

REVISTA DA PROCURADORIA- -GERAL DO ESTADO



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

REVISTA DA PROCURADORIA- -GERAL DO ESTADO

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

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

RPGE	Porto Alegre	v. 12	nº 34	1 a 247	1982
------	--------------	-------	-------	---------	------

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

JOSÉ AUGUSTO AMARAL DE SOUZA
Governador do Estado

OCTÁVIO GERMANO
Vice-Governador do Estado

MÁRIO BERNARDO SESTA
Procurador-Geral do Estado

MARIA AMALIA DIAS DE MORAES
Procurador-Geral Adjunto

JORGE ARTHUR MORSCH
Coordenador do Instituto de Informática Jurídica

CONSELHO DE REDAÇÃO

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

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

EQUIPE TÉCNICA

EXECUÇÃO E REVISÃO

Bel. Henriqueta Kopsch von Wackerritt

ASSISTENTE

Bel. Maria Rita Bortolon

EXPEDIÇÃO

Dalva A. Bragança da Silveira

SUMÁRIO

DOCTRINA

GEORGES MORANGE	Uma categoria jurídica ambígua: Os princípios gerais do direito	13
TELMO CANOJOTA DA ROSA FILHO	Correção monetária na liquidação da sentença	29
SILVIA LA PORTA DE CASTRO	A pessoa jurídica de direito público como parte em mandado de segurança	35
HERON ARZUA	Princípios constitucionais tributários e as contribuições . . .	41
CARLOS AYRES BRITTO	Os sentidos de vocábulo "poder", na Constituição Brasileira	53
LUCY S. MACKAY OUBUGRAS	Responsabilidade Civil do Estado	59

PARECERES

NEY SÁ	Quinquênios. Parecer 4966 PGE	75
ALMIRO DO COUTO E SILVA	Direito adquirido a quinquênios. Parecer 4369 PGE	75
ALEXANDRE HENRIQUE GRUSZYNSKI	Aposentadoria de ferroviário. Parecer 4940 PGE.	81
MANOEL ANORÉ DA ROCHA	Licença-prêmio. Parecer 4962 PGE	85
JORGE ALBERTO OIEHL PIRES	Política salarial. Parecer 4740 PGE	91
EUNICE NEQUETE MACHADO	Estágio probatório. Parecer 4905 PGE.	95
EUNICE ROTTA BERGESCH	Estagiários. Parecer 4960 PGE.	101
ELIANA DONATELLI DE MOURA	Ooação modal. Parecer 4833 PGE	107
ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS	Transferência para o quadro de pessoal da Procuradoria-Geral do Estado. Parecer. 4937 PGE	113

EULALIA MARIA DE CARVALHO GUIMARÃES

Acumulação ilegal de cargos públicos. Parecer 4879 PGE ... 117

ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH

Tempo de serviço prestado em sociedade de economia mista. Parecer 4692 PGE 123

ELAINE A. PETRY

Cessão de funcionário — Vinculação previdenciária: Aposentadoria 129

ARNOLDO WALD

Da incompetência das varas cíveis para julgar mandados de segurança. Parecer 141

ASSUNTOS MUNICIPAIS

MARILIA DE OLIVEIRA AZEVEDO

Exercício da vereança com cargo, emprego ou função pública. Parecer 4910 PGE 151

ALDO LEÃO FERREIRA

Previdência Social. Parecer 4721 PGE 153

JOSÉ HUGO V. CASTRO RAMOS

Desmembramento de território municipal e anexação a outro município. Parecer 4787 PGE 159

TRABALHOS FORENSES

ARAMIS ANTÔNIO GARCEZ

Salário de ajudante-substituto no período de licença-saúde. Embargos infringentes 165

REJANE BRASIL FILIPPI

Correção monetária da base de cálculo do imposto de transmissão 177

ADNOR GOULART

Ação de usucapião. Constestação 189

MARCIA PORTO CASTRO

Nulidade de opção pelo plano de carreira do magistério por falta do requisito efetividade. Contestação 197

CAIO MARTINS LEAL

Acordo de reversão União-Estado-Rede: Um novo enfoque. Contestação. Sentença. Embargos de declaração. Despacho. Apelação. Acórdão. Recurso extraordinário. Despacho denegatório. Agravo de instrumento 203

DOCTRINA

UMA CATEGORIA JURÍDICA AMBÍGUA: OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

GEORGES MORANGE

Professor na Faculdade de Direito e de Ciências
Políticas da Universidade de Caen, França.

SUMÁRIO

Introdução

- I — Surgimento e evolução da noção de princípio geral do direito
 - A — As causas estruturais do surgimento dos princípios gerais do direito
 - B — As causas conjunturais do surgimento e do desenvolvimento dos princípios gerais do direito
 - C — As causas constitucionais do declínio dos princípios gerais do direito
- II — As diversas categorias dos princípios gerais do direito
 - A — Os princípios gerais constitucionais
 - B — Os princípios gerais legislativos
 - C — Os princípios gerais regulamentares

Introdução

Os tribunais administrativos fazem uso, parece-nos, cada vez mais em seus julgamentos, dos princípios gerais do direito para examinar a legalidade dos feitos que são de sua competência. Há dez anos, o próprio Conselho Constitucional referiu-se a esta noção para decidir da constitucionalidade das leis submetidas a seu controle.

Todavia, algumas autoridades governamentais pareciam demonstrar alguma resistência, visualizar algo provocativo, frente a esta proliferação de princípios gerais do direito.

Esta reserva nos parece inteiramente justificada; fazer referência aos princípios gerais do direito é fazer referência a um conceito que, ao longo dos anos, tornou-se cada vez mais ambíguo. Basta percorrer os inúmeros artigos e comentários que lhe são consagrados, para se notar desde logo as mais diversas opiniões sobre a origem dos princípios gerais do direito — a fonte — no sentido jurídico da palavra — o lugar dentro da hierarquia das normas, e enfim, o número destes princípios.

Tradução de "Une catégorie juridique ambiguë: les principes généraux du droit", por Henriqueta K. von Wackeritt, com revisão de Lucinda M. P. Ragugnetti e Paulo T. Magni; autorizada pela Revue du Droit Public.

Tal situação, é à primeira vista paradoxal: quanto mais a noção é apresentada como fundamental, mais as dúvidas que a acompanham crescem. Esta confusão tem, segundo nós, duas causas essenciais: a primeira parece-nos residir no apego quase sentimental do Conselho do Estado a uma noção de grande prestígio, que teria tido o mérito de explicar os princípios gerais do direito numa época onde o esforço de síntese que ela representava era de natureza a tornar mais eficaz o seu controle da legalidade. O Conselho de Estado não viu — ou não quis ver — que esta mesma noção perdia, de uma só vez, a maior parte de sua justificação inicial, ou melhor, sua unidade, devido às mudanças constitucionais que a França conheceu em 1946 e 1958. A propensão do Conselho de Estado em minimizar as incidências das mudanças constitucionais no plano administrativo, foi indubitavelmente assinalada de forma muito justa. Nossa alta jurisdição administrativa não deveria, todavia, fazer abstração da vontade do poder constituinte, quando esta for manifestada claramente, sem desconhecer sua missão e perder, por assim dizer, sua razão de ser.

A responsabilidade de uma grande parte da doutrina na confusão atualmente existente não é menor. Muitos autores ficaram literalmente obcecados a partir da entrada em vigor da Constituição de 1958 pela vontade de limitar o poder de regulamentação autônomo, amplamente conferido ao Executivo pelo artigo 37 desta Constituição. Julgando que a submissão dos regulamentos autônomos aos princípios gerais do direito seria o melhor meio de assegurar esta limitação, eles não poderiam senão encorajar o Conselho de Estado a fazer referência cada vez mais a esses princípios e a lhes assegurar uma abrangência geral. Parece que eles não se deram conta, não mais que a nossa alta jurisdição administrativa, de que esta limitação necessária estava assegurada, essencialmente, pela simples execução dos novos princípios constitucionais.

Estas afirmações requerem uma demonstração. Ela será o tema deste artigo. Necessitamos, contudo, antes de empreendermos esta demonstração, esclarecer em que perspectiva iremos nos colocar e os métodos que nos propomos utilizar.

É propositalmente que escrevemos acima que o Conselho de Estado tinha “desenvolvido” — e não “criado” — a noção dos princípios gerais do direito. Por maior que tenha sido, e continue sendo — pelo fato, particularmente, da não codificação do direito administrativo — o papel do juiz na formulação da regra de direito, nós não poderíamos admitir que ele pudesse, de maneira alguma, ser o criador desta regra. Em outros termos, não existe, na nossa opinião, um verdadeiro poder normativo da jurisprudência. Colocar-nos-emos, por conseguinte, para este estudo, em uma perspectiva radicalmente diferente daquela que foi mantida pelo professor Chapus em dois trabalhos publicados pelo *Racueil Dalloz*. O pensamento deste autor, que afirma este poder normativo, e que o faz emanar da posição ocupada, segundo ele, pelo juiz dentro da hierarquia dos órgãos, pode se resumir de forma bastante simples nesta frase, extraída da conclusão de seu segundo trabalho: “A atribuição

ao juiz de uma posição que, embora não se igualando àquela do poder constituinte nem àquela do poder legislativo, é superior à autoridade administrativa mais elevada, bastando para assegurar a autoridade das regras jurisprudenciais...”

Parece-nos, por outro lado indispensável, para chegar a uma conclusão acerca dos princípios gerais do direito, utilizar sucessivamente, o método histórico e o método jurídico no estado puro.

Convém, na verdade, primeiramente, pesquisar o que a expressão exatamente significou no começo e de que maneira a noção assim liberada evoluiu, ou deveria ter evoluído, principalmente sob o império das mudanças constitucionais que a França conheceu em 1946 e em 1958.

Teríamos então a possibilidade de determinar com todo o conhecimento de causa, a que realidade deveria atualmente corresponder esta noção. Utilizaremos, nesta tentativa de síntese, o raciocínio jurídico no estado puro, abstraindo-se largamente a jurisprudência. À primeira vista, isto é paradoxal, na medida em que unanimemente tem origem puramente jurisprudencial. Mas, como o juiz, por apego excessivo ao conceito inicial dos princípios gerais do direito, falseou, em grande parte, os dados do problema, o recurso a um raciocínio essencialmente lógico nos pareceu indispensável para sair da confusão. Convém, em outras palavras, dar provas deste espírito “matemático”, que muitas vezes, faz falta aos juristas; fato esse que lhes permite conservar tantas definições de contornos imprecisos, fontes posteriores de todas as confusões.

I — Surgimento e Evolução da Noção de Princípio Geral do Direito

O conceito que devia conhecer um tão grande êxito sob a qualificação de “princípios gerais do direito”, já estava claramente presente nas decisões **Roubeau** pronunciadas pelo Conselho de Estado em sete de março de 1911 e nove de maio de 1913. Foi preciso esperar, em seguida, mais de trinta anos para que o Conselho de Estado, sob a influência da doutrina, retivesse definitivamente este qualificativo para designar uma noção cuja paternidade, sem dúvida nenhuma, lhe pertencia.

Mas, mesmo que o ato do qual deriva a paternidade não seja um ato criador, no sentido estrito do termo, a utilização, na iniciativa única do juiz, dos princípios gerais do direito, não nos autoriza a considerar o juiz como o verdadeiro criador das regras assim qualificadas, que extrairiam sua força jurídica da única manifestação de sua vontade.

Estas são as causas estruturais que permitiram o nascimento do conceito que é o tema do presente estudo. Ele, logo em seguida, desenvolveu-se sob a influência

de causas de natureza conjuntural. As mudanças constitucionais que a França conheceu, em 1946 e em 1958 deveriam ter conduzido ao declínio, ou mais exatamente, à diversificação do conceito.

A. As Causas Estruturais do Surgimento dos Princípios Gerais do Direito

A missão primordial do juiz administrativo é, já há muito em nosso país, assegurar a submissão da administração ao direito. Se o juiz pode no início, o que era mais ou menos inevitável, manifestar alguma indecisão no exercício deste controle, ele se ateve de imediato em torná-lo o mais eficaz possível. Ora, pareceu a este juiz, nas últimas décadas da Terceira República, que esta vontade de eficácia — que era a sua — arriscava ser mais ou menos paralisada por uma dupla carência.

A primeira se situava no plano constitucional. As três leis constitucionais que constituíam o quadro jurídico da Terceira República não continham o equivalente do que os antigos autores chamavam de "as garantias dos direitos", isto é, as disposições destinadas a assegurar a efetividade dos princípios fundamentais sob os quais repousava a sociedade política de então. Estes princípios não tinham sido, por outro lado, enunciados em nenhuma declaração de direitos ou preâmbulo.

Por outro lado, o direito administrativo, por razões concernentes ao mesmo tempo, a seu surgimento relativamente recente no cenário jurídico e às condições de seu desenvolvimento, jamais tinha sido objeto de uma codificação. O juiz não podia, por conseguinte, encontrar, em um texto tendo valor de lei ordinária, o conjunto de princípios chamados a regular as relações entre a administração e os administrados. Princípios que, pelo fato de sua adoção pelo Legislativo, teriam necessariamente explicado, neste plano, os princípios políticos fundamentais da Terceira República.

Esta dupla carência não apresentou contudo nenhum inconveniente grave enquanto o poder regulamentar permaneceu um poder estritamente subordinado ao Poder Legislativo. Com efeito, se a natureza das coisas devia, a despeito das concepções revolucionárias, impor ao Executivo o reconhecimento de um poder regulamentar, este permanecia estritamente subordinado por um duplo título: — ele só poderia ser exercido para assegurar a execução das leis, o que supunha, portanto, sempre a intervenção prévia da lei — as leis estariam, geralmente, suficientemente desenvolvidas para reduzir o exercício do poder regulamentar à determinação das modalidades de aplicação no sentido mais restrito da expressão.

Compreende-se mal, desde logo, como o poder regulamentar e, por conseguinte, as autoridades administrativas subordinadas, teriam podido desconhecer os princípios que tinham inspirado a ação do legislador, pois estes princípios, sem serem, na maioria das vezes, expressamente formulados, traduziam-se necessariamente dentro das principais disposições da lei, e por consequência, salvo violação da lei, no próprio decreto regulamentar.

Esta situação favorável iria modificar-se em dois tempos, a dupla carência assinalada apresentando desde logo toda sua gravidade no que concerne ao controle de legalidade, em sentido amplo, que o juiz tem a missão de assegurar.

B. As Causas Conjunturais do Surgimento e do Desenvolvimento dos Princípios Gerais do Direito

Nós as encontraremos nas duas extensões sucessivas que o poder regulamentar conheceu em nosso país desde 1919.

A célebre decisão **Labonne** concretizou a primeira, transmitindo ao nosso direito o conceito de poder regulamentar autônomo. O poder regulamentar constata o reconhecimento do direito de intervir espontaneamente, fora de toda a lei pré-existente sob a condição, todavia, que esta intervenção pertina na missão que lhe é constitucionalmente reconhecida. Admitido, primeiramente em matéria de polícia, este poder regulamentar autônomo deveria em seguida, ser estendido a outros domínios e, principalmente, pela decisão **Jamart**, à organização dos serviços públicos.

O surgimento e o desenvolvimento muito rápidos, nos últimos vinte anos da Terceira República, das leis de habilitação e das **lois cadres**² constituem a segunda das causas conjunturais. Existem certamente diferenças essenciais nos planos constitucional e político, entre a **loi cadre** e a lei de habilitação, sendo a primeira, particularmente, bem mais de acordo com os princípios da democracia representativa que a segunda. Mas estas diferenças não interessam ao nosso estudo. Em um ou outro caso, na verdade, tornando-se o quadro legislativo extremamente flexível, para não dizer inconsistente, o poder regulamentar se vê reconhecer, de fato, nos setores que são objeto da **loi cadre** ou da lei de habilitação, poderes quase tão extensos quanto aqueles que nos outros setores o reconhecimento de um poder regulamentar autônomo acarretou.

Desde então, era grande o risco de ver a Administração escapar aos princípios fundamentais de nossa sociedade política aos quais ela havia sido sujeita, primeiramente, por intermédio da lei que disso era geralmente o reflexo. O apelo à noção dos princípios gerais do direito foi, para o juiz, o meio de evitar a materialização de tal risco. Ele considerou que podia legitimamente submeter a Administração não somente ao respeito à letra da lei — o que se revelaria, para o futuro, uma ligação insuficiente — mas da mesma forma, ao respeito dos princípios que tinham guiado o poder legislativo no conjunto de suas decisões, princípios que se podia destacar, pelo

N. T.² — *Loi cadre* — DR. CONST. Loi qui se borne à poser des principes généraux et laisse au gouvernement le soin de les développer en utilisant son pouvoir réglementaire. GUILLIEN, Raymond et VINCENT, Jean, *Lexique des Termes Juridiques*, Dalloz, 6^{ème} Edition, 1974.

método jurídico, do conjunto de leis existentes. *Era, dentro de uma elevada preocupação de legalidade, submeter a administração à vontade implícita do legislador, depois de tê-la submetido, já há muito tempo, à sua vontade explícita.*

Esta política jurisprudencial permaneceu, todavia, de aplicação relativamente limitada enquanto a França viveu sob um regime constitucional, cuja fraqueza no plano político era, na verdade, mais e mais seguidamente denunciada, mas cujos princípios básicos permaneciam, no conjunto, incontestados. A opinião do juiz parece ter sido, até o fim da Terceira República, de que o controle do exercício regular do poder regulamentar incumbia essencialmente, na mesma proporção aos órgãos que dele estavam investidos de direito ou de fato, às assembleias parlamentares.

