tribunal de Contas (§ 1º do art. 76). Com o advento da Carta Política de 1967 deixaram de gozar desta garantia os professores e os titulares de ofício de Justiça, salvo aqueles nomeados até a data em que entrou em vigor a mencionada Constituição (art. 177, hoje 194, após a E.C. nº 1); mantendo-se a irredutibilidade de vencimentos em relação aos juizes e membros do Tribunal de Contas da União, conforme já acentuado.

Não se pode negar a vitaliciedade àqueles amparados pela Constituição Federal de 1967. Mas, não basta esta garantia funcional para que dela se infira a irredutibilidade. *Esta não se contém necessariamente naquela, dela não é corolário jurídico*. A sua existência depende, consoante deixei ressaltado, de cláusula constitucional expressa. Em síntese, são garantias funcionais autônomas."

A estas palavras nada mais seria preciso acrescentar na demonstração do que se afirmou anteriormente, contrariando o ponto de vista defendido, isoladamente,

pelo douto PONTES DE MIRANDA a respeito da irredutibilidade de vencimentos dos vitalícios. Esta não existe, a não ser que texto constitucional a consagre expressamente como tão bem definido no voto do Ministro DJACI FALCÃO.

Quanto ao argumento de que admitir-se a redutibilidade de vencimentos do vitalício ou estável implicaria em reconhecer a possibilidade de desrespeitar a garantia da permanência no cargo por via oblíqua, como decorrência de uma desarrazoada redução de rendimentos, em termos de forçar o funcionário a desinteressar-se do cargo, é ainda no mesmo voto do Ministro DJACI FALCÃO que se vai encontrar resposta.

Diz ao propósito, o brilhante pronunciamento do ilustre Magistrado:

"...Devo esclarecer, no entanto, que se a redução da remuneração, pelo seu corte venha a espelhar de modo indireto, o objetivo de compelir o servidor a deixar o cargo, tem-se então um ato abusivo passível de correção pelo Poder Judiciário. Assim sendo, não há cogitar de ofensa à garantia da vitaliciedade." (ID. IBID).

Nem é outro, "data venia" o pronunciamento colhido pelo ilustre parecerista no voto do ilustrado SEABRA FAGUNDES, quando Desembargador no Tribunal de Apelação no Rio Grande do Norte e que se estampa na Revista Forense, 88/221.

Dizia o insigne mestre, traduzindo a orientação firmada na doutrina e na jurisprudência:

"A vitaliciedade não implica, necessariamente, irredutibilidade de vencimentos. Basta atentar no que sucede com os magistrados, que, embora vitalícios segundo o disposto na letra "b", do art. 91, da Constituição Federal, têm a irredutibilidade de vencimentos expressamente assegurada na letra "c" do mesmo artigo. E assim sempre foi nas Constituições anteriores. Seria redundante o legislador se, na vitaliciedade estando implicitamente contida a irredutibilidade, sobre esta dispusesse no mesmo artigo em que aquela fora assegurada. *No que respeita aos vencimentos do funcionário público, a regra é a redutibilidade, só se lhe admitindo exceção quando houver dispositivo expresse, como no caso dos magistrados.* (Supremo Tribunal, acórdão de 19/9/934; "Arq. Judiciário", vol. 37, fls. 35 a 37)."

E conclui o insigne mestre:

"Quando, *excepcionalmente*, alguns julgados admitem que a redução de vencimentos afeta a garantia da vitaliciedade, têm em vista casos especiais em que a redução é um meio de tirar ao cargo, *com finalidade pessoal*, as vantagens naturais da justa remuneração, forçando o titular a dele desinteressar-se."

No caso então decidido, a ação foi julgada improcedente porque, segundo o mesmo acórdão, "o autor sofreu uma redução de proventos, que atingiu e atinge a quaisquer oficiais afastados do serviço ativo pela inclusão no Quadro Suplementar." Diante disso, entendeu o Tribunal que "a redução teve caráter impessoal", não configurando, de conseguinte, o desvio de poder que estaria insito em ato que visasse ao titular de um determinado cargo, por forma a, indiretamente, burlar a garantia de vitaliciedade ou estabilidade.

Esta última circunstância foi aqui aludida com o objetivo de mostrar que aquele pronunciamento do Ministro SEABRA FAGUNDES, aludido pelo ilustrado parecerista não tem, "data venia", o significado que se lhe quer emprestar porque, afinal de contas, não são apenas os atos por via dos quais se reduz vencimentos com abuso de autoridade ou desvio de poder que são nulos: nulo é todo ato praticado pelo Poder Público em desvio de poder. Mas a nulidade reside não, propriamente, no ato, mas sim na sua motivação, que o transforma em violador ideológico da lei face ao seu objetivo de buscar fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a sua prática, aparentemente legal (cf. LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*, 8.ª Rev. dos Tribs., São Paulo, 1981, p. 87).

Ora, "in casu", não se argumenta com o desvio de poder, que, em princípio, poderia se aceitar como causa viciadora da lei visada por este "mandamus", ainda que difícil aceitar tal tese, diante das circunstâncias que deram origem ao Projeto de Lei 167/83, segundo explicitado acima.

Mas ainda que se quisesse admitir o contrário, e das veladas acusações da falta de motivação para a edição da Lei nº 7.887, se viesse a tirar a consequência de que o fundamento da ação seria o desvio de poder, ignorando-se inclusive a impessoalidade da medida, então seria de se considerar inadequado o mandado de segurança, não só por falta de fundamentação da acusação como por absoluta ausência de prova de que isso se tivesse verificado. Somente a ação ordinária é que poderia admitir a dilação probatória capaz, em princípio, de demonstrar a violação ideológica da lei, traduzida no desvio de poder.

Após esta pequena digressão, e apenas com o intuito de complementar a questão da redutibilidade de vencimentos a que se sujeitam todos os servidores públicos, vitalícios ou não, quando a Constituição não assegura o contrário, traz-se a pêlo a palavra do ilustre OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, ao tratar da relação jurídica que une os funcionários ao Estado. Diz o conspícuo publicista, nesta passagem expressiva:

"Como salientado anteriormente, acham-se ligados ao Estado por relação estatutária. Satisfeitas as condições exigidas em leis e ressalvados os direitos adquiridos, ou as situações jurídicas individuais, definitivamente constituídas, e as reduções com abuso de direito, repita-se, os *estipêndios são redutíveis*. Jamais, entretanto, em caráter retroativo.

Por conseguinte, só é irredutível o estipêndio já vencido, em virtude da prestação efetiva do serviço por parte do funcionário público, jamais do ainda por prestar ou em sendo prestado.

Mas, as reduções não devem ser específicas com referência a determinado cargo público, salvo comprovando-se erro ou dolo na fixação anterior do "quantum", que fez se tornasse excessivo em comparação com outros de importância equivalente, sob pena de envolver presunção de abuso de direito. *Cumpra ter caráter genérico, embora possa atingir apenas um agrupamento de cargos públicos*, desde que com isso não se vulnere o princípio da igualdade de todos perante a lei. Lícito, por exemplo através de lei, *reduzir-se o teto do vencimento dos cargos públicos em geral ou o teto da percentagem que perfaz o "quantum" da remuneração dos cargos nesse regime de pagamento.*" (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 1.ª, 1974, Companhia Editora Forense, p. 417).

Sobre a matéria, aliás, copiosos são os pronunciamentos jurisprudenciais que, a final, vieram a dar origem à Súmula nº 27, segundo o qual "os servidores não têm vencimentos irredutíveis, prerrogativa dos membros do Poder Judiciário e dos que lhes são equiparados."

O DIREITO ADQUIRIDO E OS PRECEDENTES DO STF INVOCADOS

Uma vez demonstrada a improcedência da pretendida irredutibilidade de vencimentos dos funcionários vitalícios ou estáveis, resta examinar o caso particular que foi objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal nas Representações nºs 891 e 895 e no Recurso Extraordinário nº 86100, precedentes invocados tanto na petição de segurança quanto no ilustrado Parecer do Ministro CARLOS THOMPSON FLORES.

Para isto é preciso que se faça um breve histórico com respeito à Legislação do Estado da Guanabara, hoje Estado do Rio de Janeiro.

Este histórico pode ser obtido da leitura voto do Ministro OJACI FALCÃO, na Representação nº 895 (RTJ, 77/327 e segs.) p. 350, onde se lê:

"A primeira Constituição do Estado da Guanabara, promulgada em 27.3.61, pela Assembleia Constituinte, no seu artigo 38, dispôs que a lei organizaria o regime jurídico dos titulares e serventuários da Justiça, estabelecendo as formas de provimento, de acesso, direitos e garantias, tendo em vista o sistema do mérito e a justa remuneração dos respectivos serviços.

No § 2º, do mesmo artigo, acrescentou que:

'A lei poderá oficializar, total ou parcialmente, os cartórios e escritórios de Justiça, respeitados os direitos, garantias e vantagens dos seus atuais titulares e serventuários.'

O disposto no citado § 2º do art. 38 foi repetido literalmente, no artigo 65, § 2º, da Constituição do Estado, promulgada em 13.5.67, quanto à oficialização dos cartórios e escritórios de justiça:

'... respeitados os direitos, garantias e vantagens dos seus atuais titulares e serventuários.'

No artigo 11 do Ato Constitucional das Disposições Transitórias, promulgado na mesma data, ficou expresso:

'Ficam respeitadas as situações definitivamente constituídas quanto aos atuais ocupantes de cargos efetivos.'

No artigo 113, o mesmo texto constitucional do Estado, declarou, com ênfase:

'Ficam assegurados todos os direitos adquiridos até a promulgação desta Constituição.'

Pela mesma forma disciplinou a matéria a Constituição do Estado da Guanabara (Emenda nº 4, de 30.10.69) que está em vigor.

O artigo 69, no seu § 2º, previu a oficialização dos cartórios e escritórios da Justiça:

"... respeitados os direitos, garantias e vantagens dos seus atuais titulares e serventuários."

Inobstante esse caudal de disposições constitucionais adotadas pelo Estado do Rio de Janeiro, editou-se a Lei Estadual nº 2.085-A, de 5.9.72, cujo artigo 42 e seu parágrafo único assim dispõem:

"Art. 42 — Os titulares das serventias, escritórios ou cartórios não oficializados não poderão auferir mensalmente como renda líquida, importância superior ao limite a que se refere o artigo 11 da L. Est. 2.013, de 1.12.71".

"Parágrafo único — O eventual excesso apurado na renda líquida, a que se refere esse artigo, deverá ser recolhido aos cofres estaduais até o dia 31 de março do exercício subsequente ao vencido".

Em razão desse dispositivo, duas Representações por Inconstitucionalidade foram endereçadas ao Pretório Excelso pelo Procurador-Geral da República: a de nº 891 (RTJ, 68/283), a requerimento do Colégio Notarial do Brasil e a de nº 895 (RTJ, 67/327), a requerimento da Associação dos Titulares de Ofício da Justiça.

Ambas chegaram a um mesmo resultado: improcedência da arguição de inconstitucionalidade do dispositivo invocado e ambas tiveram quase idênticas ementas, razão porque limito-me a transcrever a ementa da Representação nº 891:

"I — Arguição de inconstitucionalidade do artigo 42 e seu parágrafo único, da L. 2.085-A, de 5.9.72, do Estado da Guanabara.

Os ofícios de Justiça e de Notas são órgãos da fé pública instituídos pelo Estado. Quer no foro judicial, seja no chamado foro extrajudicial, desempenham função eminentemente pública. Os seus titulares situam-se como servidores públicos.

As custas, conceituadas como espécie de taxa, ou com outra qualificação na órbita jurídica, constituem, sempre, não há negar, especial retribuição devida ao Estado, em razão da prestação de serviço público. Desde que não se qualificam como renda privada infrutífera é a arguição de afronta às regras inscritas nos arts. 21, inc. IV, 18, § 2º, e 21, § 2º, inc. I, da Lei Magna.

Vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos constituem garantias funcionais autônomas. Na primeira não se contém, necessariamente, a segunda. Em consequência, não vinga a alegação de inconstitucionalidade, arrimada no art. 177, da Constituição Federal de 1967, hoje art. 194 (E. C. nº 1, de 17.10.1969).

O fundamento de que há violação de direito adquirido, resguardado, de modo especial, pela Constituição do Estado da Guanabara, escapa ao âmbito da Representação. Inteligência do art. 119, I, letra I, da Constituição Federal. Resta, diante da aplicação do art. 42 e seu parágrafo único, em face do caso concreto, o exame da arguição perante o órgão local competente. Por fim, desde que as regras sob apreciação não importam em aumento de despesa, incorre afronta ao disposto no art. 57 e seu parágrafo único, letra a, da Lei Maior.

II — Arguição de inconstitucionalidade do art. 38 e seu § 1º. Infrutífera, por força do que estabelecem o art. 57 da Carta Política e o art. 4º da L. 5.621/70.

III — Conclusão: improcedência da arguição de inconstitucionalidade dos arts. 42, parágrafo único, e 38 e seu § 1º, da L. 2.085-A."

Como se pode observar, o que ficou decidido nas invocadas Representações foi que o eventual direito adquirido, resguardado pela Constituição do Estado da Guanabara escapava ao âmbito da representação, pertencendo a matéria ao âmbito exclusivo da justiça local, isto é, *entendeu o Supremo Tribunal Federal que o tema não envolvia questão federal.*

AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS NºS. 7/77 E 22/80

Poder-se-ia pensar, talvez, que essas decisões do Supremo Tribunal Federal se explicavam face à circunstância de que ambas foram proferidas antes da edição das Emendas Constitucionais nºs 7/77 e 22/80, outro devendo ser o entendimento, depois de editadas as Emendas em questão.

Todavia, assim não é, pela simples razão de que nem a Emenda nº 7, nem a Emenda nº 22 foram de molde a delas se poder tirar a consequência que os impetrantes pretendem, isto é, a do direito adquirido à remuneração que vinham percebendo por ocasião da edição delas.

Eis o que diz a Emenda nº 7, ao alterar a redação do art. 206 da Constituição Federal, que através dela passou a ter o seguinte conteúdo:

"Art. 206 — Ficam oficializadas as serventias do foro judicial e extrajudicial, mediante remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos, ressalvada a situação dos atuais titulares, vitalícios ou nomeados em caráter efetivo.

§ 1º — Lei Complementar, de iniciativa do Presidente da República, disporá sobre normas gerais a serem observadas pelos Estados, Distrito Federal e Territórios na oficialização dessas serventias.

§ 2º — Fica vedada, até a entrada em vigor da lei complementar a que alude o parágrafo anterior, qualquer nomeação em caráter efetivo para as serventias não remuneradas pelos cofres públicos.

§ 3º — Enquanto não fixados pelos Estados e pelo Distrito Federal os vencimentos dos funcionários das mencionadas serventias, continuarão eles a perceber as custas e emolumentos estabelecidos nos respectivos regimentos."

Esta redação do art. 206 foi, depois, alterada por via da Emenda Constitucional nº 22, que desdobrou este artigo em dois, que passaram a ser os artigos 206 e 207, em vigor até a presente data:

"Art. 206 — ficam oficializadas as serventias do foro judicial mediante remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos, res-

salvada a situação dos atuais titulares, vitalícios ou nomeados em caráter efetivo ou que tenham sido revertidos a titulares.

Art. 207 — As serventias extrajudiciais, respeitada a ressalva prevista no artigo anterior, serão providas na forma da legislação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, observado o critério da nomeação segundo a ordem de classificação obtida em concurso público de provas e títulos."

Como se vê, o que essas emendas fizeram, na verdade foi, tão-só e simplesmente resguardar as situações constituídas, mas as resguardou no tocante à investidura e ao sistema de retribuição. Quer isto dizer que, para os que já estavam nomeados a chamada oficialização dos cartórios não pode implicar na subtração do direito às custas, como forma de remuneração dos titulares dos ofícios de que se tratam.

Isto, a toda evidência, não implica em conferir a estes funcionários direito adquirido à percepção de custas segundo o estabelecido em tal ou qual Regimento e, muito menos, em uma garantia de irredutibilidade que, como visto, decorre sempre de texto expresso constitucional.

E tanto é assim que o Excelso Pretório ao julgar o Recurso Extraordinário nº 86.100, já na vigência da Emenda Constitucional nº 7, manteve a mesma linha de princípios fixada ao serem julgadas as Representações nºs 891 e 895.

Veja-se: esse Recurso Extraordinário, expressamente invocado no pedido de segurança e do qual se pretendeu fazer cavalo-de-batalha, originou-se de uma ação promovida por um Tabelião do Estado do Rio de Janeiro, visando a não sofrer a incidência do art. 42, parágrafo único, da Lei Estadual nº 2.085-A, de 1972, ou seja, aquele mesmo texto envolvido nas Representações por Inconstitucionalidade antes aludidas — e nas quais a matéria deixou de ser apreciada por não envolver questão federal.

Pois bem, vitoriosa a ação do Tabelião nas duas instâncias locais, que reconheceram o seu direito de não sofrer a incidência do incriminado artigo 42 da Lei Estadual nº 2.085-A, inconformado, o Estado do Rio de Janeiro interpôs Recurso Extraordinário, sustentando violação dos artigos 196 e 153, § 3º, da Constituição Federal, ao entendimento de serem as custas verdadeiras taxas, tendo por conseqüente o caráter de tributo e, finalmente, sustentando que inexistia qualquer norma conferindo aos titulares de serventias não oficializadas o direito de embolsarem a totalidade das custas arrecadadas, não poderia ter sido reconhecido o direito adquirido do autor.

ESSE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, PORÉM, NÃO FDI CONHECIDO.

O entendimento sufragado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal decorreu, exatamente, do fato de entender inaplicável à espécie a proibição contida no artigo

196 da Constituição Federal e, quanto à pretensa inconstitucionalidade decorrente do artigo 153, § 3º, da Constituição Federal, entendeu também não existir diante da circunstância de que o direito adquirido que a Justiça local reconheceu ao autor da ação foi em razão da legislação estadual.

Isto ficou bem claro e extremo de qualquer dúvida no voto proferido pelo relator, o ilustre Ministro CORDEIRO GUERRA, que assim conclui o seu pronunciamento:

"... O V. Acórdão recorrido se limitou a negar vigência ao artigo 42 da Lei 2.085-A, de 5 de setembro de 1972, em face dos *preceitos constitucionais estaduais*, e como bem observou o parecer da douta PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA:

"Afastar as ressalvas da Constituição do Estado, em relação ao recorrido, para dar prevalência, à Lei nº 2.085, de 1972, é negar ao Estado a capacidade de auto-organização, que a Constituição Federal, em seu artigo 13, consagra como um de seus princípios basilares."

Realmente, não é possível assegurar-se o direito por norma constitucional, e considerar-se válida a limitação desse mesmo direito por norma ordinária..." (R.T.J., 94/666, 2ª coluna).

Foi daí, desse voto e desse local, que a inicial pinçou esta sentença a respeito do direito assegurado por norma constitucional que não pode ser limitado por norma ordinária.

Entretanto, da maneira como foi dito na inicial, deu-se a entender que a afirmação dizia respeito à Emenda Constitucional nº 7 e, portanto, à própria Constituição Federal.

Desfaça-se, de vez, o equívoco que poderia decorrer da leitura da petição inicial, nessa passagem agora apontada: a inconstitucionalidade denunciada no acórdão em referência foi frente aos vários textos constitucionais do Estado do Rio de Janeiro, diante das expressas disposições contidas nesse texto em termos de resguardar "os direitos, garantias e *vantagens dos atuais* titulares e serventuários", tal como se chamou a atenção acima.

Sublinhe-se: a inconstitucionalidade surpreendida na Lei carioca nada teve a ver com a Constituição Federal, nos seus artigos 206 e 207, quer com a redação da Emenda nº 7/77, quer na Emenda nº 22/80.

Esse última Emenda, aliás, surgiu após o julgamento a que aqui se faz referência mas, no particular, nenhuma novidade encerra.

Todos os votos colhidos no recurso extraordinário nº 86.100 deixam bem claro que o *direito adquirido reconhecido ao Tabela no Estado do Rio de Janeiro teve fundamento nas disposições da Constituição local e nunca da Constituição Federal*.

No voto do Ministro DÉCIO MIRANDA, por exemplo, depois de ter sido por ele destacado que em repetidos exemplos a legislação federal instituiu teto de vencimento, lembra que "contra essas limitações não vingaram investidas dos interessados, perante o Poder Judiciário".

E prossegue:

"Fortificavam-se, porém, essas disposições, pela sua ampla aplicabilidade, a constituir verdadeira regra geral sobre estipêndios de funcionários públicos, ao passo que o teto, de que ora cogita, contrapõe-se, precisamente, à categoria de funcionários públicos aos quais a Constituição estadual quis especialmente resguardar de novos detrimientos, assegurando-lhes o respeito a direitos, garantias e vantagens.

É bem de ver que, no caso, a alusão a direitos, garantias e vantagens não tem correspondência literal com o que no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União recebe enunciação sob essas palavras. Ali (art. 118), as vantagens são adições especiais aos vencimentos, ora indenizatórias, ora remuneratórias, ao passo que aqui são os próprios vencimentos, constituídos pela percepção direta das custas e emolumentos do Regimento e respectiva Tabela.

Tais direitos, garantias e vantagens que tão uniforme e reiteradamente se mandaram respeitar, por certo não são aquelas de que os funcionários públicos gozam de modo geral, os quais já são assegurados pela Constituição ou leis pertinentes.

Quis o legislador constituinte estadual deixar claro que, além dos direitos genéricos do funcionalismo, estes funcionários públicos, cujas serventias poderiam ser oficializadas, ou seja, destituídas de sua particular disciplina de autonomia, teriam conservados seus atributos específicos, advindos de tempo anterior à oficialização.

Ora, no aspecto particular da remuneração, o mais característico atributo dessa categoria era a percepção da totalidade de seus estipêndios através do pagamento direto pelo público, dos serviços por eles executados, segundo o Regimento ou Tabela de Custas.

Em confirmação de voto do Ministro Cordeiro Guerra encontra-se mais esta passagem esclarecedora, a respeito do caso concreto então julgado:

"... O problema não está em se saber se o teto é legítimo. Exatamente, o que o Supremo Tribunal Federal disse, nas duas representações de que foi Relator o eminente Ministro DJACI FALCÃO, é que o teto é legítimo, mas não de incidência plena. Temos de verificar se ele viola, ou não, o *direito adquirido, em face da legislação estadual*, pois isso foi determinado nos julgados das Representações nºs 895 e 891-GB."

Outro tanto se verifica no voto do Ministro SOARES MUÑOZ:

"Os acórdãos que julgaram as Representações de Inconstitucionalidades de nºs 891 e 895 não enfrentaram "o fundamento referente à violação de direito adquirido pelo art. 42 da Lei nº 2.085-A, do Estado da Guanabara, por escapar ao âmbito das representações a apreciação dessas particularidades e, por isso, resguardaram aos interessados, em cada caso concreto, o direito de obterem exame dessa questão pelo órgão local competente.

Esse exame foi feito no acórdão recorrido, à luz dos atos, leis e constituições estaduais, usando da reserva que o Supremo Tribunal Federal reconheceu à Justiça local e sem afronta à Constituição da República, art. 153, § 3º, e 196. É o que demonstra a leitura do dito aresto (240/257).

Ante o exposto, confirmo o voto de adesão, que havia proferido, acompanhando o eminente Ministro Cordeiro Guerra, Relator; não conheço do recurso extraordinário."

Finalmente, o mesmo se encontra no voto do Ministro CARLOS THOMPSON FLORES que chega, até, a ir além do que decidiram os seus pares, como se vê por essas palavras:

"*Considero possível a fixação de um teto.*

Sucedo que este foi repellido pelo acórdão impugnado, como já ficou dito com base em situações que resultaram examinadas à luz do direito local, em reiterados diplomas; com as ressalvas que introduziram.

Assim, incidiria a Súmula 280, no particular. Em conclusão, com a venia do eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, não conheço, também, do recurso."

O Ministro Xavier de Albuquerque, que foi dissidente, votou em termos de não reconhecer o alegado direito adquirido, mesmo diante dos termos peremptórios das constituições do Estado do Rio de Janeiro e, por isso, manifestou-se pelo conhecimento do recurso e seu provimento, para decretar a improcedência da ação.

Mas os votos vencedores, como está visto, não socorrem à pretensão manifestada pelos impetrantes, simplesmente porque NA CDNSTITUIÇÃO DO ESTAOO DO RIO GRANDE DO SUL NÃO EXISTE NENHUMA DISPOSIÇÃO QUE SE ASSEMELHE SEQUER, ÀS NORMAS QUE O LEGISLAOR CONSTITUINTE DO ESTADO DA GUANABARA FEZ CONSTAR NDS VÁRIOS TEXTDS CDNSTITUCIONAIS DAQUELE ESTAOO.

A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul nem sequer contempla, em particular, o caso dos serventuários dos órgãos judiciais e extrajudiciais.

Fica, assim, afastada, também, sobre esse aspecto a possibilidade de se conceder a segurança pretendida pelos impetrantes, visto como a Lei nº 7.887/83 não contrariou qualquer texto da Constituição local e, muito menos, da Constituição Federal.

De fato, se a Constituição Estadual nenhuma norma particular consagra em favor dos impetrantes (ao contrário do que fizeram as Constituições do Estado do Rio de Janeiro), estão eles submetidos às normas gerais relativas aos Funcionários Públicos, eis que eles mesmos se declaram servidores públicos vitalícios ou estáveis.

Assim sendo, não são portadores de direito adquirido aos vencimentos e, muito menos, irredutíveis, como acima ficou demonstrado.

De outra parte, a Constituição Federal, tanto na redação da Emenda Constitucional nº 7 como na redação da Emenda Constitucional nº 22, limitou-se, apenas, a prescrever que os serventuários dos ofícios ditos não-oficializados tinham resguardados os seus direitos no tocante à investidura e ao sistema de retribuição, isto é, na remuneração segundo o regime de custas. E nada mais, como acima foi longamente posto e demonstrado, pelo exame sistemático e exaustivo dos três pronunciamentos da Suprema Corte, invocados pelos próprios impetrantes.

Contra tais garantias, nada se contém na lei incriminada, motivo por que contra ela não se pode arguir a inconstitucionalidade pretendida.

Mais não será preciso dizer!

A LEI Nº 7.887/83 E O SEU PROCESSO LEGISLATIVO

Afirma-se no pedido de segurança que a lei questionada "não é lei", porque não teria sido observado o processo legislativo, segundo o estabelecido no Regime Interno da Assembléia Legislativa do Estado.

Alude-se a que "a Pauta só pode ter curso em sessões ordinárias, cinco sessões ordinárias consecutivas. Como não se realiza mais de uma sessão ordinária por

dia", Constituição do Estado, art. 11, § 2º, art. 19, III, o projeto obrigatoriamente permanece no mínimo 5 dias em Pauta, para ser lido, estudado, e eventualmente emendado."

Admitindo, embora, o arrazoadado em questão, que fosse regular a inclusão de Pauta em sessão *extraordinária*, entende que ainda assim teria sido irregular a condução do processo legislativo porque não teria o projeto de lei permanecido "durante cinco sessões ordinárias consecutivas para recebimento de emendas", nos termos do art. 114 do Regimento Interno, para que depois se cumprisse o disposto no § 2º desse mesmo dispositivo, ou seja, a sua remessa às Comissões, para só então ser incluído em Ordem do Dia, para discussão e votação.