A situação modificar-se-ia profundamente com a derrocada da Terceira República em junho de 1940. A França conheceu, então, durante vários anos, dois regimes de fato: o de **Vichy** e o de **Londres**, a autoridade desse último, que tornando-se única, estendeu-se por todo o território em 1944, com o recuo, além de nossas fronteiras, dos exércitos do III Reich em virtude do avanço dos exércitos aliados.

O regime de **Vichy**, que se dizia de uma ideologia muito diferente daquela que tinha sido, há muito tempo, a ideologia da sociedade política francesa, não possuía, embora algumas pessoas pretendessem, nenhuma base constitucional válida. Sua ação deveria ser **a priori**, condicionada a um juiz formado no quadro das tradições dos regimes políticos anteriores.

O regime de Londres teve, ao contrário, desde o início, a vontade de manter, face ao governo de **Vichy**, os princípios políticos tradicionais da França. Mas, em virtude das circunstâncias, ele não podia, mais que este último, possuir uma base constitucional regular e ele assegurou, após a libertação da metrópole, a retomada da ordem no país em circunstâncias problemáticas favoráveis; a experiência prova isto ao exagero, principalmente nos escalões inferiores da hierarquia administrativa.

É nestes períodos intermediários que o chamamento cada vez mais freqüente aos princípios gerais do direito, cujo conceito surgiu na jurisprudência uns trinta anos antes, permitiu ao juiz constranger a administração a respeitar, dentro da medida do possível, os princípios tradicionais da sociedade política francesa, princípios aos quais — todo o mundo bem sabe — nosso país se manteria fiel, quando ele reencontrasse as bases constitucionais estáveis, de acordo com a vontade popular.

O apelo cada vez mais freqüente aos princípios gerais do direito, pelas razões que acabamos de colocar, devia conduzir aos primeiros estudos de síntese que a eles dizem respeito. Referimo-nos, principalmente, aos artigos de M. Bouffendeau e de M. Letourneur — ambos membros eminentes do Conselho de Estado — publica-

dos em 1947 e 1951 pela revista **Études et Documents**. Eles confirmam, ao menos implicitamente, a explicação da proliferação dos princípios gerais do direito que nós acabamos de adiantar.

Ora, no momento em que estes estudos foram publicados pela Revista **Études et Documents**, a razão de ser inicial dos princípios gerais do direito já tinha desaparecido. Ninguém parece ter se apercebido disso ...

C — As Causas Constitucionais do Declínio dos Princípios Gerais do Direito

"O rochedo Tarpéienne está perto do Capitólio" costumavam dizer os antigos. A profunda verdade que esta expressão traduz, aplica-se, ou melhor, teria de se aplicar ao conceito jurídico que é objeto deste estudo. A hora da glória dos princípios gerais do direito se situa entre 1940 e 1946, isto é, no decurso de longo período intermediário que a França conheceu no plano constitucional; ora:

- a entrada em vigor da Constituição de 1946 retiraria toda a utilidade dos princípios gerais anteriormente desenvolvidos pela jurisprudência;
- a entrada em vigor da Constituição de 1958 devia logicamente reduzir o campo de aplicação daqueles que eram suscetíveis de aparecer no futuro.

A elaboração das instituições da Quarta República teve como objetivo, todos se recordam, dois projetos sucessivos. O primeiro projeto, denominado projeto de abril, foi rejeitado através de referendo. Este primeiro projeto era precedido de uma declaração dos direitos em boa e devida forma, que pretendia, de uma só vez, assegurar a continuidade e a mudança. Certas disposições incluídas nesta declaração pareciam haver inquietado setores significativos de opinião e contribuído, em consequência, para o fracasso do referendo. Daí a prudência dos redatores do segundo projeto que iria tornar-se a Constituição da Quarta República. Este projeto era precedido de um simples preâmbulo cujas ambições eram, entretanto, as mesmas que aquelas da declaração precedente: este preâmbulo, com efeito, reafirmava solenemente o valor dos princípios que tinham sido inscritos na declaração dos direitos de 1789 ou que tinham inspirado as leis da República; ele enunciava em seguida um certo número de outros princípios considerados como particularmente necessários em nossa época.

A entrada em vigor da Constituição de 1946 assinalaria, pois, neste plano, uma ruptura com a situação que tínhamos conhecido na Terceira República: **a ausência de toda a formulação dos princípios gerais de nossa sociedade política nos textos constitucionais. Uma das causas estruturais que tinha conduzido o juiz a criar o conceito dos princípios gerais de direito, que era a vinculação da administração a estes, havia terminado.**

Era necessário, todavia, para que esta nova situação pudesse traduzir plenamente todas as suas conseqüências, que os princípios aos quais o preâmbulo fazia referência, ou que ele enunciava, tivessem o valor jurídico reconhecido. Uma fração importante da doutrina sempre afirmou, que os princípios inseridos nas declarações dos direitos e preâmbulos constitucionais tinham valor filosófico ou político, mas não jurídico.

O Conselho de Estado pronunciou-se pelo reconhecimento do valor jurídico através dos acórdãos **Dehaene, Condamine et Syndicat des Ingénieurs Conseils**, e concordamos com M. Chapus, em julgar que a solução tinha sido alcançada desde o acórdão **Dehaene**. Esta solução parecia se impor pelos motivos desenvolvidos em um artigo publicado por esta revista em 1945, consagrado expressamente, é verdade, apenas aos princípios inseridos nas declarações dos direitos propriamente ditos. Estando o problema um pouco afastado de nosso assunto, pedimos ao leitor, caso necessário, reportar-se a ele.

Tendo o juiz administrativo reconhecido valor jurídico, ou melhor constitucional, ao preâmbulo, tornava-se ilógico desde então, ele se referir em suas decisões, aos princípios gerais do direito, tais como tinham sido entendidos até então em preferência aos princípios enunciados pelo preâmbulo, ou aos quais este fazia referência, pela razão muito simples de que havia necessariamente na maioria dos casos, identidade de conteúdo entre uns e outros. É bastante evidente, por outro lado, que em caso de contradição, o princípio constitucional deva necessariamente dominar sobre o princípio geral do direito antigo formulado.

Havia, por outro lado, duas vantagens práticas, para se invocar em todos os casos de identidade de conteúdo, os princípios enunciados ou indicados pelo preâmbulo, de preferência aos princípios gerais do direito anteriormente destacado pelo juiz:

— os princípios enunciados ou indicados pelo preâmbulo tinham um valor jurídico superior àquele dos princípios gerais do direito, no sentido anterior da expressão, e uma autoridade maior, democraticamente falando;

— os princípios tinham um conteúdo mais preciso pelo fato de sua formulação dentro de um texto, com exceção, é claro, no concernente aos princípios reconhecidos pelas leis da República aos quais o Conselho de Estado devia dedicar-se, num trabalho de síntese que consistia em destacar os princípios gerais do direito, da fórmula antiga.

A Constituição de 1946, se ela tiver sido corretamente interpretada sob este aspecto, deveria ter sido considerada como tendo esvaziado de sua substância e categoria dos princípios gerais do direito, sem se opor, para o futuro, a um certo ressurgimento deles. Na verdade, por razão que desenvolveremos na segunda parte, os princípios das leis da República, que tiveram reconhecimento de valor constitu-

cional, eram os princípios que inspiraram as leis anteriores à entrada em vigor da Constituição. Ora, considerando a evolução das leis, o legislador poderia ser chamado a elaborar, em vista do futuro, leis inspiradas pelos novos princípios. Nada se opunha, **a priori**, a que estes princípios sejam um dia, desenvolvidos pelo juiz e impostos à administração com aquela autoridade dos antigos princípios gerais do direito.

A Constituição de 1958 não se opõe a tal ressurgimento, mas reduz, de uma só vez, o número eventual e, sobretudo, o alcance destes novos princípios gerais do direito. É a conseqüência da combinação dos artigos 34 e 37 desta Constituição. É bastante evidente, de início, que tais princípios aparecem somente nos setores reservados ao Legislador pelo artigo 34 da Constituição. Não é menos evidente, por conseqüência, que tais princípios, admitindo-se que eles possam ser destacados, não possam ter nenhuma força jurídica no setor visado pelo artigo 37, isto é, aquele do poder regulamentar autônomo. A Constituição impede, neste setor, toda a intervenção da lei, no sentido orgânico do termo. Aquilo que a lei não pode fazer expressamente, ela não poderia implicitamente.

Chegou o momento de aproveitar a lição deste longo, mas necessário histórico ao qual nossa primeira parte foi consagrada.

II — As Diversas Categorias de Princípios Gerais do Direito

A lição essencial que devemos tirar do exposto, é que a noção dos princípios gerais do direito, devido às mudanças constitucionais de 1946 e de 1958, perdeu a unidade que inicialmente tinha sido sua. Hoje em dia, quando nos referimos aos princípios gerais do direito, referimo-nos a regras que podem ser de natureza e de alcance muito variáveis. É afirmar que uma classificação destes princípios tornou-se indispensável, sob pena de haver confusões graves.

Existem, em nossa opinião, três categorias: os princípios gerais constitucionais, os princípios gerais legislativos e os princípios gerais regulamentares.

Não reivindicamos de modo algum, a autoria desta classificação. Ela foi, desde 1958, enunciada, ou pelo menos, percebida pelos outros autores. Pensamos particularmente, nos representantes do governo Fournier, Théry et Braibant, a MM. Long, Weil et Braibant com seu comentário da decisão **Syndicat Général des Ingénieurs-Conseils**, aos professores Auby, Drago e Roche.

Separamo-nos, todavia, da maioria destes autores pela importância que concedemos a esta classificação. Para a maior parte deles, ela responde a uma exigência do espírito, sem grande alcance prático. Na primeira edição de seu tratado sobre o contencioso administrativo, os professores Auby e Drago escreviam por exemplo: "... Antes de 1958, como após, o governo devia respeitar os princípios gerais do direito porque estes princípios têm um valor jurídico superior às regras emanadas do

órgão executivo. Este valor era reputado como legislativo, devendo atualmente ser apresentado como constitucional, mas, antes como após 1958, esta distinção é sem valor para o juiz administrativo".

Pensamos, ao contrário, que o alcance de um princípio varia conforme o qualificativo que se lhe possa atribuir. É esta colocação que demonstraremos agora, passando em revista as três categorias de princípios cuja existência afirmamos.

A. Os Princípios Gerais Constitucionais

Dedicar-nos-emos a determinar, sucessivamente, a natureza, o valor jurídico e o alcance prático destes princípios.

Uma leitura atenta do preâmbulo da Constituição de 1946, ao qual o preâmbulo da Constituição de 1958 faz expressamente referência, para lhe manter valor constitucional, permite determinar com facilidade a natureza destes princípios. Eles se dividem em três subcategorias:

— Os princípios inseridos na Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789;

— Os princípios formulados expressamente pelo preâmbulo da Constituição de 1946 como particularmente necessários à nossa época;

— Os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República.

As duas primeiras subcategorias não apresentam problemas, a não ser aquele da compatibilidade entre certas regras formuladas na Declaração de 1789, e outras apresentadas pelo preâmbulo de 1946 como particularmente necessárias à nossa época. Trata-se de uma dificuldade assinalada desde a entrada em vigor da Constituição de 1946, cujo exame nos levará longe demais e não apresenta além disso, nenhum interesse para o nosso objetivo.

É indispensável, por outro lado, precisar, no que concerne à terceira subcategoria, quais são as leis da República que convém levar em conta para desenvolver os princípios que tiveram reconhecido valor constitucional.

Estas são, a nosso ver, todas as leis adotadas e promulgadas antes da entrada em vigor da Constituição em 1958, mas somente estas.

Os membros da Assembléia Constituinte, que estiveram presentes quando da origem da inserção da fórmula antes lembrada no preâmbulo da Constituição de 1946, não tinham talvez, como os trabalhos preparatórios parecem provar, uma idéia bem precisa do alcance exato desta curta fase. Mas a fórmula é clara e não de-

ve, por consequência, prestar-se a interpretação mais ou menos sutil. Ela exige que se leve em consideração todas as leis anteriores a 1958 para se desenvolver todos os princípios que aí se encontram implicados. É desta forma que primeiramente o Conselho de Estado e depois o Conselho Constitucional entenderam esta matéria.

Não se deveria levar em conta as leis posteriores à entrada em vigor da Constituição. A adoção da solução contrária conduziria, na verdade, a uma verdadeira abdicação da soberania do poder constituinte, poder supremo no Estado, que aprovaria antecipadamente todas as decisões do poder legislativo, poder simplesmente legado. Isto é juridicamente impossível.

A determinação do valor de nossos princípios acarreta ainda menos dificuldades do que aquela de sua natureza. Produtos da vontade do Poder constituinte, eles ocupam, na hierarquia das normas, o mesmo lugar que as disposições puramente orgânicas da Constituição. Eles têm, portanto, valor constitucional.

O alcance prático destes mesmos princípios, algo incerto no início, é agora bastante grande. Seu respeito se impõe, concomitantemente ao Executivo e ao Legislativo.

A submissão do Executivo a esses princípios é assegurada pelo juiz. Foi preciso esperar, todavia, para ter certeza, a evolução de jurisprudência que se concretizou nas decisões **Dehaene, Condamine et Syndicat Général des Ingénieurs-Conseils**. Essa submissão pode, entretanto, ser posta em dúvida, apenas no setor definido pelo artigo 34 da Constituição, se a violação inicial do princípio é consequência de uma lei, o decreto tomado para sua aplicação não sendo inconstitucional senão por via de consequência. Para evitar julgar a constitucionalidade da lei, o juiz se recusaria neste caso, a toda censura da decisão do Executivo.

Esta última hipótese, de pouca importância prática, posta a parte a submissão do Executivo aos princípios constitucionais, não traz nenhuma dúvida. Ela consequiria ser posta mais em evidência pelo juiz. Seria necessário para isto que ao menos no setor definido pelo artigo 37 da Constituição, o juiz qualificasse expressamente de "constitucionais" os princípios aos quais ele impõe o respeito ao Executivo. Ao referir-se simplesmente, aos princípios gerais do direito, sem qualificá-los, o juiz pode dar a ilusão de que o Executivo permanece submisso, no exercício de seu poder de regulamentação autônomo, aos princípios com valor simplesmente legislativo. Ora, isto é juridicamente impossível.

O poder Legislativo submete-se tanto de fato como de direito, igualmente, desde a entrada em vigor da Constituição de 1958, ao respeito destes princípios constitucionais. É a consequência da criação, por esta Constituição, do Conselho Constitucional e da missão que lhe foi confiada. A célebre decisão de 1971 não deixa nenhuma dúvida sobre a extensão eventual deste controle e é bem evidente que as no-

vas normas de posse de bens de raiz, previstas pela lei constitucional de 29 de outubro de 1974, são de natureza a fazê-la mais efetiva. Seria necessário, todavia, para que ele se torne imediatamente efetivo, uma nova ampliação destas normas. É bastante evidente, na verdade, que os particulares serão muitas vezes mais sensíveis à violação de princípios constitucionais do que os poderes públicos, inclusive as frações mais ou menos numerosas das assembléias parlamentares.

B. Os Princípios Gerais Legislativos

Esses são os princípios gerais tais como foram entendidos à época em que eles deram entrada no mundo do direito. Desta categoria jurídica que parecia prometer, há uns trinta anos, um futuro promissor, não resta muito atualmente.

Convém precisar, desde logo, quais são estes princípios. São os suscetíveis de destacar do conjunto de leis adotadas depois da entrada em vigor da Constituição de 1958. Realmente, aos princípios que podem ser destacados das leis adotadas anteriormente, foi conferido valor constitucional pelo poder constituinte.

Estas afirmações se impõem no que concerne a esta segunda categoria de princípios gerais do direito.

Esta categoria teria desaparecido do cenário jurídico se a fórmula inserida no preâmbulo da Constituição de 1946, ao qual o preâmbulo da Constituição de 1958 faz referência, fosse entendida como conferindo, de uma vez por todas, valor constitucional aos princípios destacados das leis, que tenham sido adotadas antes ou após da entrada em vigor destas duas Constituições. Mas vimos que uma interpretação assim, que implicaria em uma verdadeira alienação do poder constituinte, é juridicamente inaceitável.

A nosso ver, deve-se levar em conta para destacar estes princípios legislativos, leis anteriores a 1958 na condição de que estas leis sejam insuficientes, por elas mesmas, para permitir destacar o princípio (senão estaríamos na presença de um princípio constitucional) e que se recorra igualmente, às leis posteriores à entrada em vigor da Constituição de 1958.

Conclui-se enfim, que a despeito desse corretivo de natureza a estender o campo de aplicação desta categoria, o número de princípios que disso decorre é, doravante, muito reduzido. A categoria é, todavia, suscetível de se enriquecer em virtude da evolução rápida, atualmente em andamento, em um certo número de setores, (social, econômico, urbanístico, ambiental, etc.).

Se a determinação exata dos princípios que decorrem da categoria dos princípios legislativos apresenta algumas dificuldades, atualmente, o mesmo não ocorre com seu valor jurídico. Realmente estes princípios são, por hipótese, desenvolvidos a partir de um certo número de leis, no sentido orgânico e formal do termo.

É afirmar que repousando na vontade implícita do legislador, estes princípios devem ter reconhecido o mesmo valor jurídico que a lei, e se inserir na mesma categoria que a lei está na hierarquia das normas.