Diga-se, desde logo, que a inclusão do Projeto de Lei nº 167/83 na pauta, segundo manifestação da Egrégia Assembléia Legislativa (doc. j.), tem explicação no fato de que "...no dia 23 de dezembro de 1983 houve sessão extraordinária às 9 horas e 30 minutos, convocada em sessão plenária do dia anterior..."

E prossegue:

"Esta convocação foi feita em virtude de informação dada pela Liderança Partidária do Governo, com referência à entrada nesta Casa, ainda no dia 22 de dezembro, após o expediente, mais projetos, inclusive o das Custas Judiciais.

Assim sendo, houve um consenso das Lideranças de Bancadas, que a sessão plenária do dia 23 de dezembro do ano p. passado fosse realizada às 9 horas e 30 minutos, pois as matérias, a serem apreciadas em Plenário, estariam prontas naquele horário.

Dutrossim, informo que a Comissão de Serviço Público somente conseguiu formalmente enviar o parecer técnico do projeto-de-lei nº 167/83, após aprovação deste em Plenário. Esta é a razão do mesmo não constar em Ata. O parecer foi favorável e relatado pelo Deputado Camilo Moreira."

Entretanto, mesmo tendo sido rápido o processamento do Projeto de Lei nº 167/83, nem por isso deixaram de ser colhidos os Pareceres das diversas Comissões, como também ilustrado com os documentos emanados da Egrégia Assembléia Legislativa.

Desta sorte, restaria examinar o fato de não ter o Projeto em questão permanecido em Pauta durante cinco sessões ordinárias consecutivas. Entendem os impetrantes que a inobservância desta e de outras prescrições regimentais levaram à nulidade da votação, diante da circunstância de ser "...tão substancial esta regra que, reza o art. 115 o seguinte:

"Art. 115 — A requerimento de qualquer Oeputado o Presidente determinará a retirada da Ordem do Oia de matéria que tenha tramitado ou haja sido publicada sem observância de prescrição regimental."

Mas, é de se perguntar: se o Regimento Interno diz que o Presidente retirará da Ordem do Oia, a requerimento de qualquer Oeputado, matéria que tenha tido tramitação irregular, "quid inde", se nenhum Oeputado o requerer?

O tema merece um exame mais demorado.

Os Regimentos Internos das Casas Legislativas se constituem na lei interna do corpo legislativo a que se destina, na expressão de PONTES DE MIRANDA.

Segundo PRÉLOT, "materialmente o regimento determina a organização interna de cada Câmara e fixa as regras do processo parlamentar; formalmente é uma resolução, quer dizer, uma moção votada somente por uma das Câmaras e não promulgada". De acordo com BUREAU, "o regulamento é uma resolução pela qual a Câmara que a votou fixa os princípios dos trabalhos parlamentares".

Em resumo, na palavra de LUIZ PINTO FERREIRA, "o regimento é o conjunto de normas e resoluções fixando a vida interna dos corpos legislativos e determinando as normas do trabalho parlamentar". (Curso de Direito Constitucional. 4ª, ps. 252/253).

Como esclarece esse mesmo constitucionalista "as Assembléias Legislativas dos diversos Estados-membros elaboraram os seus estatutos e regulamentos dentro do mesmo sentido de valor com que as Casas Federais o fazem, respectivamente à independência frente ao Executivo." (op. et. loc. cit.)

As normas que compõem o conteúdo desses regimentos, porém, assumem duplice feição: ou se trata de normas de caráter substancial, de natureza cogente, ou são regras puramente regimentais, "interna corporis", "jus dispositivum".

Oeste sorte, quando se trata de normas de origem constitucional, elas não podem ser desrespeitadas, ao passo que, quando meramente regimentais, a sua inobservância não conduz à nulidade dos atos que assim venham a ser praticados.

É o que ensinam os constitucionalistas, como se pode ler, por exemplo, em JOÃO DE OLIVEIRA FILHO:

"O regimento é a lei de cada Câmara. Tem valor normativo. Sua transgressão na feitura das leis, significa transgressão da lei federal. É um dos casos de competência exclusiva de cada Câmara fazer a sua própria lei. Com a votação final tem-se por elaborada essa lei. Cabe à Mesa de cada

Câmara promulgá-la. Não serão, porém, todas as disposições regimentais, senão somente as de caráter substancial na elaboração das leis, que devem ser obedecidas, para que não haja nulidade na elaboração da lei. O Regimento contém, outrossim, disposições constitucionais, ao lado de disposições puramente regimentais. As disposições constitucionais são obrigatórias. São imperativas. As disposições regimentais, simples atos diretoriais, são regras "interna corporis". (Legislativo: Poder Autêntico. Forense, Rio, 1ª ed., 1974, p. 104/105).

As normas regimentais de caráter constitucional, de observância obrigatória, indisponíveis, são, apenas, as que se contêm no parágrafo único do art. 30 da Constituição Federal, afora, naturalmente, aquelas outras referentes ao processo legislativo e relativas à iniciativa das leis e outras tais como as que dizem respeito à adoção de certo número de votos, os turnos, a aprovação de veto, ou a sua rejeição.

Os Pareceres das Comissões, as publicações dos órgãos oficiais, os prazos fixados regimentalmente são meros atos "interna corporis", normas propriamente regimentais.

Esta a razão por que se explica e se justifica a existência do art. 115 do Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado: em caso de inobservância das regras contidas no Título V — O Processo Legislativo, Capítulo I — Oa Pauta, o Presidente somente determinará a retirada da Ordem do Oia da matéria que tenha tramitado irregularmente, se algum Oeputado o requerer.

Trata-se, no caso, de normas regimentais, de caráter dispositivo, "interna corporis" que pelo consenso de todos, pode deixar de ser observado, sem qualquer coação legal.

Por isto é que a jurisprudência dos nossos tribunais é torrencial no entendimento de que falece competência ao Judiciário para examinar os defeitos da elaboração da lei. Isto, naturalmente, quando tais defeitos digam respeito à economia interna do órgão legislativo.

É esta a maneira de se respeitar o princípio constitucional da harmonia e independência dos Poderes.

Veja-se, nesse sentido, o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo na Ap. Cível nº 89.948, encimado pela seguinte emenda:

"LEI — ELABORAÇÃO — QUESTÃO "INTERNA CORPORIS".

Escapa à competência do Poder Judiciário pronunciar-se sobre os defeitos da elaboração da lei, que digam respeito à economia interna do órgão legislativo." (ROA, 61/208).

De destacar, nesse acórdão, seguinte excerto, de todo afeiçoado ao caso em exame:

"Não se atacou a regularidade da promulgação e da publicação da lei apontada como nula, apenas a forma por que foi elaborada, ocasião em que se teriam desrespeitado dispositivos do Regimento Interno da Câmara. Nesse caso, porém, fugia à competência do Poder Judiciário a possibilidade de qualquer exame.

A respeito, escreve FRANCESCO FERRARA que 'deve em qualquer caso ser vedado aos juízes o investigarem sobre o período de formação interna da lei, para não se criarem conflitos e fiscalização que diminuam a autonomia do Poder Legislativo'. E acrescenta que, 'todavia o seu controle (da autoridade judiciária) cifra-se em averiguar da existência exterior dos elementos da lei; aprovação dos órgãos legislativos; promulgação, publicação; e não pode penetrar no vestibulo interno da formação da lei, para inquirir da observância das regras de processo das Câmaras, na discussão e votação sobre o número legal, a capacidade dos representantes para votar, e outras análogas. Estas normas dizem respeito ao funcionamento interno das assembleias, são uma 'iura interna corporis' de caráter autônomo, que fogem às indagações do Poder Judiciário. Por conseguinte, o poder de investigação do juiz não vai além do resultado da aprovação, além do voto final que põe termo ao processo legislativo interno, sem indagar da forma e do processo por que se chegou a este resultado' ('Interpretação e aplicação das leis', 2ª ed. da Livraria Acadêmica, págs. 13 a 15).

Semelhante é o entendimento de CARVALHO SANTOS, apoiado, aliás, no ensinamento de PEDRO LESSA, WINDSCHEID e ARTUR RIBEIRO, quando sustenta que "escapa à competência do Poder Judiciário pronunciar-se sobre os defeitos da lei, cujas causas são "interna corporis", isto é, que digam respeito à economia interna das Câmaras Legislativas, como, v. g., o intervalo mínimo entre as discussões, o número delas, a legalidade do exercício do membro da Câmara que votou o projeto de lei" (Código Civil Brasileiro Interpretado", 3ª ed., vol. I, pág. 24).

No mesmo sentido este outro acórdão proferido pelo mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo, na Ap. Cível nº 101.943, assim ementado:

"LEI — ELABORAÇÃO — CONTROLE JURISDICIONAL.

Não cabe, ao Poder Judiciário, apreciar o processo de elaboração legislativa, salvo violação de texto superior." (RDA, 66/166).

Nesse acórdão, contém-se esta passagem que, também, merece transcrição:

"A matéria foi exaustivamente examinada quando do julgamento do mandado de segurança impetrado pelo apelante. Consignou-se, nessa oportunidade, que, 'desde que a lei, em si mesma considerada, não se choca com postulados constitucionais ou com textos hierarquicamente superiores, e desde que tenham sido atendidas as condições exteriores de sua formação, não cabe ao aplicador 'penetrar no vestibulo interno' de sua elaboração, para, entre outros detalhes, examinar 'a capacidade dos representantes para votar'".

Neste sentido é, também, a lição do insigne PONTES DE MIRANDA, citado pelos impetrantes, porque ele, também, faz a necessária e imprescindível distinção entre as normas cogentes e as dispositivas. "O Regimento Interno" — diz ele — "não é conjunto de recomendações, ou conselhos; é lei, em sentido lato, que há de ser obedecida pelo corpo legislativo, sempre que a regra jurídica, de que se trata, é cogente, ou se tem como observada, se "jus dispositivum." (Comentários à Constituição de 1967, 2ª ed., t. II, p. 592).

E acentua:

"Nem todas as regras jurídicas regimentais são impositivas ou proibitivas (jus cogens). Podem ser dispositivas (jus dispositivum), ou interpretativas (jus interpretativum)... Se a regra jurídica regimental é cogente, a infração dela importa nulidade da lei." (op. et. loc. cit.).

Por estas razões, ainda que não se entendesse fora da competência do Egrégio Tribunal de Justiça o exame do tema aqui enfocado, ainda assim outro caminho não restaria senão recusar-se a pretendida nulidade atribuída pelos impetrantes à Lei nº 7.887/83.

Ademais, no caso, a alegada pressa com que o projeto que deu origem a esse diploma legal foi examinado e votado pela Assembleia Legislativa, é apenas aparente, pois, o assunto vinha sendo examinado e debatido pelas diversas correntes de opinião, desde mais tempo, como os próprios autos do Mandado de Segurança noticiam em várias passagens e as reiteradas sugestões feitas ao Governo comprovam.

Por todas estas razões, entende-se que o mandado de segurança impetrado não prosperará: a lei incriminada não é inconstitucional, nem houve afronta a normas que regem o processo legislativo, capaz de decretar-lhe a nulidade.

Este é o parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 16 de fevereiro de 1984.

7. E, sobre a regra, leciona HELY LOPES MEIRELLES:

"Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade de ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante, se vier a ser reconhecido na decisão de mérito. A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final; é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral, se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa." ("Mandado de Segurança e Ação Popular", Ed. Revista dos Tribunais, 8ª edição, 1982, p. 43).

8. Necessário, portanto, é, para a concessão da liminar, que, além da relevância dos fundamentos ("fumus boni iuris"), haja risco, risco sério, grave, manifesto, de que, caso não suspenso liminarmente o ato impugnado, o mandato de segurança, se concedido, venha a tornar-se ineficaz ("periculum in mora").

Assim, aliás, decidiu, à unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal:

"A liminar, em mandado de segurança, pressupõe a ocorrência dos dois requisitos previstos no art. 7º, I, da Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Verificado, apenas, o primeiro, não é de se conceder a medida liminar. Agravo regimental a que se nega provimento." (MS nº 20.213, AgRg, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA, "in" RTJ 91/67).

9. Ora, assim sendo, abstraindo da relevância dos fundamentos do "writ" — e isto apenas em homenagem à reputação do ilustre signatário da inicial, pois todos seus argumentos, absolutamente todos, foram irrefutavelmente respondidos no parecer de fls. 138-75 do hoje eminente Procurador-Geral do Estado, Dr. NEY SÁ —, o que se impunha aos Impetrantes demonstrar para obter a liminar (isso, frise-se sempre, na hipótese de que ela não fosse, como é, legalmente vedada) era que, não suspenso o ato impugnado, isto é, a ... Lei 7.887/73 (!) (atente-se bem para a gravidade da medida: suspensão de uma ... lei!), o mandado de segurança, se concedido, tornar-se-ia ineficaz.

10. Isto, no entanto, "data venia", em absoluto resultou demonstrado.

11. Com efeito, reportando-se ao parecer do Ministro CARLOS THOMPSON FLORES, assim sustentam os Impetrantes, em duas econômicas e pouco convincentes passagens, a configuração do requisito:

"Já o mesmo não ocorre na hipótese inversa (de vir a ser concedido o 'mandamus'), pois os Oficiais não teriam meios práticos e eficien-

tes para buscar, entre centenas de pessoas, as quantias que tivessem deixado de ser pagas, em prejuízo deles" (cf. inicial, item 53, fls. 41) (parêntese e grifos nossos).

"O serviço não poderia ser mantido como hoje se prevalecesse o critério da 'lei' 7.887. Tornar-se-ia insustentável. Caminharia para o colapso. e seria de manifesta conveniência pública que começasse a sofrer enquanto não decidisse a questão (...)" (cf. inicial, item 54, fls. 43).

12. Os argumentos, no entanto, como já se pode verificar, são a prova provada da não configuração do requisito.

Em primeiro porque, sustentando faltar aos Impetrantes "meios práticos e eficientes" para, se concedido o "writ", cobrar das partes a diferença a maior resultante da não aplicação da Lei 7.887/73, admite-se claramente restar-lhes, se deferida a ordem, e mesmo sem a liminar, o direito a haver das partes a diferença. Ora, se se admite tal direito, que, note-se, é exatamente aquele cuja proteção se busca, é óbvio que a eficácia do mandado de segurança ... não corre risco. Demais, que "meios práticos e eficientes" predenderiam os Impetrantes? Não lhes bastariam os que a ordem jurídica lhes põe à disposição? De todo modo, de natureza tipicamente cautelar, a liminar se destina tão-só a evitar que feneça, antes do julgamento do mandado, o direito cuja tutela se busca, isto é, no caso, o direito a cobrar emolumentos segundo a legislação anterior à Lei 7.887/73. E este, como se viu, os Impetrantes admitem ... não estar em risco.

Em segundo porque, quanto ao alegado "colapso" dos serviços, que, diga-se de passagem, os Impetrantes não têm legitimidade para invocar em mandado de segurança, pois os serviços não são seus, mas do ora Agravante, Estado, restou ele absolutamente indemonstrado. E, como se sabe, em processo, alegar sem provar é dizer um redondo ... nada! De todo modo, note-se também: o alegado "colapso" era facilmente demonstrável! Bastaria anexar comprovantes de despesa e receita, o que, no entanto, não se sabe por que, ... não foi feito!

13. Por fim, duas palavras acerca do parecer a que se reportam os Impetrantes, que assim trata do tema:

"A cobrança dos emolumentos devidos é feita segundo o disposto no art. 14 da Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973). / Assim, arrecadados ditos emolumentos, com os limites impostos pelo referido Diploma local incriminado, em caso de vir a ser concedido o mandado até então ficaria ele em parte frustrado, eis que a arrecadação não seria a ilimitada como é propugnado, ficando ela, a arrecadação, desfalcada da parcela devida, sem possibilidade de recuperação" (cf. parecer, fls. 52).

14. "Data venia", e com todo o respeito, não parece exata a afirmação do douto parecer. Ao contrário, concedido o mandado, a diferença a maior porventura deixada de receber *não ficaria* ... "*sem possibilidade de recuperação*", pois, reconhecido o estranho direito adquirido à irredutibilidade de emolumentos ou declarada a nulidade da Lei 7.887/73, a consequência seria ter-se por inaplicável, desde seu advento, o referido Diploma, donde resulta que, cobrados a menos os emolumentos por força de lei inaplicável, os Impetrantes teriam título jurídico — a lei anterior — para haver das partes a diferença. Isto, aliás, como se viu, é implicitamente admitido pelos próprios Impetrantes, que se limitam a alegar, numa alegação tão frágil quão incomprovada, faltar-lhes "*meios práticos e eficientes*" para buscá-la.

15. Desta forma, como se vê, por todos os títulos a liminar deveria ser denegada.

16. Cabe, no entanto, ainda, uma consideração final — *the last but not least* — acerca da gravíssima repercussão do deferimento da medida. Não se trata, como na maioria das vezes, de suspender um ato administrativo individual, de natureza restrita e singular, mas, sim, de cortar eficácia a uma ... LEI! Lei que, diga-se de passagem, numa época de tão poucas unanimidades, conseguiu a proeza de, em nome da imagem dos serviços judiciários, obter o consenso não só da *totalidade* dos partidos com representação na Assembleia Legislativa (fls. 128-33) como dos mais variados e representativo segmentos da sociedade riograndense, especialmente, muito especialmente, do *Poder Judiciário* (fls. 137), a quem incumbe zelar pela boa prestação daqueles serviços.

ISTO POSTO, REOUER se digne Vossa Excelência, admitindo o Agravante no feito, RECONSIDERAR o respeitável despacho agravado para denegar a liminar ou, se assim não entender, o que não se admite, submeter o recurso à apreciação do Egrégio Tribunal Pleno, de quem, então, o Agravante espera o PROVIMENTO para os efeitos supra e como medida de

J U S T I Ç A !

Nestes termos pede deferimento.

PORTO ALEGRE, 7 de março de 1984.

REGIME ESPECIAL DE TRABALHO E INCORPORAÇÃO CONTESTAÇÃO

DE FRANCISCO GALLICCHIO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DOS FEITOS DA FAZENDA

PROCESSO Nº 01182103612

OBJETO: resposta do demandado

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu representante judicial firmatário, nos autos da ação ordinária que lhe propõe, por esta vara, N. C., vem expor, articuladamente, as razões com que se opõe ao deferimento da pretensão esboçada com a presente lide.

1. O pedido compreende pretensões que objetivam preceitos judiciais declaratórios e condenatórios.

Quer que se declare:

(a) o reconhecimento do direito do autor "de levar para a inatividade a condição de integrante do regime especial de 44 horas; (cf. inicial — pedido fls. 6 dos autos).

(b) "que faz jus a proventos iguais aos vencimentos dos servidores em atividade sujeitos a esse regime; (cf. *ibidem*)

(c) "o direito do A. de perceber o complemento de proventos a que se refere o art. 4º da citada Lei 6.654/73". (cf. *ibidem*)

Pede um preceito que determine a expedição dos "atos administrativos competentes para que seja integralmente cumprido, o que agora expressamente é pedido.

Finalmente, objetiva, ainda, a condenação do Estado ao pagamento de diferenças atrasadas "até o final desta, como foi apurado em liquidação de sentença" (cf. *ibidem*) — certamente por: como *for* apurado, mais os consectivos legais, inclusive sucumbência.

2. Não procedem os pedidos.

Como o autor não fundamenta especificamente cada um destes mas desenvolve argumentos em torno deles, passa-se a respondê-los a partir dos mais genéricos.

A 4ª Câmara Cível do TJERGS, em sessão realizada no dia 27/04/83, deu provimento à apelação do Estado, para julgar improcedente a ação, vencido em parte o relator.

Para tanto uma precisão conceitual.

Não se pode confundir o momento da fixação dos proventos, em que prevalece a lei do tempo em que o servidor "reuniu os requisitos necessários" para a inativação (segundo o enunciado da SÚMULA 359 do STF), com o da revisão dos proventos, por modificação dos vencimentos dos funcionários em atividade em virtude de alteração do poder aquisitivo da moeda" (C. F. art. 102, § 1.º), sujeito à lei do tempo em que se realiza a revisão. Serve esta distinção à interação dos interesses dos funcionários inativados que têm a proteção do "direito adquirido" com os da administração pública no que respeite à matéria de fixação dos vencimentos e proventos de seus servidores.

Nesse sentido a jurisprudência do STF. Veja-se o Ac. no R.E. n.º 77.405 — RJ, assim ementado:

Aposentadoria de magistrados.

A revisão dos proventos sujeita-se à lei do tempo em que é efetivada, não prevalecendo, a esse respeito, a legislação contemporânea da inovação. Inexistência de direito adquirido, consoante invariável jurisprudência do Supremo Tribunal.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

(Cf. "in" RTJ, n.º 69, pgs. 556)

3. O direito federal, aplicável aos estados obrigatoriamente por força do disposto no artigo 13, item V, do estatuto fundamental, tem vedado, a partir da constituição de 1967, "vinculação ou equiparação de qualquer natureza, para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público" (cf. § único, do artigo 98 da C. F.), salvo o estabelecido no "caput" do citado artigo que equipara, para efeitos de estabelecimento de teto de vencimentos, o poder Legislativo e Judiciário ao poder Executivo.

Por isso, quando o autor invoca a seu prol o disposto no art. 1.º, da Lei 3.096/56, denominada Lei Peracchi, pelo qual segundo reconhece o próprio autor "todos os inativos devem receber proventos rigorosamente iguais aos vencimentos que percebem seus colegas, de igual cargo, que continuam em atividade" (cf. inicial, fls. 5, autos) deve-se, necessariamente, opor a vedação constitucional à inescusável equiparação que veicula o art. 1.º da Lei Peracchi, de indiscutível inconstitucionalidade a partir da existência da carta política federal de 1967 que pela primeira vez veiculou a vedação referida.

Aliás, por diversas vezes, em presença de textos similares de outras unidades da Federação, o Supremo Tribunal Federal, declarou-lhes a inconstitucionalidade.

Os textos de lei ordinária que estabeleçam *equiparações permanentes* dos proventos dos inativos aos vencimentos dos funcionários em atividade, bem como as disposições das constituições estaduais neste sentido têm sido declaradas nulas, destituídas de qualquer eficácia, não podendo gerar qualquer efeitos, face à vedação constante da carta da federação.

Assim, o PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, decidiu no R.E. 88.619-MG, publicado na RTJ, 91/978 "usque" 988. Conheça-se a ementa desta decisão unânime:

"Equiparação de proventos a vencimentos de funcionários em atividade, sob invocação da Lei 2.474, de 1962. Inadmissibilidade. Invocação impertinente da Lei 6.530/74. RE não conhecido."

Ao ensejo deste julgamento o Min. CORDEIRO GUERRA reportou-se aos precedentes nestes termos:

"A questão é conhecida deste Egrégio Tribunal. Cuida-se de servidores inativos com a pretensão de continuarem amparados, mesmo após a implantação do regime da Carta de 1967, por disposição de lei antiga que lhes garantia a permanente equiparação dos proventos aos vencimentos do cargo que ocupavam.

Tal pretensão já foi repelida por esta corte no RE 78.089 — MG de que foi relator o eminente Ministro Thompson Flores — RJJ 73/227 — Tribunal Pleno — em 23.11.74, que se reportou ao julgado na Representação n.º 861 — MG de que foi relator o eminente Ministro Oswaldo Trigueiro, e em que se proclamou a inconstitucionalidade do art. 103, § único, letra a) da Constituição Mineira — RTJ 63/604, por infringência do art. 98 e art. 102, § 2.º da Constituição Federal.

De igual modo decidiu o Plenário no RE 86.175 — MG, em 12-4-78, em acórdão de que fui relator e assim ementado:

"Equiparação de proventos a vencimentos de militares em atividade. Inconstitucionalidade do art. 99 da Lei Estadual n.º 5.301, de 16.10.1969, do Estado de Minas Gerais.

Reconhecido e provido" (RTJ, 86/273)

Disse então, reportando-me aos precedentes dos RE 78.089 — MG; RE 84.249 — MG; RE 83.285 "como bem ...".

Portanto, afigura-se ao contestante com palmar evidência a impossibilidade de trazer à colação dispositivo da Lei Peracchi para sustentar qualquer pretensão à equiparação porquanto com o advento da carta política de 1967 aquele dispositivo *resultou derogado*.

Assim, por este fundamento não é de deferir-se o pedido.

4. De outra parte, os regimes especiais de trabalho só têm lugar para os funcionários que exerçam sua atividade junto à administração centralizada do Estado.

Os documentos anexos à inicial principalmente o de fls. 16 certificam que o A. havia sido convocado, antes de sua cedência para a CORAG, para regime especial de trabalho de 44 horas-semanais, isto em 24/11/72. Sucede que ao ser posto à disposição *SEM ÔNUS PARA O ESTADO*, da COMPANHIA RIOGRANDENSE DE ARTES GRÁFICAS, a contar de 11/09/73, sendo esta mera empresa pública, com gestão independente das determinações da administração centralizada, 'ipso facto' decaiu do regime especial de trabalho. O fato de cumprir quarenta e quatro horas semanais junto à CORAG, diz tão somente, com as necessidades e exigências de trabalho daquela empresa, poderia obrigá-lo a maior ou, até, menor quantidade de horas semanais, segundo sua conveniência, sem que isto viesse a repercutir na relação subjacente que vinculava o servidor ao Estado, como detentor do cargo de Assistente Técnico Gráfico, padrão 12, *cuja carga horária normal era de 32 horas semanais*; assim permanecendo até a data de sua inativação, publicada no D.O. de 27 de dezembro de 1978. Somente com a edição da Lei 7.358, de 07 de março de 1980 é que se ampliou a carga horária do cargo detido pelo A. quando em atividade, para 44 horas semanais. Entretanto, esta lei não pode ser aplicada ao autor, porquanto na inatividade.

Acrescente-se que os regimes especiais de trabalho, criação da lei 4.937/65, mantidos pelas Leis 6.193/71 e 6.486/72, estavam sujeitos a severas exigências para sua concessão. Exempli gratia, a Lei 6.486/72, por seu artigo 15 fixava que *"a convocação de funcionários para trabalho em regime especial será feita por ato do Governador, mediante proposta fundamentada do Secretário de Estado ou Dirigentes de Órgão integrante de seu gabinete, ouvidas em qualquer caso, as Secretarias da Administração e de Coordenação e Planejamento"*. Por aí se vê que não se pode admitir a existência de regime especial de trabalho para o autor, quando se sabe que foi cedido SEM ÔNUS PARA O ESTADO À CORAG. Por igual não é de admitir-se o regime de reconvocação automática para quem como o autor, se encontrava fora dos quadros da administração central.

Certo é pois que, por ocasião de sua inativação, o autor não havia exercitado regime especial de trabalho pelo tempo necessário a *sua incorporação*: cinco anos ininterruptos ou dez intercalados.

Do que decorre não se evidenciar para a espécie a colocação fática constante do item 4 da inicial.

5. De outra parte, o artigo 4º da Lei 6.654, de 12 de dezembro de 1973, que dispõe sobre a cessão de funcionários, assim discrimina:

"Art. 4º — Os proventos dos funcionários que, estando cedidos, vierem a aposentar-se, terão em conta a remuneração paga pela Fundação ou Sociedade, desde que o funcionário haja permanecido em exercício na mesma entidade por cinco anos contínuos ou dez intercalados.