De natureza imutável desde a origem, os princípios que qualificamos de legislativos, sofreram dois retrocessos sucessivos. As constituições de 1946 e de 1958 diminuíram consideravelmente o seu número e, sobretudo, seu campo de aplicação eventual reduziu-se por força desta última.

Suponhamos que um princípio legislativo tenha podido desenvolver-se a partir de leis, por exemplo, em matéria social, surgidas após 1958. É bastante evidente que estes princípios somente teriam autoridade jurídica no setor legislativo — especificado pelo art. 34 da Constituição, com exclusão do setor regulamentar objetivado pelo art. 37. De fato, como já assinalamos na primeira parte, o poder legislativo perdeu, pela vontade do poder constituinte, toda a competência fora do setor determinado pelo art. 34. Na seção visada pelo art. 37, nenhuma lei pode intervir legitimamente. Ora, aquilo que o poder legislativo não pode mais fazer explicitamente, ele não deveria, **a fortiori**, fazer implicitamente, vinculando o poder regulamentar pelos princípios que inspiram sua ação legislativa.

Todavia, a tese contrária tem sido sustentada por um número significativo de autores, principalmente por M. de Laubadère. Pensamos traduzir fielmente o pensamento deste último, colocando que, segundo ele, a entrada em vigor da Constituição de 1958, não teve por consequência estabelecer, como temos sustentado, uma dupla hierarquia de normas. Na hierarquia restante, então única, a lei continuaria a ocupar uma categoria superior ao regulamento, mesmo autônomo; seria simplesmente vedado ao legislador intervir no setor visado pelo art. 37 da Constituição. Os princípios gerais desenvolvidos a partir do conjunto da legislação em vigor, e que se situam no mesmo nível que a lei, continuariam a ocupar uma categoria superior aos regulamentos, mesmo autônomos, e em consequência, a vincular o poder regulamentar.

Esta tese é tipicamente política, no sentido nobre do qualificativo. Ela permitia, — no momento em que se temia que o poder de regulamentação autônoma conferido ao Executivo pudesse degenerar em poder arbitrário — continuar a submeter este Executivo à observância de regras protetoras dos cidadãos.

Mas compreender não é necessariamente aprovar. Esta tese era, desde o início, inconstitucional; a vontade de limitação que ela traduzia tornou-se inútil com o tempo.

É possível aprovar ou desaprovar, do ponto de vista da ciência política, o sistema de legislação instituído pelos artigos 34 e 37 da Constituição de 1958. Nós somos, por razões cuja exposição não terá lugar aqui, francamente hostis a tal siste-

ma. Contudo, ele representa pelo tempo em que a Constituição ficar em vigor, o Direito positivo da França. Ora, este sistema repousa inteiramente na vontade do poder de impedir toda a interferência do Poder Legislativo na sessão regulamentar que ele instituiu. Era interpretar a Constituição de 1958 como a permitir ao Poder Legislativo realizar implicitamente o que lhe era interdito fazer abertamente.

O esforço de limitação do poder regulamentar, que representava a tese de M. de Laubadère tornou-se, em todo o caso, inútil a partir do momento em que o juiz se decidiu a reconhecer valor jurídico aos princípios enfocados pela Constituição ou por ela sustentados. Desde logo, a vinculação do Executivo estava automaticamente assegurada pelos princípios, tendo praticamente o mesmo conteúdo que os antigos princípios gerais do Direito como uma força superior, uma vez constitucional.

Em suma, a Constituição de 1958, deixava espaço a uma submissão eventual do Executivo aos princípios oriundos de sua própria regulamentação.

C. Os Princípios Gerais Regulamentares

A existência destes princípios gerais regulamentares foi examinada pelos autores que sustentavam a ideia de uma classificação tripartida dos princípios gerais e, de uma maneira geral por todos aqueles que levam em conta os princípios do procedimento ao lado desta categoria mais nobre que seria aquela dos princípios gerais do direito. Mas a natureza, o valor e o alcance destes princípios não foram, na maioria dos casos, suficientemente especificados.

Os princípios, que neste parágrafo nós qualificamos de regulamentares, são os princípios passíveis de destacar:

1 — dos regulamentos autônomos, decretados em cumprimento ao art. 37 da Constituição que entraram em vigor em 1958;

2 — dos textos de forma legislativa vigorantes antes de 1958 na seção desde então qualificada de regulamentar, textos que o Executivo pode modificar, por decisão própria, em virtude do referido art. 37.

São realmente os artigos 34 e 37 da Constituição atualmente em vigor que abriram o caminho a esta terceira categoria de princípios cuja existência repousa inteiramente sobre eles.

O conteúdo desta categoria poderia pela experiência, revelar-se bem mais substancial que aquele da categoria precedente. A explicação para este fato está na importância do setor que a Constituição colocou no domínio regulamentar. Pensamos, como outros autores e à vista de decisões recentes, que um dos terrenos de eleição destes princípios regulamentares poderia bem ser o procedimento administrativo ou contencioso.

O valor jurídico dos princípios dependente desta terceira categoria é, em todo o caso, fácil de estabelecer. Destacados de um conjunto de textos que tiveram desde a origem valor de regulamento autônomo, ou que perderam, devido à Constituição, seu valor legislativo inicial para tomar aquele dos regulamentos autônomos, estes princípios devem necessariamente, ter seus valores de regulamentos de base reconhecidos.

O alcance prático destes mesmos princípios é deduzido automaticamente disto. Repousando sobre a vontade implícita do autor dos regulamentos autônomos, (como os antigos princípios gerais do direito tiravam sua força da vontade implícita do legislador) estes princípios:

- não deveriam vincular o próprio autor (Presidente da República, Primeiro Ministro, ou, muito excepcionalmente Ministros) aos textos de onde ele foram extraídos;
- deveriam, ao contrário, impor-se a todas as autoridades administrativas situadas, na hierarquia, em categoria inferior àquela do autor dos textos, seja no exercício do poder regulamentar que pode lhes ter sido confiado por textos especiais, seja na elaboração de decisões individuais que entrarem no exercício de sua função. Não é, para os administradores, uma garantia negligenciável, pois a experiência prova que as ilegalidades estão situadas, na maior parte das vezes, nos escalões intermediários ou inferiores da hierarquia administrativa.

Não deveríamos, todavia, silenciar sobre uma dificuldade de aplicação suscetível de entrar o desenvolvimento desta terceira categoria de princípios. Os regulamentos autônomos de base podem ter como autor, ou o Presidente da República, o Primeiro Ministro, ou, enfim a título excepcional, os ministros. Estas diversas autoridades exercem as suas competências sob variadas formas. Dai resulta que uma hierarquia deve ser, necessariamente, estabelecida entre os diversos regulamentos autônomos de base, em função da personalidade de seu autor e das formas empregadas; hierarquia esta que deveria ter por consequência o estabelecimento de uma hierarquia paralela dos princípios destacados a partir destes mesmos regulamentos autônomos de base.

A dificuldade seria tal no plano prático, que sua natureza viria a desencorajar o juiz a desenvolver plenamente uma categoria de princípios gerais, que entretanto a lógica do sistema lhe imporia.

N. T.¹

Fonte: "RFI" — Artigo de Claude Jadoul — junho de 1981

O CONSELHO DE ESTADO FRANCÊS

O Conselho de Estado é o primeiro grande corpo administrativo do Estado. Anualmente os primeiros colocados no concurso da Escola Nacional de Administração — um dos estabelecimentos de maior prestígio dentro do sistema educativo francês — optam por essa instituição.

O Conselho de Estado tem funções jurisdicionais, enquanto instância de apelação dos tribunais administrativos e instância de cassação de todas as jurisdições e, sobretudo, do Tribunal de Contas. Ele tem também atribuições de ordem consultiva. O Conselho deve, por exemplo, examinar os projetos de lei, de decisão ou de decreto, antes de seu exame pelo Conselho de Ministros. Caso queiram, os membros do Conselho de Estado podem deixá-lo a qualquer momento. Mas, em geral, reassumem a função.

O Conselho de Estado "exporta" seus membros para todos os setores da administração e da vida nacional francesa. Muitos ministros, parlamentares e dirigentes de empresas saíram de suas fileiras. Assim, os membros da instituição mantêm um contato permanente e vivo com todos os setores da sociedade francesa, o que lhes dá ao mesmo tempo uma visão de conjunto e a distância necessária para o exercício das funções, no âmbito de suas missões.

Aliás, há algum tempo, por incentivo de Christian Chavanon, ex-vice-presidente da instituição, assistimos a um desdobramento do número de membros do Conselho, enquanto outros ex-membros eram reincorporados, uma vez terminadas suas missões fora da instituição.

Mais recentemente, o Conselho de Estado decidiu modernizar seu instrumento de trabalho, apelando para a informática. O programa atualmente em vias de preparação estará operando plenamente em 1983. A partir dessa data, a instrução dos processos será inteiramente automatizada e os advogados credenciados (60 membros) poderão informar-se imediatamente sobre como se encontram os processos que instruem.

Esse trabalho é colossal. Anualmente, examinam-se 10.000 recursos. Há 12.000 processos em atraso e o serviço do contencioso não consegue seguir o ritmo. A informatização poderá trazer uma solução para essa situação.

Mil e quinhentos estagiários estrangeiros associam-se, anualmente, à vida corrente do Conselho de Estado Francês. Familiarizam-se com seus mecanismos e suas atribuições, que são muito amplas, pois vão do exame da queixa de um empregado despedido aos litígios fiscais que podem surgir entre o Estado, os cidadãos e as empresas privadas.

O valor exemplar da instituição parisiense será ilustrado por uma nova iniciativa: será criada, dentro em breve, uma associação internacional dos Conselhos de Estado. Uma centena de países deverão participar de uma Conferência Internacional, em Paris, no próximo mês de dezembro, quando será oficialmente criada a referida associação.

CORREÇÃO MONETÁRIA NA LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA

TELMO CANDIOTA DA ROSA FILHO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

Defina-se a liquidação como "processo incidente dentro do processo de execução" (PONTES DE MIRANDA, Comentários do CPC, vol. XIV, p. 163) ou como "processo preparatório" (ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, Comentários ao CPC, Forense, 1974, 1 ed., v. VI, t. II, p. 572), o certo é que a manifestação jurisdicional que lhe põe fim se chama 'sentença', ainda que formalmente se explicita com a maior simplicidade, v.g. "Homologo o cálculo para que produza os efeitos legais. Intimem-se". Mesmo, pois, na liquidação por cálculo do contador o provimento final é sentença.

Na liquidação por cálculo do contador temos verdadeira ação de liquidação, onde o devedor pode opor as exceções clássicas, onde a citação é obrigatória, sob pena de nulidade, onde é dado impugnar o cálculo. Se há um procedimento com fases bem delineadas há, por imperativo lógico, unitariedade de procedimento, isto é, os atos processuais são marcados pela unidade, sendo a citação uma só, a impugnação uma só, a sentença uma só. Não é isso, porém, que se observa na praxe forense quanto à liquidação por cálculo. Flui o prazo de apelação (CPC, art. 520, III), a sentença transita em julgado; passa o tempo e surge a necessidade de se fazer nova conta para atualizar o cálculo por correção monetária; reabre-se a instrução, em geral sem a devida citação, faz-se a conta, em geral defeituosamente chamada de cálculo, e prolata-se nova sentença, correndo mais uma vez o prazo recursal. Quando a Fazenda Pública é devedora a situação se agrava, havendo necessariamente um expressivo lapso de tempo entre a requisição da quantia e o respectivo depósito, o que gera a feitura de novas contas e expedição de novos precatórios que tendem a se eternizar. Surge uma estranha forma de pagamento parcelado sem prazo determinado e uma atomização de sentenças que jamais poderia passar pela imaginação do legislador. A liquidação se torna dispendiosa, ocupa desnecessariamente o aparato judiciário, desgasta as partes, faz do processo um monstro de muitas cabeças, tantas que sejam as 'sentenças' prolatadas.

A estrutura do processo de liquidação tem merecido a crítica dos autores:

"O atual procedimento da chamada liquidação por cálculo do contador não mais se justifica. É até uma descortesia a nós bacharéis a disposição que manda fazer aquele serventuário um simples cálculo aritmético, bem como que sobre ele se manifestem as partes, decidindo o juiz a final". (HAMILTON DE MORAES E BARROS, 'Alguns problemas da execução forçada', Rev. Forense, 248/26 e segs.).

O problema mais grave quanto à repetição dos atos processuais tem sido causado pela necessidade de atualizar o cálculo pela aplicação dos índices de correção monetária. Incidiria, na espécie, o art. 471, I, do CPC, a exigir nova decisão? ALCIDES DE MENDONÇA LIMA nos leva a pensar assim:

"Os casos mencionados nos incisos são exemplificativos, pois outros podem ocorrer, que necessitem de cálculo: aluguéis, correção monetária etc. Assim já se interpretava no Código de 1939, sem discrepância". (Ob. cit., p. 591).

As normas jurídicas devem ser interpretadas em consonância com sua aptidão a solucionar litígios, a atender mais prontamente os reclamos da coletividade. O intérprete se deve colocar rente à realidade, como ensina alhures PONTES DE MIRANDA. Na dúvida se deve afastar o critério mais desconforme com a vida, com o que acontece diariamente, refletindo o interesse comum.

Há forma diversa de abordar a questão:

"O Juiz, ao determinar a correção monetária dos débitos trabalhistas não pleiteada no petítório, não estará modificando a lide, porque neste particular, os pressupostos fáticos e jurídicos, que informam a relação processual, mantêm-se íntegros". ('Correção Monetária Trabalhista' EUGÊNIO R. HADDOCK LOBO e FRANCISCO COSTA NETTO, Edições Trabalhistas S. A., 1967, p. 18).

A teoria da imprevisão não explica satisfatoriamente o instituto da correção monetária, pois a inflação não é mais fenômeno imprevisível ou imprevisto, havendo forma de antecipá-la através de índices oficiais, como os das ORTN. Também insatisfatória a cláusula número-índice, mera técnica de correção sem descer a uma descrição ontológica do objeto. Resta a teoria das dívidas de valor, onde o aspecto finalístico se destaca. Com o débito cria-se uma situação em favor do credor que não se traduz em quantia certa sob o ponto de vista nominal, mas sob o real. A moeda deixou de representar o duplo papel de forma de aferição de valor e meio de pagamento, restando-lhe apenas o último. O valor deve ser buscado em outra medida que não a moeda vista nominalmente. Algo semelhante ocorre com a garantia da irredutibilidade dos vencimentos, que estará sendo violada sempre que, mantido o valor nominal, se desgaste o real através de mecanismos como a inflação. Os juizes devem recorrer ao Judiciário se lhes ferirem direito líquido e certo. A correção monetária, portanto, é processo de reposição do valor real, mecanismo compensador da quebra da unitariedade da moeda em sua dupla função no mundo moderno.

ARNOLD WALD, em brilhante análise, cita a evolução jurisprudencial:

"Finalmente, o Supremo Tribunal Federal firmou o ponto de vista de que, no tocante às dívidas de valores, não transita o 'quantum' da con-

denação em julgado, reconhecendo o juiz a responsabilidade e traduzindo-a, no momento, num determinado 'quantum' monetário, suscetível de revisão quando outro for o 'quantum' correspondente ao real prejuízo da vítima (acórdão no recurso extraordinário nº 43.124, 'in' "Diário da Justiça" de 16 de outubro de 1961)". (Rev. Forense, 214/8).

Esta garantia em favor das pessoas, esta situação a ser traduzida em moeda num momento determinado, vencidos o nominalismo e a ficção da estabilidade, trazem do campo monetário para o jurídico novas implicações. Não deverá o direito processual mudar ao influxo das mudanças?

Se a aplicação dos índices de correção monetária em decorrência da lei implica na prolatação de nova sentença na liquidação por cálculo o problema da demora no pagamento permanece insolúvel. A invocação do art. 471, I, do CPC não melhora a situação. Aproximemo-nos, então, do art. 463, I. Usá-lo, se possível, se não, abrir na lei espaço para a solução do problema. Poder-se-ia, analogicamente, considerar a feitura da nova conta, para corrigi-la monetariamente, como um 'lapso aritmético'?

Vejam-se algumas passagens dos doutrinadores sobre o art. 463:

"Não se pode confundir erro de cálculo, simples lapso aritmético, com erro de aplicação da lei, ao apreciar o mérito da questão controvertida. Só o primeiro é que pode ser corrigido independente de recursos, ao passo que o outro, por envolver decisão definitiva, só por esta última forma poderá ser apreciado (TJRS, Just. 30/233)". (...)

"A correção do erro material também pode ser feita na segunda instância, a qualquer tempo, enquanto não executada a sentença, e mesmo após a coisa julgada (TJSC, Adcoas 1972/12.268)". (ALEXANDRE DE PAULA, Código de Processo Civil Anotado, RT, SP, 1976, II, pp. 390/1).

"A título de mera exemplificação podemos apontar como incluídos na previsão do art. 463: (...) erros de cálculo (adição, subtração ou outra operação aritmética)". (...)

"Como se cuida de mera correção de erro material, o juiz poderá fazê-lo de ofício ou por provocação das partes. Se uma delas requerer a retificação ou correção do erro, não se faz mister a audiência da outra. Em tal hipótese inexistente o contraditório". (WELLINGTON MOREIRA PIMENTEL, Comentários ao Código de Processo Civil, RT, SP, 1975, vol. III, pp. 529/530).