Quando da implantação dos proventos (momento de fixação dos proventos) estes comportavam a seguinte discriminação:

Cr\$ 2.295,00	— básico do cargo padrão 12
Cr\$ 73,00	— abono de família
Cr\$ 803,25	— adicional de 25%
Cr\$ 918,00	— avanço 8,40%
Cr\$ 8.138,75	— complemento da CORAG.
Cr\$ 12.228,00	— Total
73,00	— menos Ab. Família.
Cr\$ 12.155,00	— perfazendo o total pago pela CORAG na atividade.

Como, pois, afirmar que não se vem dando cumprimento à determinação constante da Lei 6.654!

Agora, interpretar que a todo o tempo o referido dispositivo legal obriga a administração a manter uma permanente equiparação entre os proventos do inativo, como o autor, aos vencimentos dos Assistentes Técnicos Gráficos da empresa CORAG, confundindo o momento da fixação dos proventos, com suas posteriores revisões, sobre ser um flagrante equívoco exegético, porquanto neste sentido o dispositivo padeceria de vício de inconstitucionalidade, pelas razões já expostas, implica ainda delegação de competência posto que o ESTADO teria parcela de seus ex-funcionários jungidos ao sistema de pagamento das Fundações e Empresas Públicas, o que se mostra totalmente equivocado.

Tem a administração, a todo tempo, feito incidir sobre o complemento da CORAG definido no ato de fixação dos proventos o mesmo percentual de aumento que recebe o autor sobre o seu básico. O que, diga-se de passagem, é um procedimento administrativo equânime, embora não se possa dizer rigorosamente sujeito ao cânone constitucional, isto porque se a administração resolver aumentar seus funcionários *acima do percentual que expressa a depreciação da moeda e este percentual for aplicado ao complemento da CORAG*, passaria, o autor, a perceber na inatividade, por suposto, mais do que percebia quando em serviço ativo o que é vedado pelo § 2º, do artigo 102, da Constituição Federal.

Alerte-se, emérito julgador, que do ponto de vista prático, parece, o pretendido pelo autor não lhe beneficiaria. Ao momento da fixação dos proventos, se lhe fosse aumentado o básico pela incorporação de regime especial de trabalho, como quer, necessariamente, a teor do art. 4º da Lei 6.654/73, anteriormente citada, dever-se-ia diminuir o complemento da CORAG, para ficar-se no limite de seus ganhos na atividade, junto àquela Empresa. Isto, sob pena da fixação inicial dos proventos ser a maior de que seus ganhos na atividade.

Portanto, também por este ângulo não procede a irresignação do autor. Assim, neste item a inicial é obscura senão que incompatível com os fatos reais. Recorde-se que a inicial diz que não foi cumprido o que se estabeleceu com o art. 4º da Lei 6.654/73, o que não se verifica. Ou o que ali, na inicial, consta não se atinge.

6. Enfatize-se, ainda uma vez mais, para que seja dada cumprida resposta ao argumento constante do item 6 da inicial, que a legislação posterior ao ato de inativação não pode mais atingir ao mesmo, no sentido de modificar suas condições de, melhor, no sentido de modificar as condições de fixação dos proventos, a não ser que a legislação posterior expressamente remeta ao inativo a modificação que lhe for favorecedora. Isto em interpretação benéfica aos inativados: jurisprudência há que nisto vê a infringência do § 2º, do art. 102 da Constituição Federal.

Onde, não pode aproveitar ao autor o disposto no art. 40, da Lei 7.357/80, com a complementação constante do art. 1º, 3 da Lei 7.397/80, que ampliou a carga horária dos Cargos do Quadro Geral dos Funcionários Públicos classificados nos padrões 1 a 16. Recorde-se que o autor titulava cargo do Quadro Geral com referência 12, quanto ao padrão.

7. Agora, no que pertine aos argumentos desenvolvidos no acórdão prolatado no M. S. 39.317 o contestante se atém aos votos vencidos que, segundo seu entendimento, versaram a espécie no sentido de adequá-la aos preceitos constitucionais aplicáveis conforme determinação do art. 13, V da Constituição Federal.

A presente resposta confere especial realce à seguinte passagem do voto do OES. EDSON ALVES DE SOUZA:

Fundamentalmente, parece-me que não se trata de buscar diferença de proventos para maior, mas de pleitear um acréscimo, o qual, no entanto, só passou a existir depois da aposentadoria das impetrantes. Como o regime legal da aposentadoria é o do tempo da aposentação do servidor, parece-me que essas alterações subseqüentes não poderão favorecer ao aposentado, desde que ele tenha sido inativado com observância das normas vigentes ao tempo da inativação.

Ainda quanto à questão ventilada no M. S. é de se aduzir como oposição à presente pretensão a seguinte ordem de idéias:

(a) A lei 7.357 operou uma verdadeira reclassificação para o QUAORO GERAL DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS DO ESTAOO, e, assim sendo, ausente qualquer determinação para que a administração atualizasse os proventos dos inativados, à data de sua edição, segundo a nova carga horária, estabelecida para os cargos na atividade — ao contrário da determinação expressa no sentido de se respeitar a carga horária referida ao cargo à época em que deu-se a inativação: art. 64, II, lei citada — tal orientação implica divergência com a SÚMULA 38 do S.T.F. com a seguinte redação: "RECLASSIFICAÇÃO POSTERIOR À APOSENTADORIA NÃO APROVEITA AO SERVIOOR APOSENTAADO".

(b) Ainda, assim, ofende o art. 102, § 1º da Constituição Federal porquanto determina revisão dos proventos por motivo outro que não o da revisão dos vencimentos dos funcionários em atividade decorrente da perda do poder aquisitivo da moeda, e em decorrência ofende o § 2º, do mesmo artigo, porquanto é evidente que, atribuir-se-ia maiores ganhos na inatividade, assim como aos ativos em seu cargo que, eventualmente, estivessem cedidos à CORAG: estes, face o aumento do básico, teriam diminuído a Complementação da CORAG e o autor não, visto que aquela parcela não pode vir a ser recalculada sem que se alegue *ofensa a direito adquirido*. (tese do autor, de duvidosa procedência).

(c) Por outra, contraria o conceito de proventos integrais, a permanência do autor no regime anterior de trabalho. O conceito de proventos integrais *joga com o de tempo de exercício da função pública e não com o regime em que se presta o serviço público*: este incorpora-se ou não segundo as regras específicas de incorporação. O acórdão quer estabelecer um critério de incorporação a partir do conceito de integralidade dos proventos, o que palmarmente é insustentável.

(d) Aliás, só se chegaria a isto com o *uso da equidade*, que por sinal é o que subjaz aos argumentos deferidores da ação de segurança versada. *Em matéria constitucional a equidade se traduz no princípio de isonomia*. Sendo assim o deferimento da pretensão, por este ângulo esbarraria na SÚMULA 339 que preceitua: *NÃO CABE AO POOER JUOICIÁRIO, QUE NÃO TEM FUNÇÃO LEGISLATIVA, AUMENTAR VENCIMENTOS OE SERVIOORES PÚBLICOS SOB FUNOAMENTO DE ISONOMIA*". (Cf. Súmula referida do STF).

Oesajusta-se, nesta perspectiva, o Acórdão, em tela, do princípio constitucional que vela pela harmonia e independência dos poderes.

8. Por final, na hipótese de deferimento da pretensão da inclusão do regime das quarenta e quatro horas, restaria ainda fazer-se as devidas compensações.

É evidente que, ao momento da fixação dos proventos, se a administração levar a linha de conta o pagamento de vantagem por exercício de regime especial, a

COMPLEMENTAÇÃO DA CDRAG deverá ser reduzida exatamente no importe do acréscimo decorrente do regime especial, como já se fez referência nesta petição.

9. Quanto ao mais, principalmente no que respeita ao pedido de condenação de diferenças em atraso, sem discriminação, contesta por negação.

Dá assim o Estado por respondida a presente ação em todos os seus termos.

Pelo exposto requer o recebimento da presente resposta e pede a improcedência total da ação, com as cominações de direito.

Protesta provar o alegado por todo o gênero de provas em direito admitido.

TT em que

P. Deferimento.

RAZÕES DE APELAÇÃO

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAZENDA.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu representante judicial firmatário, nos autos da ação ordinária que lhe promove, por esta vara, N. C., com fundamento no art. 513 e seguintes do CPC, inconformado com a decisão que proveu integralmente o pedido pelo autor, vem recorrer da veneranda decisão e o faz com as razões anexas ao presente requerimento para interposição de apelação.

Pede o recebimento do presente recurso e seu processamento para efeitos de conhecimento pela instância revisional.

TT. em que

P. Deferimento.

Porto Alegre, 06 de dezembro de 1982.

DEFRANCISCO GALLICCHIO
PROCURADOR DO ESTADO DO RS.

EGRÉCIA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Processo nº 01182103612.
Objeto: *razões de apelação*.

RCTE.: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.
RCDO.: N.C.

A sentença recorrida assim decidiu:

III — Julgo, pois, procedente a ação para declarar ter o Autor direito, na inatividade, ao regime de 44 horas semanais e de perceber o complemento de que trata o art. 4º da Lei 6.654/73, devendo o Estado expedir os competentes atos administrativos (cf. sentença fls. 68).

A declaração constante da decisão recorrida comporta, pois, duas determinações:

(a) a que reconhece o direito do autor a fruir do regime de 44 horas, na inatividade, portanto a receber as vantagens correspondentes a este regime especial de trabalho e

(b) a que declara o direito do autor de receber o complemento de que trata o art. 4º da Lei 6.654.

O Estado, recorrente, se irressigna com ambas as declarações. Inverta-se a ordem para facilitar a exposição.

2. No que respeita ao direito de perceber a diferença ou complemento de que trata o art. 4º da Lei 6.654/73, 'venia concessa', ou (a) a sentença não foi fiel aos fatos ou (b) testilha fortemente com vários dispositivos da Constituição Federal, como se fez ver na resposta ao presente pedido.

Diz-se que (a) a sentença não foi fiel aos fatos porquanto ficou devidamente comprovado com o documento de fls. 55 que, efetivamente, o Estado ao implantar os proventos do autor levou em consideração, na forma de calcular o seu montante, o que determina a Lei 6.654/73. O documento aludido demonstra que no momento da implantação dos proventos esta complementação equivalia à importância de Cr\$ 8.138,75. Como, pois, obrigar o requerido a reconhecer o que efetivamente já havia reconhecido.

De todo ao contrário, neste aspecto, o autor deveria ter decaído do pedido.

Ademais, no nº 5 da resposta do demandado, se fez ver que a administração havia dado curso ao que determinava o dispositivo legal em foco e o autor não ne-

gou esta afirmativa, que, sendo fato excludente do pedido, tem, segundo a técnica processual, a virtualidade de afastar este aspecto da demanda fazendo sucumbir o recorrido.

A única forma que se tem para não fazer conflitar a sentença com os fatos incontestes do processo é aquela que resulta da interpretação que obrigaria a que se recalculasse os proventos da inatividade, conferidos ao autor, a cada alteração de vencimentos a cada alteração dos vencimentos dos Assessores Gráficos da CORAG, em atividade. Mas como já se disse na contestação isto implicaria uma constante equiparação vedada pela Constituição Federal (§ único, de seu art. 98).

3. Na resposta ao pedido após discriminar-se o momento da fixação dos proventos, "para o qual prevalece a lei do tempo em que o servidor reuniu os requisitos necessários" à inativação, segundo o enunciado da SÚMULA 359 do STF, e o momento da revisão dos proventos, por modificação dos vencimentos dos funcionários em atividade em virtude de alteração do poder aquisitivo da moeda (C.F. art. 102, § 1º); sujeito à lei do tempo em que se realiza a revisão, enfatizou-se que não se poderia fazer conflitar o citado art. 4º, da Lei 6.654/73 com a constituição. E isto só aconteceria se se encarasse o dispositivo legal como servindo ao momento da fixação dos proventos. Foi dito: ... "interpretar que a todo o tempo o referido dispositivo legal obriga a administração a uma permanente equiparação entre os proventos do inativo, como o autor, e os vencimentos dos ASSESSORES GRÁFICOS DA CORAG, confundindo o momento da fixação dos proventos com o de suas posteriores revisões, sobre ser um flagrante equívoco exegético, porquanto neste sentido o dispositivo padeceria de vício de inconstitucionalidade, pelas razões já expostas, implica, ainda, delegação de competência posto que o ESTADO teria parcela de seus ex-funcionários jungidos ao sistema de pagamento das Fundações e Empresas Públicas, o que se mostra totalmente equivocado"

4. Pois bem, esta argumentação de caráter nitidamente constitucional, a decisão não superou para deferir o pedido, dir-se-ia melhor, sequer enfrentou.

5. Recorde-se que, no mesmo item 5 da contestação, se alertava o JUÍZO da inexistência de praticidade do pedido pelo autor. Reconhecido o direito à integração do regime de 44 horas, o aumento do básico pela integração, ocasionaria necessariamente o decréscimo do complemento da CORAG, para ficar-se no limite de ganhos do autor quando na atividade.

Por estas razões e pelo que mais consta da contestação, cujos argumentos quer ver como aqui lançados, porque tergiversados pelo autor que sequer se referiu ao documento de fls. 41, e não enfrentados pela decisão, pede a reforma da mesma neste aspecto.

6. Quanto ao regime de 44 horas tem, o recorrente, a acrescentar a tudo o mais que da resposta consta o seguinte:

A decisão recorrida parte de um pressuposto que não coincide com as alegações do Estado.

O que é essencial à incorporação do regime de 44 horas, no sentir da resposta, é o fato de só poder ser computável como tempo neste regime o que o funcionário exerce junto à administração centralizada. É irrelevante para a exata compreensão da espécie que o autor tenha exercido a função de ASSESSOR GRÁFICO NA CORAG com carga horária de 44 horas, como seria irrelevante, por sessenta ou vinte horas semanais. A carga horária do ASSESSOR GRÁFICO DA CORAG é determinada pelas necessidades desta EMPRESA PÚBLICA e não pela administração centralizada do Estado que nada tem a ver com regime de trabalho daquela entidade. Portanto, ao ser posto à disposição daquela empresa, SEM ÔNUS PARA O ESTADO, é certo que decaiu do regime especial de trabalho porque só à administração central poderia prestar esta forma especial de trabalho.