No quadro do direito positivo brasileiro inúmeras seriam as vantagens da aplicação analógica do citado art. 463, I, na liquidação por cálculo do contador, a única possível na execução por quantia certa, em se tratando de simples aplicação dos índices de correção monetária na elaboração de novas contas.

Em primeiro lugar releva, na aplicação dos índices, tratar-se de simples operação aritmética, que é uma das hipóteses de erro de cálculo. Acresce que a nova conta seria ato processual simples, independente de recursos, ganhando as partes um tempo precioso. Sendo desnecessária nova sentença de liquidação, desapareceria o período de sua espera, em geral longo diante da sobrecarga de serviço do Poder Judiciário. Outra vantagem é a de se poder corrigir monetariamente o cálculo em qualquer instância, ou em qualquer grau de jurisdição, em linguagem da moda no CPC. Mesmo após a coisa julgada se poderia requerer a atualização, desaparecendo um freio formal que embarça a justiça. A uma estrutura anacrônica costuma-se acrescentar uma série de obstáculos formais: esse aparato de poder bloqueia o direito e impede a justiça. Destaque-se, enfim, o poder conferido ao juiz de determinar de ofício a utilização dos índices de correção, bem como a ausência de contraditório. O interesse público é posto acima do privado, sendo traduzido no zelo do legislador ou do juiz pela satisfação do credor e conseqüente liberação do devedor. Cuida-se de tornar efetiva a vantagem veiculada num direito e o encargo presente num dever.

"De lege ferenda" atrevemo-nos a sugerir emenda ampliativa do Código de Processo Civil, criando-se um parágrafo segundo para o art. 605, transformado o atual parágrafo único em parágrafo primeiro. De um ponto de vista de qualificação da norma sugerida, deve ela se situar na parte final das disposições sobre liquidação por cálculo do contador, antes do art. 606, que introduz a liquidação por arbitramento. Uma alternativa mais abrangente, por certo, seria a inclusão da norma como inciso terceiro do art. 463. Eis o texto pretendido para esse art. 605, § 2º, ou, quem sabe, 463, III:

"O cálculo será corrigido monetariamente através de conta cuja realização será determinada de ofício pelo juiz ou tribunal, ou a requerimento da parte, intimados, em qualquer hipótese, credor e devedor. Os erros na aplicação dos índices de correção monetária serão retificados na forma do art. 463, I, deste Código".

Em assim fazendo evitar-se-á a pletora de sentenças homologatórias de novas contas, com a repetição dos prazos recursais e eternização da correção monetária.

Não há prazo para requerer a retificação, podendo ser em qualquer juízo (juiz singular ou tribunal).

Não se trata da hipótese do art. 471, I, onde há necessidade de nova decisão, mas de um caso subsumido no art. 463, I, em que a alteração da sentença (homolo-

gatória) é feita pelo juiz de ofício ou a requerimento da parte, descabendo recurso, de vez que não houve decisão e menos ainda sentença.

Se a parte não se conforma com a retificação, não esbarra na coisa julgada, podendo requerer a qualquer tempo a emenda. Imaginemos que juiz e contador insistam com aplicação errônea dos índices de correção monetária. Restará violado direito líquido e certo da parte, ensejador de mandado de segurança.

Esta medida simplificadora e desburocratizante descongestiona um pouco o Poder Judiciário, atende prontamente o interesse do credor, pela satisfação integral do crédito, bem como libera o devedor de uma anômala sucessão de liquidações e uma execução interminável. Quanto ao último aspecto avulta o caso da Fazenda Pública, prejudicada pelo conhecido fenômeno da repetição dos precatórios.

PORTO ALEGRE, 25 de agosto de 1982.

A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO COMO PARTE EM MANDADO DE SEGURANÇA

SÍLVIA LA PORTA DE CASTRO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professora de Direito Constitucional na UNISINOS

1. A presente reflexão origina-se dos inúmeros feitos que transitam no Poder Judiciário em matéria de mandado de segurança impetrados contra autoridades públicas ditas coadoras, sem que a entidade de direito público, Estado, nas hipóteses de que nos ocupamos, integre a lide como **parte** que é na demanda.

Esta freqüente, senão quase constante, ausência de intimação ao Estado — como provavelmente ocorra em relação à União e aos Municípios — pessoa jurídica de direito público de natureza política de existência necessária, constitui inegável cerceamento de defesa. Deste grave equívoco processual é que nasceram a inquietude e reflexão ora suscitadas.

2. Perfilamos o entendimento que parece inafastável segundo o qual o conflito de interesses a ensejar o **mandamus** passa-se entre o **impetrante** e o **Estado**, dado que a irradiação dos efeitos da sentença se dá na esfera de atuação de entidade estatal e não do agente administrativo como tal, mero detentor de uma função pública e chamado à lide como autoridade apontada como coatora.

3. A tese ora sustentada encontra arrimo em nossos melhores administrativistas e processualistas, do porte de SEABRA FAGUNDES, CASTRO NUNES, TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, referidos e referendados por CELSO AGRÍCOLA BARBI (*in Do Mandado de Segurança*, Forense, RJ, 1976, p. 177 e seguintes).

Ocorre que a entidade de direito público, titular da condição de **pessoa jurídica**, tem necessariamente que comparecer à lide pela singela razão de que é **nesta condição** e **em razão desta condição** que possui **capacidade processual**. Neste particular é preciosa a lição do eminente desembargador ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (em *Intervenção de Terceiro*, Ed. Saraiva, 1982) quando registra com clareza que "*capacidade para ser parte consiste, assim, na aptidão para praticar atos jurídicos processuais*" (grifado, p. 11). Ora, as pessoas jurídicas de direito público interno são, nomeadamente (...) "*os Estados, apresentados por seus procuradores (CPC, art. 12)*". Reconhece aquele insigne magistrado que tem-se admitido, em litígio, em certos casos, os próprios **órgãos** de pessoas jurídicas, anotando que "*evidentemente não podem ser acionados (...) os simples departamentos da Administração Pública (...)*".

Registre-se enfaticamente que o agente administrativo carece de capacidade processual dado que não é pessoa jurídica, nem de direito público, nem de direito privado; não comparece, outrossim, como pessoa física ou natural. Dá-se que o agente administrativo, na sua esfera de atuação junto ao poder público, tem poder, tem competência para fazer ou desfazer o ato pretensamente lesivo a direito individual. Mas isto não significa, em absoluto, que, quando da atuação do Poder Judiciário, este mesmo agente administrativo esteja habilitado a figurar como parte na demanda, com capacidade processual por si só. Trata-se de agente sujeito ao poder estatal e **este poder estatal é que precisa comparecer à lide**, para integrá-la como parte passiva nesta configuração processual.

Este posicionamento foi enfrentado precisamente dentro desta moldura no julgamento da Apelação Cível nº 30.404 pela 1ª Câmara Cível — P. A. (in Revista de Jurisprudência do T. J. R. S., nº 78, p. 265 e seguintes), cuja ementa aponta que:

"Parte no mandado de segurança é a entidade de direito público, não a autoridade apontada como coatora (...)".

E no voto do sempre eminente Des. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO destaca-se a posição bem definida no sentido de que:

"A parte passiva no mandado de segurança conforme a doutrina prevalente, não é a autoridade coatora, não é o informante, mas sim é a entidade de direito público a cujo serviço a mesma autoridade se encontra. O ato impugnado é do ente público e não ato pessoal do funcionário. A decisão jurisdicional regulará a situação do impetrante, não perante o funcionário, mas perante a entidade de direito público".

Reconhece ao longo do voto, com todas as letras, que "proferida a sentença, o dever de cumpri-la fielmente, em todos os seus termos, impõe-se na órbita de suas atribuições, a todos e quaisquer servidores do Estado a quem a ordem judicial seja apresentada".

Dito de outro modo, os efeitos da sentença não incidem na órbita pessoal, funcional ou patrimonial do agente administrativo apontado como autoridade coatora, mas rigorosamente atuam no âmbito da administração pública respectiva, União, Estado ou Município a que o funcionário pertença. Se se trata de requisito para ingresso em concurso público, para exemplificar, o impetrante, tendo obtido a segurança, será virtualmente um servidor público de uma daquelas entidades de direito público, comporá seus quadros, prestará serviço de conteúdo ocupacional definido em lei e, à evidência, será pago pelos cofres públicos correspondentes. O mesmo em matéria tributária, onde a polarização econômica será imediata em relação à pretensão fiscal discutida nas vias judiciais. Todas as hipóteses conduzem ao mesmo estuário: o interesse jurídico, a dizer, a necessidade da tutela jurisdicional é confron-

tada pela pessoa jurídica de direito público, ela sim com capacidade processual a comparecer à demanda. A autoridade coatora, para os efeitos do "writ", é tão-somente informante, **não é parte processual**.

Tal entendimento não afasta a letra da lei (Lei nº 1.533/51, artigo 7º, I) que determina a **notificação do coator do conteúdo da inicial**.

4. Impõe-se aqui a distinção a seguir exposta:

a) a pessoa de direito público é verdadeiramente a parte passiva no mandamus, interessada que é precipuamente na solução do conflito (cfr. posição já firme do Ministro COSTA MANSO, em Arquivo Judiciário, Vol. 40, p. 102). Segue-se daí que tal entidade, detentora de personalidade jurídica e conseqüente capacidade processual, é que deve ser **citada**. Sufraga tal posição literalmente CASTRO NUNES (em **Do Mandado de Segurança**, 7ª Ed., p. 254), sendo esta corrente inquestionavelmente confortada pelo reconhecimento de que o mandado de segurança, uma vez concedido, **terá efeitos na esfera patrimonial do Estado, na Fazenda Pública**. Resulta "não ser possível, por tudo isso, abstrair da sua presença (Estado) no processo, como parte passiva, não obstante os termos da preceituação legal", na conclusão de CASTRO NUNES (op. cit. p. 255).

A mesma linha de argumentação é defendida por THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI (**Do Mandado de Segurança**, 4ª Ed. RJ, 1957, p. 252 e seguintes) em termos precisos:

O Estado é uma entidade definida, tem personalidade jurídica e os seus funcionários são, como observa FRITZ FLEINER, apenas órgãos de uma entidade só que é o Estado. Individualmente o funcionário não pode representar o Estado, não só pelo princípio da hierarquia, como ainda porque isto importaria na diluição da personalidade jurídica do Estado, como unidade política e organização administrativa".

5. Consigna que "a audiência da pessoa de direito público interessada" exigida pelo Constituinte de 1934 (artigo 113, 33 da Constituição Federal de 1934) é endereçada "não ao funcionário que praticou o ato, mas ao Estado, pelo seu representante legítimo". E arremata aquele inolvidável constitucionalista e administrativista, ensinando que a presença do autor do ato é restrita às funções que exerce e não pode envolver, em sua plenitude, a da pessoa jurídica, mesmo que tal agente seja capaz de corrigir o ato ou seus efeitos (op. cit., p. 260). *

O cerne da questão ora enfocada radica em que o **mandamus** tem caráter de demanda contra a pessoa jurídica de direito público, em relação à qual o funcionário ou agente é apenas delegado administrativo, sem personalidade jurídica e, via de conseqüência inafastável, sem capacidade processual.

6. b) Na condição de agente da administração, a **autoridade dita coatora deve ser notificada, ex vi lege, para prestar as informações**. É precisamente dentro deste contexto que se coloca CELSO AGRÍCOLA BARBI (op. cit. p. 177 e 178) nos termos:

"Quem é parte passiva no Mandado de Segurança? A nosso ver, a razão está com SEABRA FAGUNDES, CASTRO NUNES e THEMÍSTOCLES CAVALCANTI: a parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público, a cujos quadros pertence a autoridade apontada como coatora (...) o ato do funcionário é ato da entidade pública a que ele se subordina. Seus efeitos se operam em relação à pessoa jurídica de direito público. E, por lei, só esta tem 'capacidade de ser parte' no nosso direito processual civil". (Grifou-se).

Esclarece que a circunstância de haver a lei previsto a notificação da autoridade coatora é apenas uma questão de ordem técnica, com vistas à celeridade do processo. O agente é notificado como "representante" da pessoa jurídica de direito público "e não como parte" (op. cit., p. 178).

7. Sabe-se que a razão aduzida pelos órgãos judiciais pela não citação da entidade de direito público para integrar a lide assenta na natureza peculiar do **mandamus**, sua celeridade, a reparação pronta e eficaz à lesão ao individual. Dá-se, porém, que na busca desta agilização tem o Poder Judiciário concedido liminares e concedido a final, as seguranças, sem que a pessoa jurídica de direito público esteja presentificada na demanda por seus procuradores. Cientes da decisão de 1º grau, usam do recurso de Apelação para desfazer a sentença, então aditando argumentos à informação tendo, portanto, de enfrentar uma decisão já proferida contra a qual insurgem-se em grau de recurso.

Resta-lhes, nesta circunstância, argüir em preliminar a nulidade das sentenças proferidas pelos juízos a quo, em razão da ausência de citação do Estado, nos casos dos feitos contra autoridades estaduais. Isto vem configurando inadmissível cerceamento de defesa, com graves prejuízos para o Poder Público estadual, ausente à lide até o grau de recurso, senão até a extinção do processo. É exatamente a constatação do Des. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, ainda no mesmo voto acima referido, registrando que "proferida a sentença, já o Estado, entidade de direito público, apresenta-se ostensivamente como sendo a parte passiva, apelando — como no caso presente — ou contra-arrazoando através de seus representantes judiciais regulares, no caso, a Consultoria-Geral do Estado" (op. cit. p. 269).

8. Afasta-se assim a construção da figura processual que põe a entidade de direito público como litisconsorte passivo necessário: seria o reconhecimento de que a autoridade coatora é parte processual, posição esta que não se compadece com a sistemática aqui defendida. Dito numa palavra: a legitimidade da pessoa jurídica de

direito público no mandado de segurança é como **parte** e nesta condição deve ser citada, na pessoa de seu representante legal, a teor do artigo 12 do Código de Processo Civil.

9. É por demais sabido que mais grave é a ofensa infringida a um princípio jurídico do que estritamente a uma regra jurídica. Ora, a Justiça Civil, assim como a Penal, é informada por duas ordens de grandes princípios que não podem ser desconsiderados, sob pena de cometimento de irremediável inconstitucionalidade, a saber, **o direito à tutela jurisdicional** e **o devido processo legal**. Ambos assentam em princípio norte, qual seja o **princípio da isonomia** (Emenda Constitucional nº 1 de 1969, artigo 153, § 1º). Este caminho só tem uma direção possível: o princípio da igualdade perante a lei traz como consequência o princípio da igualdade perante o juiz. Assim, é incompatível com esta ordem de idéias um tratamento desigual no processo, sem que às partes seja conferida igual oportunidade para defender-se.

Parafraseando ADA PELLEGRINI GRINOVER (em **Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil**, p. 91):

O preceito "audiatur et altera pars" surge imposto por um princípio inerente à própria justiça, ou seja na sua nota típica de alteridade ou bilateralidade. O princípio de que ninguém pode ser julgado sem ser ouvido (nemo inauditus damnari potest) decorre do próprio princípio da isonomia: eis o seu fundamento político".

O que se pretende demonstrar é que a não ouvida da parte, pessoa jurídica de direito público, implica em cerceamento de defesa, ferindo o princípio do contraditório, restringindo com isto, senão impedindo, o tratamento processual igualitário garantido constitucionalmente.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS E AS CONTRIBUIÇÕES

HERON ARZUA
Advogado em Curitiba

1. Sistema Tributário na Constituição Brasileira¹

A definição de tributo evidencia constituir-se ele em objeto de uma relação jurídica que tem sua fonte imediata na lei. É em função desta que o Estado tem a pretensão e outra pessoa o dever de dar uma soma de dinheiro. Essa pretensão, os casos em que ela se corporifica, os critérios gerais que determinam a maneira e os limites de sua formação, fluem, no Brasil, de um conjunto de normas estruturadas logicamente num patamar mais elevado ao plano legislativo ordinário. Referido conjunto de normas se enraíza na Constituição, compondo o sistema constitucional tributário, o qual engloba não somente a matéria tributária, mas inclusive os princípios fundamentais que convergem para toda e qualquer questão, isto é, que informam toda a ordem jurídica nacional. É a parte do Direito Constitucional que é tributária pelo objeto a que se refere, mas que é constitucional pelo escopo a que visa, posto discipline o poder estatal numa determinada atividade, a atividade tributária. Em nosso País, o sistema tributário organizado na Constituição ganha especial relevo, pois reduziu a disposições jurídicas minuciosas os princípios cardeais e as regras que cogitam de repartição de competências impositivas, aspecto essencial da Federação Brasileira. Tais princípios e regras, completadas por conceituações rigorosas, restrições e vedações, ainda são objeto de desdobramento analítico em lei de caráter complementar à Constituição e buscam, numa palavra, assegurar a plenitude da eficácia do próprio sistema, que contém em seu bojo, como se notou, a disciplina jurídica do Estado Federal Brasileiro — a discriminação constitucional de rendas.²

A Constituição de 1967, com redação da Emenda Constitucional 1, de 1969, representando o acme de um processo evolutivo que se iniciou em 1891, é, tangente ao sistema tributário, a mais hirta, extensa, inflexível, única no gênero das quantas se conhece. A Carta atual disse ao legislador o que fazer, o que não fazer, por que forma, como e em que medida fazer. Em efeito, as normas constitucionais tributárias deixaram muito pouco às inventivas do legislador ordinário. Este recebeu ves-

1. Obras indispensáveis ao entendimento da matéria: 1) **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**, de Geraldo Ataliba; 2) **Sistema Tributário Brasileiro**, de Amílcar de Araújo Falcão; 3) **Princípios Constitucionais Tributários e A Cláusula "Due Process of Law"**, de A.R. Sampaio Dória; 4) **Discriminação de Rendias**, idem; 5) **O Direito Tributário da Constituição**, de Aliomar Baleeiro; 6) **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**, idem.

2. Cf. Amílcar de Araújo Falcão, **Sistema**... pp. 10-11.

tuário fiscal pré-moldado, cabendo-lhe apenas atuar e efetivar os comandos recebidos de cima. Os contornos essenciais e o conteúdo básico do sistema foram traçados pelo constituinte, que, como sói ocorrer em outros países, não se limitou a expedir princípios genéricos sobre tributação. Naqueles temas em que a minúcia se mostrou inadequada para constar do texto constitucional, deferiu atribuição a normas interrogativas ulteriores para lhes completar a eficácia. Embora correndo o perigo de tanger o óbvio, é preciso lembrar que a Constituição é mera repartidora de competências. Ela não decreta desde logo os tributos, mas confere essa delegação aos órgãos legislativos do Estado. A outorga de competência, que em realidade funciona como restrição constitucional ao poder tributário, é acompanhada de todo um instrumental jurídico constitucional que constrange, extraordinariamente, o legislador comum na sua missão ínsita de desenhar as hipóteses de incidência tributária. Não só mandamentos genéricos (como aqueles ligados intimamente ao estatuto do contribuinte) devem ser observados, mas igualmente os que se dirigem para os sistemas tributários e nele se integram. A discriminação das fontes de imposição tributária, que encerra o princípio implícito da rigidez do sistema tributário,³ é corolário, por exemplo, de norma fundamental do Estado Brasileiro, a que reza ser o Brasil uma República Federativa. Princípios gerais que presidem a concepção de toda a ordem jurídica nacional, tais como o princípio da legalidade (traduzido no Direito Tributário pelo aforismo **pas de taxation sans représentation**), o da isonomia (que implica na vedação da criação de tributos não uniformes), o do respeito ao direito adquirido (as isenções contratuais não podem, no prazo avençado, ser revogadas), estão sempre presentes na implementação legislativa do sistema tributário. Normas constitucionais especificamente tributárias (**v.g.**, a imunidade tributária política das instituições de educação ou assistência social; a proibição de que os impostos residuais tenham hipóteses de incidências iguais aos partilhados a Estados e Municípios; a vinculação expressa da taxa à prestação de um serviço público específico ou ao exercício do poder de polícia; as limitações impostas à cobrança da contribuição de melhoria) servem de baliza e limites na elaboração dos pressupostos legais da tributação.

Toda essa casuística de nossa Constituição teve em vista preservar o sistema federativo e evitar a imposição indiscriminada por parte dos Governos.

2. Rigidez do sistema tributário

A Carta atual, embora voltando à técnica da Constituição de 1946, no que toca à partilha de competências por ordens federadas (**v. arts. 21, 23 e 24**), adotou a concepção da Emenda Constitucional 18, de 1.12.65, no sentido de lograr a rigidez do sistema tributário por meio de indicação explícita das hipóteses de incidência dos

3. "Em verdade, é incontroverso que princípios implícitos possuem a mesma força operante que os expressos" (**v. Princípios...**, op. cit., p. 15, de A. R. Sampaio Dória).

impostos, por via de referência às suas bases econômicas.⁴ Mas a distribuição de competências impositivas continuou a ser feita separadamente, em termos explícitos, de modo a conferir a cada um dos seres federativos ampla competência sobre os tributos deferidos. O sistema rígido não se caracteriza, no entanto, tão-só pela referência às hipóteses de incidência dos impostos hermeticamente atribuídos às pessoas políticas da Federação. Completa-se com inúmeras providências, entre as quais merecem, a nosso ver, citação especial: a) a conceituação das taxas e contribuição de melhoria (**art. 18, I e II**); b) a proibição de as taxas não tomarem por base impositiva a que tenha servido para a incidência dos impostos (**art. 18, § 2º**); c) a vedação de a União instituir outros impostos que tenham aspectos material e financeiro da hipótese de incidência idênticos aos previstos expressamente na Constituição (**art. 18, § 5º**); d) a sujeição aos princípios constitucionais das contribuições e dos empréstimos compulsórios (**art. 21, § 2º, I e II**); e e) a outorga à lei complementar para estabelecer normas gerais de Direito Tributário, (**art. 18, § 1º**). Com isso, o que pretendeu o constituinte foi fixar princípios e normas asseguradores do sistema rígido de discriminação de competências, procurando impedir as situações ocorridas na vigência da Constituição de 1946, onde a ausência de regras complementares (como a definição de taxas ou a fixação da base impositiva do imposto municipal de indústrias e profissões, por exemplo) acabaram por afrouxar um sistema que se pretendia fechado e inflexível. Aliás, foi à margem do sistema tributário da Constituição de 1946 que proliferaram as contribuições ditas sociais e previdenciárias, a maioria delas infringente dos princípios constitucionais tributários, nada obstante, como visto, a doutrina já postulasse a sua natureza tributária. Daí por que o casuismo da Carta vigente, com regras até desnecessárias, pois muitas delas são meras decorrências dos princípios cardiais. Assim é, **v.g.**, com a proibição de os impostos residuais e de as taxas não tomarem por base impositiva a que tenha servido para a incidência de outros impostos. A base impositiva é aspecto intimamente vinculado à materialidade da hipótese de incidência, sendo o seu atributo mensurável. A doutrina demonstra de modo irrefutável que a base de medida é aspecto indissociável da materialidade da hipótese de incidência. Ao contrário, se fora um dado externo, haveria desvirtuação da própria espécie tributária de que se cogita. Quer me parecer que a escolha de uma base de cálculo incompatível com o fato descrito hipoteticamente na norma pode levar à transformação do próprio aspecto material da hipótese de incidência. Donde se conclui ser o texto constitucional minudente em demasia; todavia, o foi para preservar a rigidez do sistema. Entre as diretrizes tendentes a resguardar a inteireza do sistema tributário perfilha-se a faculdade de a União emitir normas gerais de Direito Tributário.

3. Normas gerais de Direito Tributário

O § 1º do art. 18, da Constituição, confere à União, mediante lei complementar, a atribuição de 1) estabelecer normas gerais de Direito Tributário, 2) dispor so-

4. **V. Reforma Tributária Nacional**, Fundação Getúlio Vargas, Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda, Publicação n. 17, 1966, pp. 29-30.

bre conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e 3) regular as limitações constitucionais do poder tributário.

Embora mera consequência da própria concepção que o constituinte deu à organização do Estado Federal Brasileiro, alguns juristas, entre eles, com maior ênfase, Geraldo Ataliba, Paulo Barros Carvalho e Souto Maior Borges,⁵ vêm sustentando a tese de que, diante das normas-princípio **Federação e Autonomia Municipal**, a norma acima citada deve ser entendida de modo restrito, no sentido de abranger tão-somente o contido nos números 2) e 3) supramencionados. As consequências práticas de tal conclusão são importantíssimas, pois importaria em reconhecer a inaplicabilidade de parte do Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25.10.66, e tida, pelo seu conteúdo, como lei complementar à Constituição) às Federadas e Municípios.

Penso poder resumir (se bem que de modo incompleto)⁶ o entendimento dessa Escola sobre o alcance da expressão **normas gerais**. Com base nos princípios federativos (que a Constituição elege, ao lado da República, como intocável) e da autonomia municipal, que como princípios se constituem em alicerce da totalidade do sistema jurídico,⁷ os Estados e Municípios, ao lado da União, têm competências próprias, leis próprias, autoridades próprias, para exercitar suas competências. Dentro do **auto nomos**, Federadas e Municípios têm atribuições legislativas sobre o Direito Administrativo, podendo organizar a própria administração e regular as relações com seus administrados. O Direito Administrativo, ressalvadas as exceções expressas no texto constitucional, é sempre federal, estadual ou municipal. Ora, o Direito Tributário é mero capítulo do Direito Administrativo, só tendo de próprio o instituto do tributo, o qual não é suficiente, de **de par si**, para conferir autonomia ao Direito Tributário. Insito, pois, no próprio sistema jurídico-constitucional, a competência de cada membro da Federação, inclusive dos Municípios, para legislar sobre a matéria administrativa, na qual se contém a tributária. A Constituição em corolário, não cria tributos, mas defere competência à União, Estados e Municípios para fazê-lo, cada qual na esfera impositiva recebida. Se a Constituição não cria tributos, se ela atribui essa competência expressamente às indigitadas pessoas político-constitucionais, então a lei de normas gerais também não os cria. E criar significa não somente descrever as hipóteses de incidência, mas também prescrever como se desenvolve a obrigação tributária decorrente e, de lógica do sistema, como ela se extingue. De igual, pelas mesmas razões, não cabe às normas gerais cogitar de ex-

5. V. RDP 10/45; RT 433/297; **Rev. da Secr. Assuntos Jurídicos da Prefeitura Municipal do Recife 2/57**.

6. Para perfeito e correto conhecimento dessa tese é indispensável ler o artigo de Geraldo Ataliba, publicado na RDP 10/45.

7. E de Agostinho Gordijo a observação de que: "Quem desrespeita uma norma, transgredir a simplesmente; quem ofende um princípio, agride todo o sistema" (citado por Celso Antônio Bandeira de Mello, RDP 10/298).

clusão, suspensão e contribuição do crédito tributário, nem de problemas relacionados com a fiscalização dos tributos. À sua vez, a atribuição conferida pelo § 1º, do art. 18, é para edição de normas gerais de direito tributário e não normas do Direito Tributário. O adjetivo **gerais** atua como evidente restrição do conceito de norma. Em consequência, a regra é a exclusividade, sendo a legislação sobre normas gerais a exceção; como tal, a sua interpretação deve ser restrita. Seu campo próprio e específico, de acordo com os princípios e regras constitucionais, é dispor sobre conflitos de competências entre as entidades tributantes e regular as limitações constitucionais ao poder de tributar.

Com o devido respeito que os citados juristas nos merecem, creio que o dispositivo constitucional indigitado deve ser compreendido, nem restritivo nem ampliativamente, mas de modo integrativo e harmônico com todo o sistema constitucional. A atribuição da competência legislativa sobre normas gerais de Direito Tributário há de ser colocada em consonância com os princípios que informam a estrutura do Estado Brasileiro. A Federação e a autonomia municipal devem ser examinadas à luz de nossa formação histórica e diante do Direito Positivo Constitucional vigente. Outros aspectos, para obfirmar a tese, também estão a exigir melhor reflexão.

Do ângulo histórico, não é novidade que, contrastando com a origem do federalismo americano, o brasileiro se organizou do centro para a periferia, surgindo de gradativas concessões do poder central e não de fatias soberanas dos Estados-membros. A Federação Brasileira, sendo derivada de um estado unitário tradicional desde os tempos coloniais, passando pelo Império, partiu de esquemas e concepções fortemente centralizados. Essa situação se refletiu intensamente na área financeira, onde a União, embora fazendo concessões às Federadas e, posteriormente, aos Municípios, sempre se reservou os poderes normativos gerais. O Código de Contabilidade Pública e as leis federais sobre o imposto de vendas e consignações (o Decreto-Lei 915, de 1.12.38, **v.g.**) são eloquentes atestados nessa direção. Daí se infere que, em matéria de normas gerais de Direito Financeiro (e Tributário), a União, primeiro implicitamente e depois de modo expresso, sempre teve competência legislativa. De outra parte, a centralização política e financeira do Brasil é resultado de fatores econômicos. De um federalismo formal dualista, tendo procurado aproximar-se do modelo americano, que consagrava a autonomia periférica de modo inequívoco, evoluímos (ou involuímos?) para um sistema federativo, de que a Carta atual é símbolo, denominado de integração ou cooperativo, no qual a maior parcela do poder tributário está concentrada na esfera da União Federal, com redução considerável de autonomia financeira dos Estados e Municípios. Talvez, e não carece examinar nesse trabalho, que pretende não se distanciar do enfoque jurídico, a marcha do federalismo para um sistema próximo do Estado Unitário seja inevitável, ditado por imposições econômicas e políticas dos anos modernos. Aqui não se está tomando partido pró ou contra a nova feição do federalismo; apenas se está indicando a possibilidade, bastante real e palpável, de a centralização política, administrativa e financeira ser irreversível e que ou o Estado Federativo se amolda aos novos tempos ou restará dele tão-somente a notícia histórica de sua existência num

curto período político da humanidade. A intervenção sempre crescente do Estado na economia e a consciência mais ou menos generalizada de que aí reside a pedra filosófica de qualquer regime, vêm reforçando consideravelmente a força centrípeta existente hodiernamente em todos os Estados Federativos. As perspectivas atuais, inclusive internacionais, como é o caso dos EUA, indicam que a influência do Governo Federal será cada vez maior no futuro. Esses novos influxos econômicos e políticos se refletem, obviamente, no instrumental tributário, que é largamente utilizado como meio de indução da economia, e na própria discriminação de rendas, onde ganha terreno a participação dos Federados e Comunas no produto da arrecadação dos impostos ditos por isso mesmo de nacionais. Outros motivos, que aqui cabe desenvolver, entre eles, a preservação da unidade nacional, militam a favor da tese e indicam a total compatibilidade entre a competência do Congresso Nacional para editar normas gerais de Direito Tributário aplicáveis aos Estados e Municípios, e os princípios maiores da Federação.

Sob o segundo prisma, do estudo do sistema constitucional da Emenda 1, de 1969, resulta, inequivocamente, como decorrência de um processo histórico irreversível, que mais se acentua no federalismo contemporâneo, a nítida superioridade política, jurídica e financeira da União sobre os Estados e Municípios. Esta preeminência se desnuda em todo o texto constitucional, como por exemplo: a) amplitude de suas competências e atribuições legislativas, a abarcar até matéria de Direito Administrativo (v. art. 8º, XVII; idem c); b) o seu poder, determinado na Constituição, de estabelecer as bases principais das organizações constitucionais e legislativas dos Estados, inclusive fixando os princípios constitucionais da União, a que se sujeitam (v. arts. 13 e 200); c) o direito de inspeção e fiscalização sobre os Estados, indo até a intervenção federal, mesmo por inobservância de diretrizes econômicas estabelecidas em lei federal (v. art. 10, V, a); d) a competência privativa para decretar os mais relevantes impostos no país, **v.g.**, o imposto de renda e o imposto sobre produtos industrializados, além daqueles de âmbito ordinatório da economia — os impostos de importação e exportação, o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos e valores imobiliários, e de utilização extrafiscal para fins de reforma agrária — o imposto sobre a propriedade territorial rural, sobre a incumbência dos tributos previdenciários, econômicos e profissionais (v. art. 21); e) a competência para instituição de impostos residuais, extraordinários e empréstimos compulsórios (art. 18, § 5º, 21, § 2º, e 21, § 2º, II). Quanto aos Municípios, além das restrições dirigidas ao Estado, que também devem obedecer (v. art. 200), a sua autonomia política está enfraquecida pela nomeação dos prefeitos das capitais e dos Municípios que sejam declarados de segurança nacional (art. 15, § 1º a e b), a sua autonomia administrativa, pelos princípios federais que devem seguir (art. 8º, XVII, c; arts. 97 e 109) e a sua autonomia financeira pelos poucos recursos gerados pelos seus impostos privativos, assim mesmo estes privados de restrições, tais como limitações das alíquotas do imposto sobre serviços, definição dos serviços tributáveis, e concessões de isenções (v. art. 24, II, e § 4º; art. 19, § 2º). Diante de tudo, ainda se pode apontar, como fator descaracterizador do princípio federal do bicameralismo,

a regra da fidelidade partidária, sob pena de perda do mandato (art. 35 e 152, parágrafo único), que torna o senador, não em representante do Estado, mas em soldado do partido.

Fazendo coro com a doutrina que ensina que Federação é autonomia recíproca da União e dos Estados, e que aquela encerra os princípios da a) auto-organização, b) da autodireção, c) das competências próprias e d) da repartição de rendas, forçoso é reconhecer que, na Carta atual, os indicados nas letras **a, b, e c** só existem, para Estados e Municípios, em termos discretíssimos. Por essas razões é que constitucionalistas proclamam estar extremamente esvaziado o conteúdo do art. 13, § 1º, principalmente se confrontado com os arts. 8º, 13, **caput**, e 200. O regime federativo, pois, diríamos com Victor Nunes Leal,⁸ não é esquema rígido. Há gradações no federalismo, tomando como referência a Federação Americana. Mesmo Geraldo Ataliba, que defende com brilho inextinguível o campo estreito das normas gerais de direito tributário em função dos conceitos de federação e autonomia, reconhece que "normas expressas vão circunscrevendo de tal forma essa autonomia, que ela se reduz a uma expressão prática realmente diminuta".⁹

Colocado o tema nesses termos, parece não restar dúvidas da conciliação dos princípios federativo e da autonomia com a faculdade de o Congresso Nacional expedir normas gerais de Direito Tributário. Se é certo, como magistra a doutrina constitucionalista, que na Federação a autonomia se encontra fora da alçada do poder legislativo federal, no caso brasileiro isso efetivamente acontece. Em matéria de normas gerais o Congresso se investe de representante, não da União, mas do Estado Federal Brasileiro.

Admitida, constitucionalmente, a possibilidade de haver a existência de normas gerais de Direito Tributário, resta o problema de precisar o seu conteúdo.