Por igual, não é de admitir-se reconvocação automática para o mesmo face às severas exigências legais que cercam o regime especial de trabalho. No nº 4 da contestação se fez ver exatamente esta característica apontando para leis que criaram e disciplinaram esta forma especial de prestação de serviço público.

Por isto afirmou-se que o autor, por ocasião de sua inativação, não havia exercitado o trabalho público em regime especial de 44 horas, pelo tempo exigido para a sua incorporação.

Não se negou que o autor exercitasse uma função na CORAG com carga horária de 44 horas semanais, tampouco se comprometera o demandado a comprovar que o autor não exercitasse tal carga horária. Negou-se; isto sim, a possibilidade de contar o tempo prestado fora da administração central, mesmo com carga horária compatível com o regime especial, como tempo em regime especial de trabalho.

Tão só, e é o bastante para afastar o pedido de incorporação.

7. Saliente-se que se por um lado o exercício da função de ASSESSOR GRÁFICO DA CORAG o inibiu de contar o tempo em regime especial de trabalho, por outro possibilitou-lhe a percepção de proventos como se fora Assessor Gráfico da citada empresa que é muito mais, em termos econômicos, que o regime de 44 horas. Viu-se em 5 da contestação que o complemento da CORAG, tão-somente o complemento, era 200% (duzentos por cento) mais que o total dos vencimentos com as vantagens, ou seja, avanços, adicionais, etc.(!!!)

8. Bem se vê, que por aí não se poderia deferir o pedido, até porque lhe faltavam os pressupostos legais.

8. Por fim, não se pode fazer incidir o disposto no art. 40, da Lei 7.357/80 porquanto a modificação das condições de implantação dos proventos só seria

possível, na melhor das interpretações, *(naquela que não vê nisto uma razão de inconstitucionalidade do dispositivo de lei que posteriormente seja editado para favorecer o inativo)* se a própria Lei estendesse aos inativos modificação de condições de fixação dos proventos que lhe favoreça. Mas, no caso, a Lei 7.357/80 não pode alcançar os inativos por que a eles não se destina e porque estes têm definidos seus proventos pela legislação que lhe é anterior.

A argumentação concessiva do acórdão no M. S. nº 39.317 sofre o contraste da posição dos votos vencidos naquela espécie e os argumentos expendidos nesta ação nas letras (a), (b), (c) e (d) do nº 7 da contestação, que considera como aqui lançados para efeitos de explicitar os fundamentos da irresignação recursal.

ISTO POSTO pede que se conheça o presente recurso e que se dê provimento ao mesmo para reformar a sentença em seu todo, indeferindo-se o pedido pelo autor.

TT. em que
P. Deferimento.

Porto Alegre, 06 de dezembro de 1982.

DEFRANCISCO GALLICCHIO
PROCURADOR DO ESTADO DO R.S.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO DE ESCRIVÃO DISTRITAL

CONTESTAÇÃO

ADNOR GOULART
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Civil na UNISINOS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA
FAZENDA PÚBLICA.

AÇÃO: ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO

AUTOR: M.D.C.G.

RÉU: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Nº: 01182162303

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pelo Procurador signatário, nos autos da ação acima identificada, e CONTESTANDO a pretensão da autora, vem respeitosamente perante Vossa Excelência, para dizer e requerer o quanto segue, articuladamente:

Inicialmente, apresenta DENÚNCIAÇÃO À LIDE, contra:

- a) J.C.F., escrivão distrital, por ser o agente público que lavrou a procuração, posteriormente anulada;
- b) F.G.G., ex-esposo da requerida, comerciante;
- c) E.J.O., criador, o mandatário;
- d) F.M.D., criador, testemunha do ato;
- e) J.M.O., do comércio, idem;
- f) J.M.F.N., criador, que assinou a procuração, a rogo da autora;

todos brasileiros, o segundo, divorciado, e os demais, casados, residentes e domiciliados em Santo Antônio das Missões, neste Estado, sendo que a denúncia do primeiro se faz, com base no artigo 107, § único, da Constituição Federal, e dos demais, no artigo 70, III, do Código de Processo Civil,

O presente trabalho encontra-se em fase de instrução.

a fim de assegurar-se do direito regressivo, caso venha a ser atendida a pretensão da suplicada, para o que,

REOUER a citação deles, no endereço dado, a fim de apresentarem contestação, se quiserem, pena de revelia e confesso, implicando sua condenação na responsabilidade civil de ressarcir o denunciante dos danos, pelos quais, eventualmente, venha a ser condenado a pagar à autora.

REOUER, ainda, seja expedida CARTA PRECATÓRIA citatória deles, denunciados, ao Juízo de São Luiz Gonzaga-RS.

EM PRELIMINAR

É o ora constestante parte ilegítima na presente ação, pelos motivos que passa a expor.

De fato, se era intenção da requerida, na ocasião em que ajuizou a ação anulatória do mandato, acionar o Estado do Rio Grande do Sul, pelos danos que alega ter sofrido, deveria tê-lo chamado a integrar aquele feito, a fim de, *a posteriori*, se intitular ao direito de pedir-lhe indenização.

Assim, teria dado ao mesmo oportunidade de defender-se.

Mas não! Não só deixou de adotar essa medida, como ainda, estranhamente, SEOUER TOMOU QUALQUER PROVIDÊNCIA CONTRA D ESCRIVÃO DISTRI-TAL, J.C.F., isto é, nem dirigiu a ação contra ele, ou, pelo menos, arrolou-o como testemunha no processo.

Entretanto, todos os demais participantes do ato, cuja anulação estava plei-teando, foram por ela chamados ao processo, seja como réus (F.G.G. — o marido, e E.J.O. — o procurador), seja como testemunhas (F.M.D. e J.M.O. — as testemu-nhas do ato inquinado de nulidade, e J.M.N. — que o assinou a rogo da requerida (DDC. n.º 1).

Por que deixou fora daquele feito o aludido escrivão distrital? Um mistério! Um grande mistério que, queiram os fados, seja esclarecido no curso do presente feito. Mas, que isso é sintomático, não resta a menor dúvida.

Apesar de tudo isso, quer seja, sem a participação do Estado na ação anulató-ria, ou do agente público, pelo ato do qual, pretendia buscar ressarcimento junto ao primeiro, vem agora a autora, com toda a tranqüilidade, tentar e, está o constestan-te convicto, sem sucesso, indenização junto à pessoa errada.

Só que as coisas, daqui em diante, não vão ser tão fáceis para ela, como o fo-ram até agora, onde a ação de anulação tramitou da forma mais tranqüila, sem a

presença dos que, por força de lei, ali deveriam estar e, ainda, sem contestação de nenhum dos réus. Tudo muito fácil, mas também, muito estranho!!!

Ressalte-se, ainda, que, ao ora contestante, não restou sequer a possibilidade de desconstituição da sentença de anulação, através de ação rescisória, facultada pelo inciso II do artigo 487 do Código de Processo Civil, eis que, ao tomar conheci-mento do aludido *decisum*, através da citação para responder aos termos do presen-te feito (em 24 de agosto ppdo.), já havia operado a caducidade de sua pretensão, pois, a decisão rescindível transitou em julgado em 23 de maio de 1980.

E, nem se alegue que, tal fato deve ser atribuído à incúria do postulante, o qual não tinha obrigação de conhecer aludido decisório e seus reflexos posteriores, já porque, conforme antes salientado, não foi chamado, pela interessada a integrá-lo, quer diretamente, ou através do agente que praticou o ato malsinado.

Novamente, tudo saiu a contento para a autora. Coincidência, quem sabe!! O fato é que, a inicial está datada de 22 de junho transato, isto é, um mês após ter ope-rado aludida preclusão.

De tudo o que até aqui foi narrado, a primeira consequência, lógica, aliás, que se extrai da deliberada omissão da autora é a caracterização do peticionário COMO TERCEIRO, EM RELAÇÃO AO FEITO ANULATÓRIO.

Ora, é ponto pacífico, a impossibilidade de se estenderem os efeitos da coisa julgada àqueles que permaneceram estranhos ao processo.

É o que determina a lei, impondo limites subjetivos à coisa julgada, encontran-do, ainda, tais lindes, a adesão de consagrados doutrinadores.

Assim é que soa o artigo 472 do Estatuto Processual Brasileiro:

"A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, NEM PREJUOICANDO TERCEIROS" (grifei).

Versando sobre o tema atinente a tais balizamentos, ensina ENRICO TULIO LIEBMANN:

"Todavia, razões de oportunidade, assim como determinaram a adoção do instituto, também traçam à sua aplicação limites precisos (art. 1351 do Código Civil italiano): limites objetivos que a definição dada há pouco da autoridade da coisa julgada ajuda a entender, visto como é só o *comando* (grito do autor) pronunciado pelo juiz que se torna imutável, não a atividade lógica exercida pelo juiz para preparar e justificar a deci-são; LIMITES SUBJETIVOS, PORQUE A IMUTABILIDADE VALE SO-MENTE ENTRE AS PARTES (grifei), isto é, SÓ DUANDO D CASO DE-

CIDIDO PONHA DE NOVO FRENTE A FRENTE AS MESMAS PESSOAS QUE PARTICIPARAM DO PROCESSO; SÓ ELAS, COM EFEITO, PUDEAM FAZER OUVIR E VALER AS SUAS RAZÕES NO PROCESSO QUE SE ULTIMOU COM O JULGADO (grifei), e é essa possibilidade, que tiveram, que justifica praticamente a necessidade em que se puderam de conformar-se com o resultado alcançado e de já não poderem esperar modificá-lo — ...” (in “Eficácia e Autoridade da Sentença”, Forense, Rio de Janeiro, 1981, 2ª edição, p. 55/56).

Diz, mais adiante, o festejado autor:

“Na realidade, a coisa julgada que se formou entre as partes NÃO TEM NUNCA E EM NENHUM SENTIDO VALOR PARA OS TERCEIROS, (grifei), ao menos para aqueles que verdadeiramente são tais segundo a teoria geral das partes em juízo” (op. cit., p. 95).

Arremata, finalmente, o mesmo processualista:

“Pode-se, assim, à guisa de conclusão, e, ao mesmo tempo, de preparação do tema que terá ventilado no parágrafo seguinte, lembrar a já referida explicação prática que deu Carnelutti da sua teoria: “para a consecução dos escopos do processo, a saber, da sentença justa, fia-se a lei do contraditório das partes”, e observar que é verdadeira, mas *até certo ponto* (grifo do autor). A lei, justamente, não teve essa ilimitada fé nas partes, não quis confiar a sorte dos direitos dos terceiros à atividade única desenvolvida sem controle pelas partes, e, conseqüentemente, não sujeitou os terceiros à imutabilidade dos efeitos do processo, no que propriamente consiste a autoridade da coisa” (op. cit., p. 112).

Assim, é de se concluir que a sentença anulatória não fez coisa julgada contra o postulante, por ser o mesmo terceiro em relação a ela, e, portanto, configurando-se tal decisório, *res inter alios*, em relação ao mesmo postulante.

Restaria acrescentar que não foi sem propósito a restrição estabelecida pelo comando legal excogitado. Sem dúvida alguma, atende ele ao princípio constitucional da ampla defesa, o qual estará sendo fraudado, se atendida a pretensão da autora, o que, por certo, incurrerá.

Caso se admitisse solução diversa, acolhendo-se o pedido da suplicada, além das distorções já apontadas, outra iria se verificar.

É que, consoante determinação expressa do artigo 475, II, também do diploma processual,

“Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, sentença:

I —

II — proferida contra a União, o ESTADO (grifei) e o Município”.

Assim, por via reflexa, e decorrente do ajuizamento do presente feito, estaria sendo desatendida a disposição imperativa em tela.

Tendo-se em conta que a sentença de anulação transitou em julgado, sem interposição de qualquer recurso, quer necessário ou voluntário, ressalta, mais uma vez, a distorção produzida pelo direcionamento do pedido contra o contestante, restando claro que, também por esse motivo, não pode o mesmo prosperar.

De tudo o que foi visto, impende observar, em seguimento, que a suplicada trilhou um *iter* totalmente errado, e, o que é mais grave, de forma deliberada.

A verdade é que, se não desejava as alienações que, segundo a inicial, (mas não em conformidade com seu depoimento na ação de anulação) (DOC. nº 2), teriam ocorrido por intervenção do procurador, tão logo obteve a sentença desconstitutiva do mandato, deveria, como seqüência normal e correta, ter ingressado com ação declaratória de ineficácia das aludidas transações, pois anuladas já estavam as mesmas, face ao conteúdo do artigo 158 do Código Civil, combinado com o 153, este, devidamente interpretado.

Essa era a providência certa, inexistindo, relativamente a ela, o alegado obstáculo referido no item 8 (oito) da inicial, quer seja, o fato de serem os adquirentes, terceiros de boa-fé.

Até onde nos é dado conhecer, em matéria de nulidade, não entra em cogitação tal circunstância, seja a boa ou má-fé do adquirente. Tal só ocorre em estritas hipóteses, expressamente previstas em lei, como é o caso de certas eficácias produzidas pelo casamento putativo.

No campo obrigacional, desconhece a lei tais dados de natureza psíquica.

Em conclusão, pela maneira como a autora procedeu até aqui, deixando de chamar o Estado e seu agente a integrarem o feito anulatório, como litisconsortes passivos necessários, legitimados, em princípio, a intentar a presente ação, *in casu*, seriam os adquirentes dos imóveis, segundo ela, ilegalmente transacionados, mas isso, caso houvesse ajuizado contra eles, a ação desconstitutiva das aludidas transações, e obtivesse êxito.

POR TOOO O EXPOSTO, e com base nos artigos 295, II, 267, VI, combinado com o artigo 3º, e 301, X, todos do Código de Processo Civil,

REQUER a Vossa Excelência declare a autora carecedora de ação, com a conseqüente extinção do presente feito, sem o julgamento do mérito, condenando aquela nos ônus da sucumbência,

REQUER, ainda, seja a requerida condenada como litigante de má-fé, nos termos do artigo 17, I, da Lei Processual.

Ainda em PRELIMINAR, é de ser declarada a autora CARENTE DE AÇÃO, visto não ter decorrido, do ato do escrivão distrital, qualquer prejuízo para ela. Tal, se é que se verificou, o foi conseqüente às alegadas transações levadas a termo pelo procurador.

NO MÉRITO

1. Admitindo-se, *ad argumentandum*, que a requerida tenha sofrido alguma lesão patrimonial, esta, certamente, não foi no montante que a mesma está alegando.

Com efeito, consoante comprova a certidão juntada à presente (DOC. nº 3), era ela casada com F.G.G., pelo regime da comunhão universal de bens.

Oaí decorre que, dos 138.000.000m² que a autora alega terem sido transacionados por seu então consorte, apenas metade dos mesmos compunha sua meação, pois, a outra metade, sendo da livre disposição dele, poderia ser livremente comprometida.

Conclui-se, em conseqüência, que, se nada mais houvesse a ser subtraído, já aqui seu prejuízo teria de ser reduzido pelo meio.

2. Mas, ainda não é tudo. Ocorre que, em conformidade com a certidão do Registro de Imóveis (fls. 13 e 14 dos autos), as alienações, alegadamente levadas a termo pelo procurador, não totalizaram os 138.000.000 m², como declarado na inicial (item 10), mas apenas 111.500.000 m².

Tal engano (?) da requerida determina uma diferença, a menor, de 26.500.000 m².

Pelo valor que ela mesma está atribuindo ao hectare, o equívoco (?) apontado implica numa diminuição de aproximadamente Cr\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de cruzeiros), na parte dela, donde já se tem, aqui, não mais os Cr\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões e cruzeiros), mas, sim, Cr\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de cruzeiros).

3. Entretanto, o valor dado aos terrenos pela autora está muito longe da realidade. E isso ela mesma demonstra com o documento juntado às fls. 15 do processo.

Com efeito, está ali consignada uma transação de 25.000.000 m², efetuada em 15 de fevereiro de 1977, pelo montante global de Cr\$ 80.000,00 (oitenta mil cruzeiros), ou seja, Cr\$ 32.000,00 (trinta e dois mil cruzeiros) o hectare.

Ora, admitindo-se a valorização de 100% (cem por cento) ao ano e, tendo-se em conta que, dos 11,5 hectares alegadamente transacionados, a meação da suplicada corresponde a 5,575 hectares, temos que, na verdade, o pretendo prejuízo corresponderia apenas a Cr\$ 9.440.000,00 (nove milhões, quatrocentos e quarenta mil cruzeiros), aproximadamente, e, portanto, nem de longe se aproxima do cálculo que serviu de base para a atribuição de valor do pedido, por ser este completamente desarrazado.

4. Outra parte, não comprovou a requerida tenham sido as alienações em causa efetivadas pelo procurador.

Muito pelo contrário; ela mesma lança dúvida a respeito, ao referir, na audiência em que foi colhido seu depoimento:

"Não sabe se a procuração foi usada para a venda de algum bem" (DOC. nº 2).

5. Dentre a cadeia de fatos estranhos, dos quais alguns já foram postos em relevo na presente contestação, outro ainda deve ser mencionado. É que, em conformidade com a certidão do Registro de Imóveis (fls. 13 e 14 deste processo), confrontando-se a data das transações pretensamente realizadas com a da outorga da procuração a E.J.O. (OOC. nº 1), verifica-se que a primeira delas ocorreu em 30 de junho de 1967, e, portanto, quase 12 (doze) anos antes do ajuizamento do processo de anulação. E mais. Só veio a tomar essa providência judicial depois do comprometimento de todo o patrimônio.

Por que teria ela aguardado tanto tempo para agir? Por que só o fez quando nada mais havia para alienar? É mais uma interrogação que, por enquanto, fica no ar.

6. São tantos os fatos estranhos ocorridos desde a lavratura da procuração anulada que, somente uma conclusão se impõe em decorrência disso: o comportamento malicioso da autora, com o intuito de se locupletar às custas do Estado, através da propositura da ação, objeto da presente contestação.

7. Nesse passo, não é demais recapitular tais acontecimentos, a fim de que reste indubitosa pré-falada má-fé:

a) o fato de ter deixado de fora do feito anulatório o Estado, bem como o escrivão distrital que lavrou a procuração, posteriormente anulada;

b) o fato de não ter sido aquele agente público sequer arrolado como testemunhas da ação em tela, enquanto todos os demais participantes do ato o foram;

c) o fato de não ter sido contestada aquela ação;

d) o fato de ter a mesma transitado em julgado, sem qualquer contestação;

e) o fato de não ter tomado qualquer providência de natureza patrimonial contra o consorte que, afinal de contas, foi o autor intelectual da fraude, e quem dela se locupletou;

f) o fato de ter aguardado dois anos e um mês, desde o trânsito em julgado do feito anulatório, para só então ajuizar a ação objeto desta contestação, quando já havia operado a caducidade para propor o feito rescisório;

g) o fato de ter proposto a ação de anulação do mandato somente doze anos após a primeira transação que, segundo ela, foi realizada pelo mandatário;

h) o fato de ter tomado tal providência somente após terem sido alienados todos os imóveis, segundo ela, com a utilização do mandato viciado;

i) o fato de ter excluído do pedido de indenização os terrenos que foram alienados por ele, isto é, antes da feitura do malsinado mandato;

j) o fato de ter "esquecido" de excluir do mesmo pedido a metade correspondente à meação de seu então consorte.

8. Torna-se necessário acrescentar algo mais, para comprovar o dolo da autora?

Não! Sua atuação maliciosa está mais do que caracterizada e, por isso, terá ela de responder como litigante de má-fé.

A Justiça não pode pactuar com tal comportamento, premiando a torpeza da autora.

Frustou ela, ao assim agir, princípio da mais extraordinária importância social e jurídica: o princípio da boa-fé, que deve presidir a todas as relações jurídicas, sobrepondo, inclusive, de forma soberana a outros princípios de direito.

Tal é a relevância social e jurídica da *fides*, que Demolombe a denominava "a alma das relações sociais", "alma que há de presidir à convivência social e a todos

os seus atos", no dizer do Professor Clemente de Diego, tendo sobre ele escrito, de forma pitoresca, Jean Gruernet, ser "o óleo invisível que amacia o funcionamento da máquina jurídica" (citações extraídas da obra "A Boa-Fé no Código Civil", Alípio Silveira, 1º Volume, S. Paulo, 1972, p. 01).

9. Mas, supondo apenas para argumentar, não tenha atuado a requerida com malícia, ainda assim não pode prosperar sua pretensão, visto que, na melhor das hipóteses, teria ela incidido em erro material de direito, o qual não encontra excusativa na lei, tendo, aquele que aí incidiu, que suportar os efeitos do mesmo.

Discorrendo a respeito de tal espécie de defeito, ensina, com muita propriedade, ALÍPIO SILVEIRA:

"O descumprimento da lei arrasta a sanção correspondente, que pode ser: nulidade, anulação, responsabilidade, perda de direitos, etc., no campo civil; pena, multa, etc., nos terrenos penal, administrativo, etc.

Esse primeiro tipo de erro de direito faz um só corpo com uma conduta violadora de lei imperativa, proibitiva ou dispositiva. Pela sua própria definição ELE É INEXCUSÁVEL (grifei), salvo se, por hipótese, existir, em determinada legislação, quer uma regra geral, quer uma disposição particular que o admitam.

Dissemos "por hipótese", pois, no vigente direito privado brasileiro é certo não existir regra geral desta natureza..." (op. cit., p. 20).

Segue, após, o mesmo autor:

"É de se notar que, em direito privado, não foram apenas os legisladores brasileiros que não se atreveram a editar uma disposição geral sobre a admissibilidade do erro de direito do primeiro tipo, e que envolve violação ou descumprimento de leis imperativas, proibitivas e dispositivas. Com raríssimas exceções, que adiante veremos, é essa a orientação uniforme nos vários países. De fato, se o legislador consagrasse o princípio da admissibilidade da boa-fé na violação de tais leis, na esfera jurídica privada, ele subtrairia um vasto setor dessa esfera ao império da lei, e autorizaria a dispensa, em massa, do rigor da lei.

"É fácil de ver a que anarquia as coisas chegariam" (op. cit., p. 20 e 21).

ANTE O EXPOSTO, e, *ad argumentandum*, caso não sejam colhidas as preliminares argüidas,

REQUER: seja julgada improcedente a presente ação, com a condenação da autora no ônus da sucumbência,

REQUER: ainda, seja colhido o depoimento pessoal da requerida, através da expedição de precatória do MM. Juízo de São Luiz Gonzaga-RS.

REQUER: também a audita de todos os denunciados à lide, como testemunhas, requerendo-se a mesma providência do item anterior,

PROTESTA pela produção de todos os meios de prova em direitos permitidos.

P. Deferimento

Porto Alegre, 25 de outubro de 1982.

ÍNDICE DE AUTOR

BARACHO, José Alfredo de Oliveira — Processo e constituição: o devido processo legal. Artigo	45
BERGESCH, Eunice Rotta. — Convenção coletiva de trabalho. Parecer. ...	155
COUTO E SILVA, Almiro do. — Sociedade de economia mista. Parecer ...	79
CUNHA, Francisco Salzano V. — Sociedade de economia mista. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Almiro do Couto e Silva.	86
— Aposentadoria antecipada de professores. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Ana Maria Landell de Moura	95
— Tempo de serviço como estagiário. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Jorge Alberto Diehl Pires	99
— Funcionário à disposição sem ônus para o Estado. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Jorge Arthur Morsch	106
— Cedência de servidores de sociedades de economia mista. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Ney Sá	123
— Dispensa de servidor trabalhista. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Maurício de Azevedo Moraes	134
— O interesse público das autarquias. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Elaine de Albuquerque Petry	149
— Reajuste semestral de salários. Ofício do Procurador-Geral dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Eunice Nequete Machado	171
FERREIRA, Aldo Leão. — Regime jurídico dos servidores municipais. Parecer	175
FONYAT, Maria Izabel F. de Araújo. — Taxa de conservação de estradas. Parecer	181
GALLICCHIO, Defrancisco. — Regime especial de trabalho e incorporação. Resposta do demandado	225
	247

GOULART, Adnor. — Responsabilidade civil do Estado por ato de escrivão distrital. Contestação	237
— Alienação de veículos automotores do Estado. Parecer	135
GUIMARÃES, Eulália Maria de Carvalho. — Licenciamento anual de veículos automotores. Parecer	151
LEAL, Caio M. — Custas judiciais: mandado de segurança contra a Lei 7.887/83. Agravo regimental contra a concessão da liminar	220
LOSANO, Mário G. — A lei francesa sobre a proteção dos dados. Artigo ..	13
MACHADO, Eunice Nequete. — Reajuste semestral de salários. Parecer ..	163
MORAES, Maurício Azevedo. — Dispensa de servidor trabalhista. Parecer ..	125
MORSCH, Jorge Arthur. — Funcionário à disposição sem ônus para o Estado. Parecer	101
MOURA, Ana Maria Landell de. — Aposentadoria antecipada de professores. Parecer	89
PETRY, Elaine de Albuquerque. — O interesse público das autarquias. Parecer	143
PIRES, Jorge Alberto Diehl. — Tempo de serviço como estagiário. Parecer ..	97
RAGUGNETTI, Lucinda Maria Pereira. — Responsabilidade perante terceiros nos grupos societários. Artigo	39
ROCHA, Manoel André da. — Licença-prêmio. Parecer	109
SÁ, Ney. — Cedência de servidores de sociedades de economia mista. Parecer	115
— Custas Judiciais: mandado de segurança contra a Lei 7.887/83. Parecer	199
VARGAS, Nilo. — Isenção tributária. Parecer	187

ÍNDICE DE ASSUNTOS

ALIENAÇÃO

- Alienação de veículos automotores do Estado. Inteligência do artigo 4º da Ordem de Serviço nº 1/83-87, expedida pelo Senhor Governador do Estado. Impossibilidade de qualquer forma de alienação dos bens a título gratuito, assim como de cessão de tais bens a Prefeituras Municipais e a entidades filantrópicas. Parecer do Procurador Adnor Goulart

135

APOSENTADORIA

- Funcionário à disposição sem ônus para o Estado. Sob esta condição o funcionário pode ser cedido a outra pessoa administrativa para exercer cargo de confiança. Parecer do Procurador Jorge Arthur Morsch ..
- Ofício do Procurador-Geral, Or. Francisco Salzano V. da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Jorge Arthur Morsch
- Aposentadoria antecipada de professores. Aposentadoria concedida após 25 anos de efetivo exercício em função de magistério. O tempo de serviço prestado à Campanha Nacional de Alimentação Escolar configura função de magistério para os fins previstos na Emenda Constitucional nº 18/81. Parecer do Procurador Ana Maria Landell de Moura
- Ofício do Procurador-Geral, Or. Francisco Salzano V. da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Ana Maria Landell de Moura

101

106

89

95

AUTARQUIA

- Extensão das vantagens criadas pelo ato nº 206/76 do OEPRC a todos os servidores da autarquia regidos pela CLT. Impossibilidade de acolhimento de projeto de ato autárquico. O empregador público não pode melhorar graciosamente, sob liberalidade, a situação funcional de seus servidores empregados. Parecer do Procurador Elaine de Albuquerque Petry
- Ofício do Procurador-Geral, Dr. Francisco Salzano V. da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Elaine de Albuquerque Petry