Já acenamos a posição de Geraldo Ataliba e sua prestigiosa Escola, sobre o conteúdo restrito das normas gerais. No passado, já houve quem, sob a bandeira da autonomia dos Estados e Municípios, tenha defendido a tese de que a norma geral de Direito Financeiro, em cujo bojo se reconheceu a matéria tributária,¹⁰ não pode, por exemplo, definir fatos geradores dos tributos estaduais e municipais.¹¹ É de não ser esquecida também a posição da Comissão Especial, composta pelos tributaristas Tito Rezende, Carlos da Rocha Guimarães, Eduardo Lopes Rodrigues, Jayme Péricles e Gilberto de Ulhôa Canto, para exarar parecer a respeito do anteprojeto de lei do Código Tributário Nacional, da lavra de Rubens Gomes de Sousa. Esta Comis-

8. V. **Problemas de Direito Público**, Rio, Forense, 1960, p. 110.

9. Cf. RDP 10/299.

10. Cf. José Duarte, **A Constituição Brasileira de 46**, vol. 1, pp. 275 e 296.

11. Cf. Carvalho Pinto, **Normas Gerais de Direito Financeiro**, p. 92; Sá Filho, **Normas Gerais de Direito Financeiro**, p. 27.

12. Cf. Parecer, publ. n. 4, do Instituto Brasileiro de Direito Financeiro, 1955.

13. Rubens Gomes de Sousa, "Normas Gerais de Direito Financeiro", RDA 37/12.

são, vencido Ulhôa Canto, emitiu juízo na direção de que as normas gerais só podem ser aquelas que se estendam indiscriminadamente a todas as pessoas de Direito Público e aos tributos de competência de todas essas pessoas, concluindo que não devia o Código regular os tributos locais em espécie.¹²

Defendendo a inteireza e constitucionalidade das normas constantes do hoje vigente Código Tributário Nacional, encontram-se o seu patrono, Rubens Gomes de Sousa, e os doutores Gilberto de Ulhôa Canto, Aliomar Baleeiro, Amílcar de Araújo Falcão, Fábio Fanucchi, e outros (a enumeração seria fastidiosa, pois se trata da corrente dominante).

Na concepção dos autores mencionados, as normas gerais, antes de serem regras de conceituação, são regras de atuação que, em última análise, regulamentam preceitos constitucionais, expressos ou implícitos.¹³ Afora o campo das limitações constitucionais e dos conflitos em matéria tributária (que todos se põem de acordo), a norma geral é competente para explicitar as regras constitucionais sobre conjunto e individualidade dos impostos componentes do sistema tributário. Observa Amílcar de Araújo Falcão que "tendo o legislador constituinte pretendido, em princípio sob um critério de rigidez, segregar as diferentes áreas de competência tributária, de modo a atribuir exclusividade ao exercício de cada uma delas e incomunicabilidade às categorias fiscais respectivas, não se poderia, conceber tivessem os diferentes titulares do poder de tributar ampla faculdade de definir os pressupostos de sua própria competência, o que equivale a definir os limites entre as suas e as demais esferas de competência."¹⁴ Rubens Gomes de Sousa coloca assim a questão: "Se a Constituição atribui privativamente à União, aos Estados e Municípios determinados impostos, designando-os por seus nomes, ainda é preciso determinar o que foi que a Constituição quis atribuir a cada uma daquelas entidades: porque se uma coisa nos parece absolutamente certa, é a que não se pode dizer que a Constituição tenha atribuído apenas um **nomen juris**; ... a não ser assim, o conceito de **venda** pode variar de Estado para Estado, ou o conceito de **prédio**, de Município para Município: e o resultado seria que toda discriminação de rendas, contida na Constituição, passaria a ser letra morta".¹⁵

O Relatório da Comissão Especial do Código (responsável pela Emenda 18, igualmente) ressalta que, dentre as normas que visam a assegurar a unidade econômica, política e jurídica do País, estão as que definem o fato gerador, a base de cál-

12. Cf. Parecer, publ. n.º 4, do Instituto Brasileiro de Direito Financeiro, 1955.

13. Rubens Gomes de Sousa, "Normas Gerais de Direito Financeiro", RDA 37/12.

14. **Sistema**..., p. 53.

15. **Normas**..., p. 21.

culo e, eventualmente, o contribuinte dos impostos de competência não só federal, como estadual e municipal.¹⁶

A matéria pertinente à definição das categorias tributárias objetiva a preservar a rigidez da discriminação de rendas, embora hoje conste do próprio texto constitucional. Encontra porém o seu desdobramento na lei de normas gerais.

Tirada a matéria regulada no sistema constitucional tributário, pensam os autores do Código fornecer ao campo do Direito Tributário substantivo também ângulos de implementação via normas gerais.¹⁷ Assim se daria com os assuntos ligados à legislação tributária, definindo, em razão do princípio da legalidade tributária, os aspectos essenciais da hipótese de incidência tributária, basilares até para verificar a natureza jurídica do tributo. Seguem-se daí as regras gerais que objetivem a disciplinar uniformemente em todo o País o desenvolvimento e extinção das obrigações tributárias, inclusive as hipóteses em que a aplicação da lei pode ser dispensada.¹⁸ Na mesma direção, a matéria relativa à interpretação da lei tributária, decorrente do princípio da obrigatoriedade de sua aplicação. No tocante à matéria objeto do direito, administrativo tributário — competência das autoridades arrecadoras e fiscalizadoras — o seu relacionamento com os direitos e garantias individuais serve de fundamento para as normas gerais.

Quanto à matéria do lançamento, que muitos têm como no âmbito do Direito Administrativo, é de se lembrar, apenas para mostrar a controvérsia doutrinária, a antiga tese (1943) de Dino Jarach a respeito da sua natureza jurisdicional¹⁹ ou a moderna tese de Alberto Pinheiro Xavier, para quem o lançamento é o título jurídico da obrigação de imposto.²⁰ No mais, é de se notar que as obras de Direito Administrativo reservam reduzidíssimo espaço, se é que reservam, ao estudo do lançamento e revelam com ele nenhuma preocupação, deixando transparecer que o sentem estranho às suas cogitações, a despeito de sua enorme importância no contexto jurídico tributário moderno.

Em verdade, o Código Tributário Nacional, como repositório de normas gerais, é fruto das concepções dominantes a respeito da autonomia do Direito Tributário e da necessidade pragmática de regular preceitos constitucionais tributários ou informativos da ordem tributária.

16. Cf. Reforma..., publ. 17 da FGV, p. 81.

17. Cf. Rubens Gomes de Sousa, in **Normas**..., pp. 29/33.

18. Cf. Aliomar Baleeiro, **Direito Tributário Brasileiro**, Forense, 3ª ed., p. 16.

19. V. **El Hecho Imponible**, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Prefácio X e ss.

20. **Conceito e natureza do Lançamento Tributário**, Ed. Juriscredi, SP, 1973, p. 535.

Não obstante, como inicia Berlín no seu notável **Princípios de Direito Tributário**,²¹ ter-se escrito muito, talvez até demasiado, para elucidar se o Direito Tributário é autônomo ou se, ao contrário, é mero capítulo do Direito Administrativo, a verdade é que o Direito, como instrumento de atuação, existe para resolver problemas fácticos, cuja necessidade de solução foi por eles demonstrada. Assentados na natureza eminentemente instrumental do Direito, e certos de que o problema da autonomia (no sentido de independência) não existe e é falso²², os juristas brasileiros, cientes da advertência de Dino Jarach já em 1943 — de que "admitir la autonomía estructural del Derecho Tributario o negarla, es fuente de diferentes maneras de ver la relación jurídica tributaria, es decir, de diferentes definiciones de ésta y de diferentes métodos de estudio del Derecho Tributario"²³ e imbuídos da noção de que o Direito Tributário não se esgota inteiramente no Direito Administrativo (que trata apenas do aspecto formal da relação jurídica tributária),²⁴ conceberam o Código Tributário como um conjunto de normas que cogita de regras gerais envolvendo toda a relação jurídica tributária, desde o seu nascimento até a fase de sua extinção, a par dos preceitos tendentes a assegurar a unidade e rigidez do sistema como organizado na Constituição.

A rigor, a diversidade das teses enunciadas, a propósito do conteúdo das normas gerais, não advém do fato de que umas sejam mais científicas do que as outras, mas da circunstância de que os seus arautos conduzem o raciocínio por vias diferentes, e não consideram as mesmas questões da mesma forma. Enquanto para uns a amplitude da norma geral é incompatível com a Federação, para outros ela é condição de sua própria existência.

Em conclusão: apensar do rigor jurídico da tese de Geraldo Ataliba, que reconheço levantar sérias objeções quanto à natureza de lei nacional do Código Tributário, este diploma, concebido por seus autores com finalidades evidentemente pragmáticas, é um complexo de normas gerais de direito tributário que, de resto, se harmoniza com os princípios constitucionais que informam a Carta de 1969. (Emenda 1).

21. **Principios de Derecho Tributario**, vol. I, Madrid, E. Derecho Financiero, 1964, trad. de Fernando Vicente, Arche Domingo, p. 19.

22. Rubens Gomes de Sousa, **Curso de Direito Financeiro**, publicação nº 6, do Instituto Brasileiro de Direito Financeiro, Rio, 1958, pp. 64-65.

23. **Hecho Imponible**, Buenos Aires, 1971, p. 47.

24. Cf. Rubens Gomes de Sousa, **Curso**..., p. 66; Amílcar de Araújo Falcão, **Introdução ao Direito Tributário**, Rio, 1959, Edições Financieiras, pp. 32-34; Alfredo Augusto Becker, **Teoria**..., p. 26; Aliomar Baleeiro, **Direito**..., pp. 15 e ss.; Dino Jarach, **El Hecho**..., p. 14; José Luis Peres de Ayala, **Derecho Tributario**, Madrid, 1968, Ed. Derecho Financiero, p. 11; Narciso Amoros, **Derecho Tributario**, Madrid, 1970, Ed. Derecho Financiero, pp. 63-66; Hector B. Villegas, **Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario**, Buenos Aires, 1972, Depalma, p. 125; Rafael Bielsa, **Compendio de Derecho Público — III Derecho Fiscal**, Buenos Aires, 1952, Depalma, pp. 1 e ss.

4. Sujeição das contribuições aos princípios constitucionais

Em face do demonstrado em trabalho anterior²⁵ de que as contribuições são tributos e, como tais, revestem as características de suas espécies, e visto submeterem-se os tributos aos princípios e normas-princípio da Constituição, a conclusão lógica que se impõe é: as contribuições não escapam aos princípios da Constituição.²⁶

Significa isso que as contribuições não podem ter hipóteses de incidência (e, conseqüentemente, base imponible — que é aspecto integrante do próprio conceito de hipótese de incidência) atribuída a outro imposto. Devem obedecer, rigorosamente, ao princípio da rigidez e a todas as demais normas referentes à espécie tributária de que se tratar. De acordo com as hipóteses de incidência que lhes sejam deferidas, tipificar-se-ão as contribuições como taxa ou imposto e, em se cuidando deste, serão assimiladas ao imposto tipo correspondente — sobre circulação de mercadorias, sobre rendas, etc. Cabe dizer aqui que a figura da contribuição como tributo misto, que reúne características de imposto e taxa, repugna à melhor doutrina. Ainda que sob o nome de contribuição haja vinculação à espécie taxa e imposto, em cada caso os princípios a serem seguidos são os que comandam a sistemática de cada qual, embora tratados, aparentemente, de modo uniforme. Várias leis sobre contribuições mesclam sob essa capa situações que indicam tratar-se ora de imposto ora de taxa. E, como afirmamos, as contribuições mais se afeiçoam à taxa, pois como impostos dificilmente se legitimam; via de regra, infringem os postulados constitucionais, em relevo o da rigidez que implica na atribuição privativa de impostos aos entes federados. Como taxas as contribuições perfilharão expressamente o conceito daquelas, principalmente ao requisito da prestação de serviços, ou sua disponibilidade, diretamente relacionada ao contribuinte. A ausência de referibilidade à pessoa colocada na qualidade de sujeito passivo na categoria de contribuinte descaracteriza a taxa e pode torná-la inexigível, se não puder acomodar-se a outra categoria tributária. Da mesma forma, as contribuições haverão de obedecer às prescrições do Código Tributário Nacional, como complexo válido de normas gerais de direito tributário. Toda a matéria legislativa sobre contribuições que for incompatível com as regras do Código deve ser tida como revogada.

A alegação da palavra **parafiscalidade** não tem mais, no Brasil, por disposição da própria Carta Magna, o efeito de justificar o desrespeito ao cânone constitucional tributário.

25. Cf. Heron Arzua, **Natureza Jurídica das Contribuições**, Ed. Rev. Trib. SP, 1974, pp. 11.

26. Cf. Aliomar Baleeiro, **Direito**..., op. cit., p. 571; Geraldo Ataliba, **Sistema**..., op. cit., pp. 198-199; Amílcar de Araújo Falcão, **Sistema**..., op. cit., p. 55.

Conclusões

1ª) O sistema tributário organizado na Constituição reduziu a regras jurídicas minuciosas os princípios cardeais e os preceitos relativos à repartição de competências impositivas.

2ª) Aludidos princípios consubstanciam não só mandamentos genéricos intimamente ligados ao estatuto do contribuinte (que se dirigem para o sistema tributário e nele se integram), como também aqueles próprios do sistema, entre os quais avulta o princípio da rigidez do sistema tributário.

3ª) Tais princípios e preceitos, completados por conceituações rigorosas, restrições e vedações, visam a assegurar a plenitude da eficácia do próprio sistema tributário, preservando o sistema federativo e evitando a imposição indiscriminada por parte dos Governos.

4ª) Naqueles temas em que a minúcia se mostrou inadequada para constar do texto constitucional, deferiu-se atribuição às normas integrativas ulteriores para lhes completar a eficácia (normas gerais).

5ª) Embora a controvérsia existente sobre o alcance e o conteúdo das normas gerais de Direito Tributário, que envolve o exame de questões fundamentais de direito constitucional, o dispositivo do texto supremo — que deferiu à União a faculdade de ditá-las através de lei complementar — deve ser entendido de modo integrativo e harmônico com todo o cânone constitucional. Nesta concepção, o Código Tributário Nacional, de evidentes finalidades pragmáticas, é um complexo válido de normas gerais de Direito Tributário.

6ª) Os tributos parafiscais não escapam aos princípios constitucionais. Em matéria de rigidez do sistema significa, basicamente, que não podem ter hipótese de incidência atribuída a outro imposto partilhado a Estados e Municípios, devendo observar rigorosamente as normas referentes à espécie tributária de que se revestir. Assimilados a impostos, dificilmente se legitimam; via de regra, infringem o princípio da rigidez.

7ª) Devem, igualmente, obedecer às prescrições do Código Tributário Nacional, tida como revogada toda matéria legislativa com ele incompatível.

OS SENTIDOS DO VOCÁBULO "PODER", NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

CARLOS AYRES BRITTO

Professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Sergipe
Professor de Direito Constitucional na Faculdade de Direito Tiradentes, em Aracaju
Mestre em Direito Constitucional, pela PUC de São Paulo
Procurador do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe.

Sumário: 1. Precedentes doutrinários. A universalização conceitual — 2. Os quatro sentidos do poder, na Carta Constitucional de 1969. Poder Nacional ou Poder Constituinte. Poder, enquanto órgão do Estado ou sistema de órgãos estatais. Poder, enquanto sinônimos de competência ou faculdade de ação. Poder, no sentido de "Estado" ou pessoa pública política, de base territorial. 3. Síntese dos vários significados do "poder". 4. Bibliografia.

1. Precedentes doutrinários. A universalização conceitual

1.1 Numerosas e de boa qualidade são as teorias que a doutrina constitucionalista brasileira tem formulado a respeito da significação do vocábulo *poder*. Entretanto, as que são do nosso conhecimento pessoal emprestam ao poder aquele sentido coloquial de todos conhecido, metajurídico, ou a ele se referem numa dimensão jurídica de pura teoria geral do direito; isto é, sem a pretensão de revelar o significado específico da palavra, à luz de um ordenamento jurídico positivo.

1.2 Assim é que os tratados, monografias, manuais didáticos, ensaios e outros gêneros menores da literatura jurídica têm ministrado explicações para o significado do vocábulo, isolado ou sob a forma das locuções *poder político*, *poderes do Estado*, *poder governamental* e expressões assemelhadas, mas sempre sob referencial teórico a ser universalmente aceito. Noutro falar, referencial que se não destina a revelar aquele específico sentido em que o poder é utilizado na Constituição Política do Brasil.

1.3 Em suma, não é do nosso próprio saber qualquer estudo sistematizado do vocábulo, a partir do tratamento constitucional brasileiro, de modo a conferir-lhe aquela precisão que ressaia da própria "voluntas legis".

2. Os quatro sentidos do poder, na Carta Constitucional de 1969

2.1 Pois bem, a nosso ver, é perfeitamente possível especular sobre o poder, em bases científicas, à luz das normas insculpidas no lastro formal da vigente Constituição do País. Nesta linha de orientação dogmática, podemos antecipar que são quatro, pelo menos, os sentidos que a Lei Maior empresta ao vocábulo ou àquelas locuções, todos perfeitamente caracterizados e, portanto, distintos uns dos outros.