143

149

CEDÊNCIA DE FUNCIONÁRIO

- Cedência de servidores de sociedades de economia mista. O servidor é cedido a outro órgão da administração pública com ônus para o órgão de origem. Possibilidade. Acumulação de remuneração indevida. Parecer do Procurador Ney Sá 115
- Ofício do Procurador-Geral, Dr. Francisco Salzano V. da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Ney Sá 123

CONSTITUIÇÃO

- Processo e Constituição: o devido processo legal. Direito constitucional e Direito processual. Direito constitucional processual. Processo constitucional. A proteção dos direitos fundamentais pelas jurisdições constitucionais. O "Due Process of Law" no sistema jurídico brasileiro. Artigo de José Alfredo de Oliveira Baracho 45

CUSTAS JUDICIAIS

- Custas judiciais. Mandado de segurança contra a Lei 7.887/83. Servidor público vitalício ou estável. Direito adquirido aos vencimentos. Constitucionalidade da Lei 7.887/83. O processo legislativo. Parecer do Procurador Ney Sá, adotado como informações pelo Senhor Governador do Estado 199
- Custas Judiciais: mandado de segurança contra a Lei 7.887/83. Agravo regimental contra a concessão da liminar, pelo Procurador Caio M. Leal 220

ESTAGIÁRIO

- O período de prestação de serviços ao Estado, sob título de estágio de complementação educacional realizado de acordo com a Lei Federal nº 6.494, de 6 de dezembro de 1977, deve ser considerado integralmente como tempo de serviço estadual para efeito de triênios, quinquênios, gratificação adicional e aposentadoria. Parecer do Procurador Jorge Alberto Diehl Pires 97
- Ofício do Procurador-Geral, Dr. Francisco Salzano V. da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Jorge Alberto Diehl Pires 99

FUNDAÇÃO

- Convenção coletiva do trabalho. Acordo coletivo, entre o Sindicato dos Jornalistas Profissionais de Porto Alegre e o Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Radiodifusão e Televisão do Estado e a Televisão Educativa do Rio Grande do Sul, no qual foi estendida a ambas as categorias as vantagens obtidas por uma e por outra, em seus respectivos âmbitos sindicais, é aplicável a todos componentes do quadro de pessoal da TVE/RS, exceção feita aos integrantes de categorias profissionais e aos profissionais liberais, que não jornalistas e radialistas, estes diretamente atingidos. Parecer do Procurador Eunice Rotta Bergesch 155

FUNCIONÁRIO PÚBLICO

- Funcionário à disposição sem ônus para o Estado. Somente sem ônus pode o funcionário estadual ser cedido a outra pessoa administrativa para exercer cargo de confiança. Nesse caso, o exercício de suas funções estaduais é interrompido. Parecer do Procurador Jorge Arthur Morsch 101
- Ofício do Procurador-Geral, Dr. Francisco Salzano V. da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Jorge Arthur Morsch 106

IMPOSTO

- A liberdade de escrever e a imunidade objetiva. O fisco não tem poder nem competência para instituir imposto sobre quaisquer dos gêneros de livros, jornais ou periódicos. Não é função do fisco examinar o conteúdo ideológico da escrita, com vistas à imposição, pois esta não existe constitucionalmente. Artigo do Dr. Ruy Barbosa Nogueira 21

INFORMÁTICA

- A lei francesa sobre a proteção dos dados. A premência da promulgação de leis que diminuam os dados que possivelmente sobrevenham ao indivíduo devido ao abuso no manuseio de informações relacionadas a sua vida particular. Artigo de Mário G. Losano. Tradução de César F. Mariano e revisão de Henriqueta K. von Wackerriett 13

ISENÇÃO TRIBUTÁRIA

- Isenção tributária. Irrevogabilidade da isenção concedida por prazo determinado e sujeita ao cumprimento de condição prevista na lei que a autoriza (Súmula 544). Parecer do Procurador Nilo Vargas 187

LIBERDADE DE ESCRITA

- A liberdade de escrever e a imunidade objetiva. O princípio político-constitucional da imunidade impositiva sobre o conhecimento. O fisco não tem poder nem competência para instituir imposto sobre quaisquer dos gêneros de livros, jornais ou periódicos, assim como não é de sua competência apreciar conteúdo ideológico da escrita, para efeitos de imposição, já que esta é inconstitucional. Direito tributário pátrio e comparado. Artigo do Dr. Ruy Barbosa Nogueira 21

LICENÇA-PRÊMIO

- Licença-Prêmio. O tempo de serviço anteriormente prestado pelo funcionário público sob o regime celetista deve ser computado em vistas à concessão da licença-prêmio de acordo com o estabelecido no Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado (Lei nº 1.751/52). Parecer do Procurador Manoel André da Rocha. 115

MAGISTÉRIO

- Aposentadoria antecipada de professores. Aposentadoria após 25 anos de efetivo exercício em funções de magistério. Adequação da expressão constitucional "função de magistério" à atividade desenvolvida por professor no exercício de função ligada a serviços de assis-

tência educacional. Parecer do Procurador Ana Maria Landell de Moura	89	pecial de trabalho. Resposta do demandado pelo Procurador Defran-	225
— Ofício do Procurador-Geral, Francisco Salzano V. da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Ana Maria Landell de Moura	95	— Regime jurídico dos servidores municipais. Servidor municipal. Seu regime, normalmente, é o estatutário e só excepcionalmente pode ser adotado o da legislação trabalhista. Inconstitucionalidade de lei municipal que determinou obrigatoriamente a adoção do regime celetista para o ingresso de servidores nos seus quadros permanentes, vedado o estatutário. Só se admite a aplicação da legislação trabalhista para serviços de caráter temporário e funções de natureza técnica e quando inexistir regime especial. Parecer do Procurador Aldo Leão Ferreira	175
MANDADO DE SEGURANÇA		RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	
— Custas Judiciais: mandado de segurança contra a Lei 7.887/83. Mandado de segurança nº 584005037. Servidor público vitalício ou estável. Direito adquirido aos vencimentos. Irredutibilidade. A Lei nº 7.887/83: sua constitucionalidade. O processo legislativo. Regimento interno: normas de caráter cogente e normas dispositivas. Escapa à competência do Poder Judiciário o exame dos defeitos da elaboração da lei, que digam respeito à economia interna do órgão legislativo. Parecer do Procurador Ney Sá, adotado como informações pelo Senhor Governador do Estado	197	— Responsabilidade civil do Estado por ato de escrição distrital. Contestação do Procurador Adnor Goulart	237
— Custas Judiciais: mandado de segurança contra a Lei 7.887/83. Agravo regimental contra a concessão da liminar, pelo Procurador Caio M. Leal	220	SALÁRIO	
PROCESSO		— Reajuste semestral de salários. O reajuste instituído pela Lei Federal nº 6.708, de 30/1/1979, não incide obrigatoriamente sobre gratificações que visem a remunerar, em caráter transitório, condições especiais de trabalho ou que tenham sido criadas por negociações coletivas. O referido reajuste incide, no entanto, sobre as gratificações de função não-transitórias, assumindo caráter de parcela salarial fixa e permanente, mesmo que condicionada. Parecer do Procurador Eunice Nequete Machado	183
— Processo e Constituição: o devido processo legal. Direito constitucional e o direito processual. Direito constitucional processual. Processo constitucional. Jurisdição constitucional. Os sistemas jurídicos e contemporâneos e o devido processo legal. Artigo do Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho	45	SECRETÁRIO DE ESTADO	
PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR		— Sociedade de economia mista. Participação de Secretário de Estado no Conselho de Administração. Impossibilidade jurídica. Parecer do Procurador Almiro do Couto e Silva	79
— Dispensa de servidor trabalhista. Com o objetivo de apuração das faltas cometidas por empregado público, estável ou não, é suficiente sindicância sumária não havendo necessidade de processo administrativo-disciplinar. Parecer do Procurador Mauricio Azevedo Moraes	125	— Ofício do Procurador-Geral, Dr. Francisco Salzano V. da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Almiro do Couto e Silva	86
— Ofício do Procurador-Geral, Dr. Francisco Salzano V. da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Mauricio Azevedo Moraes	134	SERVIDOR CONTRATADO	
PROTEÇÃO DE DADOS		— O interesse público das autarquias. Extensão a todos os servidores contratados sob o regime do direito do trabalho, pelo Departamento Estadual de Portos, Rios e Canais, das vantagens dadas por "liberalidade" segundo o Ato nº 206, de 23 de abril de 1976. O conceito de "liberalidade" da doutrina e jurisprudência do trabalho é incompatível com a atividade do Empregador-Administrador Público. Parecer do Procurador Elaine de Albuquerque Petry.	143
— A lei francesa sobre a proteção dos dados. A necessidade da promulgação de leis que restrinjam os danos que eventualmente sobrevenham ao cidadão devido ao abuso no uso de informações referentes a sua vida privada. Artigo de Mario G. Losano. Tradução de César A. Mariano e revisão de Henriqueta K. von Wackerriitt	13	— Ofício do Procurador-Geral, Dr. Francisco Salzano V. da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Elaine de Albuquerque Petry	149
REGIME DE TRABALHO		SERVIDOR MUNICIPAL	
— Regime especial de trabalho e incorporação. Regime de 44 horas semanais junto à administração centralizada. Impossibilidade de contar o tempo prestado fora da administração central, mesmo com carga horária compatível com o regime especial, como tempo em regime es-		— Regime jurídico dos servidores municipais. Em geral, é o regime estatutário e, excepcionalmente, o da C.L.T. Inconstitucionalidade de lei municipal que prescreveu obrigatoriamente a adoção do regime cele-	253

tista para o ingresso de servidores nos seus quadros permanentes, vedado o estatutário. Só se admite a aplicação da legislação trabalhista para serviços de natureza temporária e função de natureza técnica. Parecer do Procurador Aldo Leão Ferreira.	175		
SERVIDOR TRABALHISTA			
— Dispensa de servidor trabalhista. No caso de rescisão de contrato de trabalho de empregado do Estado, basta sumária sindicância. Comprovadas as faltas cometidas no caso de empregado instável, a dispensa deverá ser imediata; no caso de empregado estável a dispensa será efetuada após inquérito judicial perante a Justiça do Trabalho. Parecer do Procurador Maurício Azevedo Moraes.	125		
— Ofício do Procurador-Geral, Dr. Francisco Salzano V. da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Maurício Azevedo Moraes.	134		
SOCIEDADES			
— Responsabilidade perante terceiros nos grupos societários. Confronto do direito pátrio com o francês e o alemão e outros sistemas. Lei nº 6.404/76. Artigo do Procurador Lucinda Maria Pereira Ragugnetti.	39		
SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA			
— Cedência de servidor público a outro órgão da administração pública com ônus para o órgão de origem. Impossibilidade de transferência do empregado sem a sua concordância. Critério de remuneração. Parecer do Procurador Ney Sá.	115		
— Ofício do Procurador-Geral, Dr. Francisco Salzano V. da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Ney Sá.	123		
— Sociedade de economia mista. Impossibilidade jurídica do exercício simultâneo de cargo de Secretário de Estado e de cargo, emprego ou função em Conselho de Administração de sociedade de economia mista. Parecer do Procurador Almiro do Couto e Silva.	79		
— Ofício do Procurador-Geral, Francisco Salzano V. da Cunha dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Almiro do Couto e Silva.	86		
TAXA			
— Taxa de conservação de estradas. É constitucional a sua criação. Cabe ao legislador local, face à inconstitucionalidade da lei municipal em vigor, instituir um critério quantificador do tributo que tem como base de cálculo o custo do serviço. Encaminhamento de sugestões a respeito. Parecer do Procurador Maria Izabel Ribeiro de Araújo Fonyat.	181		
TAXA DE CONSERVAÇÃO DE ESTRADAS			
— Taxa de conservação de estradas. Cabe ao legislador local, em virtude da inconstitucionalidade da lei municipal em vigor, instituir um critério quantificador do tributo, que tem como base de cálculo o custo do serviço. Parecer do Procurador Maria Izabel Ribeiro de Araújo Fonyat.	181		
		TRIBUTO	
		— Isenção tributária. Isenção por prazo determinado. É irrevogável a isenção concedida por prazo determinado e sujeita ao cumprimento de condição prevista na lei que a autoriza (Súmula 544). Aplicação dos artigos 178 e 179 do Código Tributário e 153, § 3º, da Constituição Federal. Irrelevante o fato de a indústria beneficiada situar-se em área de território emancipado do antigo município. Direitos e obrigações transferidos por sub-rogação. Parecer do Procurador Nilo Vargas.	187
		VANTAGENS PECUNIÁRIAS	
		— Reajuste semestral de salários. Gratificação de função. Reajuste semestral instituído pela Lei Federal nº 6.708, de 30 de outubro de 1979, não incide obrigatoriamente sobre gratificações que se destinem a remunerar, em caráter transitório e esporádico, condições especiais de trabalho, na forma prevista pelo art. 450 da C.L.T. Parecer do Procurador Eunice Nequete Machado.	163
		— Ofício do Procurador-Geral, Dr. Francisco Salzano V. da Cunha, dirigido ao Governador do Estado, encaminhando parecer do Procurador Eunice Nequete Machado.	171
		VEÍCULOS AUTOMOTORES	
		— Alienação de veículos automotores do Estado. Inteligência do artigo 4º da Ordem de Serviço nº 1/83-87, expedida pelo Senhor Governador do Estado. Impossibilidade de sua alienação, a título gratuito, face aos termos do provimento em tela. Parecer do Procurador Adnor Goulart.	135
		— Licenciamento anual de veículos automotores. Competência normativa do Conselho Nacional de Trânsito para regulamentar o licenciamento anual de veículos. Parecer do Procurador Eulália Maria de Carvalho Guimarães.	151

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