São eles:

2.2. Poder Nacional ou Poder Constituinte

A vez primeira que a Magna Carta cuida da matéria é logo no § 1º do seu artigo introdutório, quando diz que "todo poder emana do povo e em seu nome é exercido". Tal poder, que tem sua fonte primária no povo, é o que se chama na teoria do direito constitucional de *Poder Constituinte*; ou seja, um poder anterior à constituição do Estado e, logicamente, aos órgãos deste. A mais autêntica expressão da soberania popular, porque apto a constituir o próprio Estado e seus órgãos governativos.

Aqui, não se trata de poderes do Estado, ou *poderes estatais*, porque, como visto, respeitante a uma realidade humana que é a causa primeira da própria organização estatal: o povo. Dele é que todo poder originariamente promana e em seu nome é que pode ser, legitimamente, exercido. Exercício que opera, por sua vez, segundo o princípio da representatividade política ou da democracia representativa, nos termos, forma e condições ditados pelo próprio povo.

Tal Poder Constituinte é o que elabora e promulga a Constituição Política, em cujo corpo se estruturam, não só o Estado e o Governo, mas também se lançam as bases da ordem econômico-social do País e se declaram, como se garantem, os direitos fundamentais da pessoa humana. Noutro dizer, o poder que tem a Nação para constituir a pessoa política que vai jurisdicioná-la — o Estado — e para dispor sobre a regência do seu próprio destino, elegendo os seus superiores objetivos de vida e escolhendo os meios que entender necessários ao alcance deles.

Por via de consequência, o primeiro significado da palavra *poder* é como *poder constituinte*, cuja expressão formal mais eminente é a própria Constituição da República.

2.3. Poder, enquanto órgão do Estado, ou sistema de órgãos estatais "Poderes da União"

A vez segunda que o texto magno fala de *poder* é no art. 6º, sob a seguinte roupagem vocabular: "São poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Agora, é patente que se trata de um poder já *constituído*, como órgão integrante da pessoa jurídica *União*. União que é o próprio Estado Federal do Brasil, no plano externo, e, no plano interno, uma das várias pessoas políticas de base territorial, integrantes da federação brasileira.

Aqui, portanto, *poder* não é sinônimo de Poder Nacional ou Poder Constituinte, mas de *órgão do Estado*, *órgão estatal*, *Poder Governamental*, *Poder Consti-*

tuido, ou, numa palavra, *poder do Estado*. Melhor dizendo, a realidade jurídica compreendida no vocábulo é o sistema de órgãos em que o Legislativo, o Judiciário e o Executivo se constituem, como partes estruturais ou necessariamente componentes da pessoa jurídica União. Logo, Poderes do Estado e não *Poder da Nação*, conforme ocorre na dicção do § 1º do art. 1º, já comentado.

Como sabido, toda pessoa jurídico-política de base territorial é organizada à imagem e semelhança das pessoas físicas. E assim como a pessoa natural é um feixe de órgãos que lhe são interiores, somente existindo como parcela do seu próprio ser, as pessoas jurídicas são também um conjunto de órgãos dispostos na sua estrutura íntima, como partes essenciais do todo personalizado em que elas consistem.

Isoladamente, nenhum desses órgãos ou *poder* possui personalidade jurídica, porque a personalidade é atributo do ser global em cuja estrutura interior cada um deles se sedia. Daí por que os atos de qualquer órgão são imputados à pessoa jurídica em que ele se integra, fatalmente, porque o órgão não é distinto da pessoa, mas elemento estrutural da mesma.

Se é verdade que a pessoa jurídica só pode pensar, querer e agir por intermédio dos seus órgãos — que são autênticos centros de formação e manifestação da vontade do ente personalizado de que eles fazem parte, —, também é certo asseverar que os órgãos só existem como peça da engrenagem em que a pessoa consiste, não podendo agir senão como parcela despersonalizada do ser jurídico inteiro a que eles pertencem.

Dá-se, aqui, o fenômeno ou a técnica da desconcentração política, que não passa de uma repartição de competência entre órgãos da mesma pessoa jurídica. É a necessária *desconcentração da autoridade política*, processada por esse eminentíssimo instrumento de distribuição de competências decisórias, que é a Constituição do País.

Nesse mesmo sentido é que a Magna Carta fala, por exemplo, em "livre exercício de qualquer dos Poderes Estaduais" (art. 10, inc. IV); em "garantias do Poder Judiciário" (mesmo artigo, inc. VII, al. "f"); em "competência do Poder Executivo para a iniciativa das leis orçamentárias" (art. 65), e em "garantia dos poderes constituídos" (art. 91), como destinação institucional das Forças Armadas.

2.4. Poder, enquanto sinônimo de competência ou faculdade de ação

Já no § 1º do art. 13, o Código Político Nacional diz que "aos Estados são conferidos todos os poderes que, explícita ou implicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição".

Neste passo, em que sentido ou acepção técnica foi empregada a palavra *Poderes*? A resposta é simples: poder, como faculdade de ação, potencialidade ou

aptidão para se auto-organizar e auto-reger-se, respeitadas as vedações explícitas ou implícitas da "Lex Fundamental". Logo, poder enquanto competência para atuar numa faixa própria de atribuições, segundo o princípio constitucional dos poderes remanescentes, ou residuais, que assistem aos Estados-membros da federação brasileira.

É o caso, por igual, do art. 27 da nossa Lei Maior, quando diz que "o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal". Esse *poder legislativo* deve ser entendido não naquela acepção subjetiva de órgãos da pessoa União, mas no sentido objetivo de parcela, ou fração de competência política, de caráter legiferante. É dizer: a competência para legislar assiste ao Congresso Brasileiro; ou, ainda: o poder de legislar é conferido ao Parlamento Nacional, que é o Órgão Legislativo da União.

O mesmo sucede com o art. 73, ao prescrever que "o poder executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado", e com o art. 112 da Constituição, ao falar que o "Poder Judiciário" é exercido pelos Órgãos Judicantes que, a seguir, menciona..

Trata-se, destarte, de um terceiro significado da palavra *poder*, visto que não identificado nem com o poder constituinte da Nação nem com os poderes orgânicos do Estado. Mas, tão-somente, como simples faculdade ou competência para agir em determinada faixa de atividade jurídica. Faculdade ou competência, já se vê que a "Lex Maxima" atribui originariamente à pessoa política União, em bloco, e depois a repassa, em fatias, para os órgãos ou poderes governamentais dessa mesma pessoa jurídica (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Assim é que podemos dizer que o *Órgão-Poder* exerce o *poder-competência*, dado que a palavra *poder* tanto pode referir-se a qualquer dos três órgãos estruturais do Estado quanto à capacidade ou "facultas agendi" de cada um deles.

2.5. *Poder, no sentido de "Estado", ou pessoa pública política, de base territorial*

Por derradeiro, é de se registrar que o vocábulo *poder*, sobretudo quando constitutivo da locução *poder público* é também utilizado pela Constituição como equivalente a *Estado*. Estado, diga-se, de modo compreensivo de qualquer um dos entes federativos, neles incluídos os municípios.

É o caso do art. 175, que assegura à instituição da família a proteção dos *poderes públicos*. Também assim, o parágrafo único do art. 179, que obriga o *poder público* a incentivar a pesquisa e o ensino científico e tecnológico..

Ora, salta à evidência que a locução *poder público*, nos citados dispositivos, não assume, nenhum dos três sentidos anteriormente expressos neste ensaio, po-

rém uma acepção inteiramente nova, que somente se compadece com a figura mesma das pessoas políticas territoriais.

Poder Público, neste passo, são a União, os Estados-membros, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios, que têm o inafastável dever de amparar a família legalmente constituída (art. 175), ministrar o ensino nos diferentes graus (§ 1º do art. 176), incentivar a iniciativa privada na mesma área (§ 2º do art. 176), proteger os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico (art. 180, parágrafo único) e tantas outras instituições ou atividades sócio-culturais.

É certo que nem sempre a Constituição fala de poder público como sinônimo de Estado. Mas, nos dispositivos citados, a sinonímia chega a ser transparente, porque realmente diz respeito a cada uma das organizações estatais personalizadas da federação nacional.

3. Síntese dos vários significados do "poder"

Em resumo, e para concluir, as quatro acepções do poder são as seguintes:

— Poder Nacional, ou Poder Constituinte, que é titularizado pela Nação e, por isso mesmo, anterior e superior aos *Poderes do Estado*;

— Poder Estatal, ou Poderes do Estado, que são os três órgãos básicos, elementares e supremos da pessoa jurídica União, independentes e harmônicos entre si, de acordo com a dicção expressa do art. 6º da Carta Magna Federal;

— Competência política, ou faculdade de ação jurídica, nos campos da legislação, da execução e da jurisdição; e

— Pessoa Pública Política, ou simplesmente *Estado*, que, neste passo, tanto pode ser a União quanto qualquer uma das demais pessoas políticas de base territorial (abstração feita da consideração de serem os Territórios Federais pessoas políticas, ou, ao contrário, simples autarquias administrativas da União).

Aracaju, maio de 1980

4. Bibliografia

Accioli, Wilson — *Instituições de Direito Constitucional*, Editora Forense, Rio, 1978.

Bastos, Celso Ribeiro — *Elementos de Direito Constitucional*, Saraiva, EDUC, São Paulo, 1975. — *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, 1978.

Britto, Carlos Ayres — *Campos de Incidência das Normas do Direito Constitucional*, Aracaju, 1977. — *Revogação do Ato Complementar nº 41/69*, Aracaju, 1977.

Caetano, Marcelo — *Direito Constitucional*, Forense, 1978. — *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*, Forense, 1977.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves — *Direito Constitucional Comparado — I — O Poder Constituinte*, São Paulo, José Bushatsky, Editor — Ed. da Universidade de São Paulo, 1974 — *Curso de Direito Constitucional* São Paulo, Edição Saraiva, 1970, 2ª edição.

Lassalle, Ferdinand — *Oue é uma Constituição?* Rio de Janeiro, Lacimuert, 1969.

Melo Franco, Afonso Arinos de — *Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 1976.

Pinto Ferreira, Luís — *Curso de Direito Constitucional* (1º e 2º volumes), São Paulo, Saraiva, 3ª edição, 1974.

Romano, Santi — *Princípios de Direito Constitucional Geral*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977.

Saldanha, Nélson — *O Estado Moderno e o Constitucionalismo* São Paulo, Bushatsky, 1976.

Sampaio, Nélson de Souza — *Prólogo à Teoria do Estado*, São Paulo, Forense, 1960, 2ª edição.

Silva, José Afonso de — *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* São Paulo, Editora da Revista dos Tribunais, 1968. — *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1976.

Temer, Michel — *A Federação Brasileira Separata* da Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, nº 1, 1979.

Bonavides, Paulo — *Teoria do Estado*, Ed. Forense, 1980.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

LUCY SIMONE MACKAY DUBUGRAS
Advogada em Porto Alegre

Responsabilidade civil é a obrigação de reparar danos materiais. Independe da responsabilidade criminal e da administrativa.

Responsabilidade civil da Administração é a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros, por agentes administrativos, no desempenho de suas funções.

A doutrina da responsabilidade civil da Administração Pública nasceu do conceito da irresponsabilidade e daí para a responsabilidade sem culpa.

Segundo JOSÉ DE AGUIAR DIAS ("Da Responsabilidade Civil", 1954, 11/564), passou-se da fase da irresponsabilidade da Administração para a fase da responsabilidade civilista e desta para a fase da responsabilidade pública, vigente hoje em nossa legislação.

A doutrina da irresponsabilidade do Estado está destinada a desaparecer. Duas únicas nações no mundo, que sustentavam esta tese, abandonaram-na. A Inglaterra pelo Crown-Proceeding Act, de 1947, e os Estados Unidos pela Federal Tort Claims Act, de 1946. Caíram, assim, os últimos defensores da teoria da irresponsabilidade civil do Estado, pelos atos de seus agentes.

Outra doutrina aparece: é a doutrina civilista ou da culpa civil comum.

Esta teoria também tende a desaparecer com o predomínio das normas de direito público sobre as regras de direito privado, regulando as relações entre a Administração e os seus administrados.

A teoria da responsabilidade sem culpa, segundo HELY LOPES MEIRELLES ("Direito Administrativo Brasileiro", ed. 1981, pág. 620), é "a única compatível com a posição do Poder Público perante os cidadãos."

Na tentativa de resolver a questão da responsabilidade civil da Administração por princípios consagrados na teoria sem culpa, surgiram as teses da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral.

A teoria da culpa administrativa leva em conta a falta do serviço público, não cogitando da culpa do funcionário.

Não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro.

Exige-se uma culpa, mas a culpa especial da Administração. Esta teoria exige muito da vítima, que, além da lesão sofrida injustamente, fica na obrigação de comprovar a falta do serviço para obter a indenização.

A teoria da falta do serviço público, elaborada na França pelo Conselho de Estado como concepção autônoma, se caracteriza, segundo PAUL DUEZ ("La Responsabilité de la Puissance Publique" (en dehors du contrat), Paris, 1937, Introdução, pág. VIII), pelos seguintes pontos:

- a) inexistência do serviço;
- b) mau funcionamento do serviço;
- c) retardamento do serviço.

Ocorrendo qualquer destas hipóteses, presume-se a culpa administrativa e surge a obrigação de indenizar.

A responsabilidade da pessoa administrativa funda-se em uma falta — não atribuível a um agente determinado mas à organização e funcionamento do serviço.

A falta do serviço implica certa imputabilidade do serviço público, que não é considerado pessoa distinta da administração, mas é havido como se fora uma pessoa. A responsabilidade não decorre de um fato do serviço, mas de uma falta do serviço.

Todavia, nem sempre a falta do serviço exclui a responsabilidade pessoal do agente da administração, e, em contraposição, como observa FRANCISCO CAMPOS ("Pareceres", Rio de Janeiro, 1934, pág. 231), "há faltas cometidas pelos agentes da administração que, embora ocorrendo por ocasião do funcionamento do serviço público, não constituem uma falta do serviço."

A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano, do ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração.

Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. O que se exige é, apenas, o fato do serviço.

Como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus.

O risco e a solidariedade, segundo ONOFRE MENDES JUNIOR ("Natureza da Responsabilidade da Administração Pública", 1951, pág. 142 e segs.), são os suportes desta doutrina, que conduz a mais perfeita justiça distributiva, que tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o nosso.

O risco administrativo não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano; significa, apenas, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração. Mas a Administração poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento, caso em que poderá se eximir integral ou parcialmente da indenização.

Na teoria do risco integral, que não se confunde com a teoria do risco administrativo, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima.

Essa teoria, nunca foi acolhida por nós, pelas graves consequências que adviriam da sua integral aplicação.

Nossa doutrina e jurisprudência se formaram embasadas na teoria objetiva, mas sob a modalidade do risco administrativo e não na do risco integral.

Em face do Código Civil, sustentou-se que é na culpa que se baseia a responsabilidade do Estado.

Efetivamente, o art. 15 do Código Civil estabeleceu que "as pessoas jurídicas de direito público, são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano."

O Estado, porém, não age com culpa. Ele responde porque o culpado é seu representante. O Estado atua por intermédio do funcionário. O funcionário se considera como exercendo, em representação, e no setor a ele designado, as funções que o Estado exerceria, se não fosse pessoa moral e se fosse capaz de estar, a um tempo, em todas as atribuições em que se faz representar.

O funcionário é um órgão da administração. Funcionário Público é todo aquele que diretamente concorre como agente do Estado para aquele fim, não havendo como distinguir se as suas funções são de império ou de gestão, preparatórias ou dispositivas, ou, ainda, meramente de execução. (Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais de 6.5.1930 — in Revista Forense, 54/436).

A expressão **representantes** usada pelo legislador no art. 15 do Código Civil, compreende todos e quaisquer agentes do Estado.

Em relação ao Estado, o funcionário não é empregado, não vende os serviços, nem aluga o trabalho. Não há contrato entre a administração e o funcionário. O que há é uma incorporação (AGUIAR DIAS, "Da Responsabilidade Civil", ed. 1950, 2ª edição, pág. 170).

A doutrina brasileira tem por princípio fundamental a responsabilidade do Estado a cobrir a responsabilidade do funcionário em relação ao particular lesado.

A responsabilidade civil do Estado, por ato praticado por preposto seu, está inserida na Constituição desde a Carta de 1934, sendo princípio já consagrado no Código Civil, em vigor desde 1917.

Antes do Código Civil, não havia disposição legal a definir a responsabilidade do Estado por ato praticado por agentes seus, salvo a Lei Federal n.º 221, de 20 de novembro de 1894 que, ao tratar da competência do Judiciário para julgamento das questões oriundas de compensações, reivindicações, indenização de prejuízos ou quaisquer outras propostas pela União contra particulares e vice-versa, admitia implicitamente a obrigação estatal de indenizar prejuízos causados aos administrados, como anota SEABRA FAGUNDES, citando JOÃO LUIZ ALVES (O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 3.ª ed. Forense, 1957, pág. 205).

Afora isso, apenas algumas disposições normativas, de caráter especial podem ser anotadas, como por exemplo o Dec. n.º 1.930 de 26 de abril de 1857, relativo aos danos causados por estrada de ferro, o Dec. n.º 9.417, de 25 de abril de 1885; o Dec. n.º 4.053, de 24 de junho de 1891, art. 538, concernente à indenização por prejuízos decorrentes de colocação de linhas telegráficas, os Decretos n.ºs 1.692/A, de 10 de abril de 1894, art. 8.º, 2.230, de 10 de fevereiro de 1896, art. 6.º, que cuida da responsabilidade da União, ligada aos serviços de Correios, e algumas outras.

A Constituição Imperial de 1824 e a primeira Constituição da República não cuidaram da matéria, limitando-se, tão-somente, a definir a responsabilidade dos empregados públicos, "estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos", como está inscrito no art. 178 da Constituição de 1824, e reproduzido no art. 82, da Carta de 1891.

Na Carta Constituinte de 1934, art. 171, aparece, pela primeira vez, a solidariedade entre o funcionário e a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal.

O princípio é repetido na Constituição de 1937, art. 158, onde o funcionário não é mais responsável sozinho, como o era nas Constituições Imperial e na Republicana de 1891.

Todavia, é preciso que se observe que as disposições contidas nas Constituições de 1824 e 1891 nunca foram consideradas como excludentes da responsabilidade do Estado e consagradoras somente da responsabilidade pessoal dos agentes do Poder Público. Admitia-se, pelo contrário, haver solidariedade entre o Estado e os seus agentes.

Isto explica por que, com o advento do Código Civil, o seu art. 15, segundo o qual "as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano", tenha podido conviver com a Constituição então vigente.

Firma-se, então, a responsabilidade solidária do Estado pelos atos danosos praticados pelos agentes do Poder Público. Mas, ainda assim, persiste o princípio da teoria da culpa: somente quando o funcionário tiver agido "de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei" é que a responsabilidade se irradia."

Como ensina CLÓVIS BEVILAQUA ("Código Civil Comentado", vol. 1, ed. 1944, pág. 226), "as condições para que se dê a responsabilidade civil da administração pública, em consequência de atos de seus representantes, são os seguintes: a) que o representante pratique o ato nessa qualidade, isto é, no exercício de uma função pública e não em seu caráter individual, de pessoa privada; b) que o ato cause dano ao alguém, lesando-lhe o patrimônio ou produzindo-lhe ofensa aos direitos; c) que o ato seja injusto, ou por omissão de um dever prescrito em lei, ou por violação do direito."

Definindo este ato gerador de responsabilidade para a pessoa jurídica de direito público — arremata CLÓVIS — "dir-se-á que **é um ato ilícito do representante do poder público.**"

A jurisprudência pátria acolheu integralmente tal entendimento, segundo o qual "a união é responsável pelos danos causados por funcionários, ou empregados seus, civis ou militares, que, abusando das funções que lhes foram confiadas, cometem quaisquer delitos." (Acórdão n.º 2.403, do Supremo Tribunal Federal, de 29 de dezembro de 1918, in Diário Oficial de 16 de julho de 1919).

Ao Estado, porém, reserva-se o direito regressivo contra o causador do dano.

Diante do Código Civil, tiradas todas as consequências do dispositivo em exame, se há de concluir que, muito embora ainda sob o influxo do princípio da responsabilidade decorrente da culpa, de certa forma se está a um passo adiante da Constituição de 1934 e da de 1937. Falando o Código Civil em direito de regresso, tornou claro que o sujeito passivo da ação de indenização é o Estado.

As Constituições de 1934 e 1937, arts. 171 e 158, respectivamente, adotaram o princípio da solidariedade e, como consequência, a possibilidade de litisconsórcio passivo, em que o Estado se podia fazer acompanhar pelo funcionário causador do dano, para, assim, ambos responderem pela reparação do dano, ou serem absolvidos, caso não ficasse comprovada a culpa.

A Constituição de 1946 estabeleceu para todas as entidades estatais e suas autarquias a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, sem ser preciso a prova da culpa na prática do ato, ou na omissão de que tenha resultado lesão. Está aqui firmado o princípio da responsabilidade sem culpa pelo ato lesivo dos agentes públicos.

Esse princípio era aplicado a todas as pessoas jurídicas de direito público interno.

Com a redação dada a esse dispositivo constitucional, ficaram excluídas da responsabilidade civil objetiva, as pessoas físicas e as pessoas jurídicas de direito privado, que exerçam funções públicas delegadas, sob a forma de entidades paraestatais ou de empresas concessionárias de serviço público.

Para estas pessoas e entidades a responsabilidade se fazia pelos princípios comuns da culpa subjetiva, tal como regulado pelo art. 169 do Código Civil.

Frente à Constituição de 1967, o princípio da responsabilidade do Estado, sem culpa do funcionário, manteve o mesmo campo de abrangência, embora excluída da redação do art. 107 a limitação anterior, que se referia, apenas, às pessoas jurídicas de direito público "interno". Sem a limitação, é de se entender que todas as pessoas jurídicas de direito público estão subordinadas ao princípio da responsabilidade objetiva, inclusive as de outros Estados, se não têm extraterritorialidade (v. PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1967").

De qualquer forma, a responsabilidade objetiva da administração, continua a abranger somente os danos indenizáveis pela Fazenda Pública e não as composições patrimoniais a serem feitas com recursos particulares, embora de pessoas ou empresas que realizam serviços públicos por delegação administrativa da União, do Estado-membro ou do Município.

A Constituição de 1946, em seu art. 194 e seu parágrafo único, usou o termo funcionário público no sentido genérico de servidor público, abrangendo, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, o mesmo tendo ocorrido com o art. 107, da vigente Carta Política.

O que interessa à Administração é que o agente haja praticado o ato ou a omissão no exercício de suas atribuições. Para a vítima é indiferente; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa.

O abuso do funcionário no exercício das funções, não exclui a responsabilidade objetiva da administração. Desde que ela, administração, defere ao funcionário a

realização de atividade administrativa, seja ela qual for, assume o risco de sua execução e, por conseguinte, responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros.

É nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade do poder público, que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da administração.

A doutrina anterior fazia distinção entre atos de império e atos de gestão. Admitia a responsabilidade da Administração apenas quando o dano resultasse dos atos de gestão. Atualmente, não há mais esta distinção. Todo ato ou omissão de agente administrativo, desde que lesivo e injusto, deve ser reparado pela Fazenda Pública, sem se indagar se vem do "jus imperii" ou do "jus gestionis".

O que a Constituição de 1946 distinguia era o dano causado pelos funcionários dos danos causados por atos de terceiros, ou por atos do próprio funcionário estranhos a sua atividade de agente do poder público, tal como continua a se verificar frente à Constituição de 1967.

O art. 194 da Constituição Federal de 1946, atribuiu responsabilidade objetiva à administração "pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros". O legislador, portanto, só cobriu o risco administrativo da atuação dos servidores públicos.

Não há responsabilidade da administração por fatos estranhos à atividade administrativa.

Essa responsabilidade é a civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização de serviço público que ensejou o dano.

Nestas hipóteses, a jurisprudência tem exigido sempre a prova da culpa da administração, como por exemplo, no caso de depredação por multidões. A indenização só será devida se for comprovada a culpa da administração.

O dano causado por obra pública, porém, gera para a administração a mesma responsabilidade objetiva estabelecida para os serviços públicos. Embora ela seja um fato administrativo, deriva sempre de um ato administrativo que ordena a sua execução.

Responsabilidade por Atos Legislativos e Judiciais

O ato legislativo é aquele que cria uma situação jurídica geral, objetiva, impessoal, abstrata e se considera ao abrigo da responsabilidade civil.

O ato legislativo típico é a lei e, dificilmente, poderá causar prejuízo indenizável ao particular, porque, como norma abstrata e geral, atua sobre toda a coletividade, em nome da Soberania do Estado. A causa do ato legislativo não é outra senão o interesse geral.

A Soberania do Estado se expressa internamente no domínio eminente sobre todas as pessoas e bens existentes no território nacional.

Se os atos legislativos emanados do Poder Legislativo, se constituem na própria legalidade, na emanção da soberania nacional, através do seu órgão próprio, competente, como poderemos encontrar nesses atos legais uma fonte geradora de obrigações para o Estado?

O Ato Legislativo é, por natureza, geral e impessoal, não atinge particularmente situações jurídicas individuais, mas estabelece o direito em determinado país e em uma época dada.

Se é abstrata, a lei pode, tomando medidas de ordem geral e impessoal, atingir profundamente o patrimônio de terceiros, ou como consequência da sua aplicação, ou pelas suas próprias determinações.

Como a reparação civil do poder público visa restabelecer o equilíbrio rompido com o dano causado individualmente a um ou alguns membros da comunidade, não há que falar em indenização da coletividade.

Só excepcionalmente poderá a lei inconstitucional atingir o particular, causando-lhe um dano injusto e reparável. Se isto ocorrer, será preciso que se prove cabalmente a culpa do Estado através da atuação de seus agentes políticos. Não há, portanto, fundamento jurídico para a responsabilização civil da Fazenda Pública, por danos eventualmente causados por lei, ainda que declarada inconstitucional. (cf. HELY LOPES MEIRELLES, op. cit., pág. 629).

De outra parte, o ato judicial típico, que é a sentença, não enseja responsabilidade civil da Fazenda Pública, salvo na hipótese única do art. 630 do Código de Processo Penal, uma vez obtida a revisão criminal. Nos demais atos, nas decisões judiciais, como atos de soberania interna do Estado, não se propicia qualquer ressarcimento por eventuais danos acarretados às partes ou a terceiros.

Essa doutrina é tradicional no direito pátrio e é pacífica na jurisprudência de nossos tribunais, em atenção à coisa julgada e à liberdade decisória dos Magistrados, que não podiam ficar à mercê da responsabilidade patrimonial pela falibilidade humana de seus julgamentos.

Segundo CRETELLA JUNIOR ("Responsabilidade por Atos Judiciais", in Rev. Dir. Adm., 99/13) "o juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro pas-

sivo e mecânico de fatos, em relação aos quais não arrima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da Justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que tal interesse se apresenta e personifica."

Entre os que defendem a tese da irresponsabilidade do Estado por atos judiciais estão, por exemplo:

CARLOS MAXIMILIANO ("Comentários à Constituição de 1891, 1918, pág. 784): "Os juizes podem ser processados e punidos, livre, entretanto, o erário de ressarcir o dano resultante das sentenças."

CARVALHO SANTOS ("Código Civil Interpretado", 1934, vol. 1, pág. 375): "os juizes não são prepostos, nem o Estado é comitente. Aqueles, desde o momento que são nomeados, exercitam a sua função, não como prepostos aos quais o comitente dê as suas ordens, mas como órgãos da soberania nacional."

PONTES DE MIRANDA ("Comentários", vol. II, pág. 487), defende também a irresponsabilidade da Fazenda Federal e da Fazenda Estadual "pelos prejuízos decorrentes das decisões judiciais."

RUY CIRNE LIMA ("Princípios", 1964, 4ª ed. pág. 202), vem sustentando que "em princípio, os atos do Poder Judiciário, ainda que de natureza graciosa ou administrativa, não determinam a responsabilidade do Estado pelos danos causados".

Em 1914, RUY BARBOSA pendia para a tese da irresponsabilidade do Estado por atos dos Magistrados, salientando, porém, que o direito romano conhecia tal responsabilidade em caso de dolo do juiz.

PEDRO BATISTA MARTINS, comentando o art. 121, do Código de Processo Civil de 1939 ponderou que "tornar o juiz civilmente responsável pelos julgamentos que profere é absurdo que a doutrina jamais pode tolerar. Nem o juiz, nem o Estado que o houver investido na função, respondem pelos danos causados em consequência de erro judiciário. Se assim não fosse, o exercício da judicatura não seria possível, porque os juizes são contingentes e estão sujeitos, na apreciação dos fatos, a errar como qualquer outro mortal." ("Comentários", 1940, vol. 1, pág. 361).

PEDRO LESSA ("Do Poder Judiciário", 1915, págs. 164/165), ensinava que a irresponsabilidade do Poder Público é "um corolário fatal da autoridade da 'res judicata'."

Ao particular lesado por uma sentença judicial só poderia ser facultada a propositura de uma ação de indenização, depois de ter esgotado todos os recursos processuais. Mas depois de esgotados todos os recursos a sentença é irretratável. Re-

clamar do Estado uma indenização por essa decisão inalterável, seria iniciar um novo litígio sobre a mesma questão, já ultimada por uma sentença passada em julgado.

Só nos casos de revisão e de rescisão da sentença, é que poderiam os particulares obter ressarcimento do prejuízo sofrido, por uma sentença ilegal.

Todavia, ficará o juiz responsável, civil e individualmente, por dolo, fraude ou retardamento injustificado de providências de seu ofício, nos precisos termos do art. 121 do Código de Processo Civil de 1939, "verbis":

"Art. 121 — O juiz será civilmente responsável quando:

I — no exercício das suas funções, incorrer em dolo ou fraude;

II — sem justo motivo, recusar, omitir ou retardar providências que deva ordenar ex-officio ou a requerimento da parte."

O vigente Código de Processo Civil, estatui:

"Art. 133 — Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I — no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II — recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Parágrafo único — Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no n. II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de dez (10) dias."

Essa responsabilidade é pessoal e não se transmite à Fazenda Pública.

A doutrina corrente é no sentido de que os atos derivados do exercício da função jurisdicional não empenham a responsabilidade do Estado. Mas vai perdendo terreno a tese da irresponsabilidade, para surgir, em seu lugar, o princípio de que o particular tem direito a ser indenizado, toda vez que sofra um prejuízo em consequência do funcionamento do serviço público, pouco importando se regular ou irregular, porque não se cogita de sabê-lo, mas de aplicar logicamente o princípio da igualdade dos encargos sociais.

Partidário dessa tese da responsabilidade do Estado por atos judiciais, encontramos CRETELLA JUNIOR (op. cit., pág. 13) que enumera as seguintes proposições, baseadas em princípios publicísticos, que informam o moderno direito administrativo:

"a) a responsabilidade do Estado por atos judiciais é espécie do gênero responsabilidade do Estado por atos decorrentes do serviço público;

b) as funções do Estado são funções públicas, exercendo-se pelos três Poderes;

c) o Magistrado é órgão do Estado. Ao agir, não age em seu nome, mas em nome do Estado, do qual é representante;

d) o serviço público judiciário pode causar dano às partes que vão a juízo pleitear direitos, propondo ou contestando ações (cível). Ou na qualidade de réus (crime);

e) o julgamento, quer no crime, quer no cível, pode consubstanciar-se no erro judiciário, motivado pela fabilidade na decisão;

f) por meio dos institutos rescisório e revisionista é possível atacar-se o erro judiciário, de acordo com as formas e modos que a lei prescrever, mas se o equívoco já produziu danos, cabe ao Estado o dever de repará-los;

g) provado o dano e o nexo causal entre este e o órgão judicante, o Estado responde patrimonialmente pelos prejuízos causados..."

A fase da irresponsabilidade do Estado continua dominando em relação aos atos de governo, de polícia, legislativos e judiciais. Mas a lei já estabeleceu uma exceção ao princípio da irresponsabilidade por ato jurisdicional: o Código de Processo Penal concede indenização ao condenado reabilitado, ou seja, à vítima do erro judiciário, como se apontou. Possivelmente no futuro novas hipóteses venham a ser contempladas.

A Reparação do Dano

A reparação do dano causado pela administração a terceiros se obtém, ou amigavelmente ou por ação de indenização, e uma vez que a vítima seja indenizada, fica a entidade pública com o direito de voltar-se contra o servidor para haver dele o que pagou, através de ação regressiva, como dispunha a Constituição de 1946 e o faz a atual.

A ação deverá ser proposta, segundo PONTES DE MIRANDA (op et loc. cit.) diretamente contra a entidade pública. O Estado, réu na ação, porém, pode requerer a citação do funcionário público, segundo o mesmo autor, que diz haver litisconsórcio facultativo.

Entretanto os atos praticados pelos agentes públicos, são atos do próprio Estado ou da entidade de direito público. A dívida é do Estado e não do funcionário, que poderá ser responsabilizado, por via de regresso, caso tenha obrado com culpa.

Todavia, na ação de indenização movida contra o Estado por ato lesivo de seu agente, não se perquire a culpa do causador do ato injusto praticado pelo servidor. A responsabilidade do Estado é objetiva e sendo objetiva não interessa se houve culpa ou dolo, ou se, ao contrário, o ato foi praticado sem esses elementos. Diante disso, em princípio, o funcionário não deveria comparecer como integrante da lide, nos termos do art. 46 do Código de Processo Civil em vigor, nem sequer se poderia pensar na figura de que trata o art. 50 do mesmo diploma, que possibilita a intervenção de terceiro como assistente, isto porque, não estando em discussão a culpa do funcionário causador do dano, a sentença proferida na ação movida contra o Estado, não deveria ter qualquer reflexo ou influência na relação jurídica entre o Estado e o seu funcionário.

Seria totalmente estranho ao objeto da demanda acolher a presença do funcionário, agente do ato causador do dano, porque este só poderia pretender provar a inexistência de sua culpa ou dolo — e isto não está em jogo na ação de responsabilidade civil do Estado que, nos termos do mandamento constitucional responde objetivamente, como já se viu.

Nesse sentido orientou-se a jurisprudência dos nossos tribunais, inclusive a do Supremo Tribunal (Rec. Extr. nº 80.873, *in* Rev. For., 252/170) antes de entrar em vigor o Código de Processo Civil de 1973.

Esse diploma, porém, estabeleceu, em seu art. 70, III, a obrigatoriedade da denunciação a lide daquele "que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda":

Modificou-se, assim, a situação anterior, justificando-se, agora, a citação do funcionário pelo Estado, para o fim de na sentença se poder apreciar a responsabilidade, por culpa ou dolo, do agente do Poder Público, facultando-se, assim, a esse último, a possibilidade de ressarcimento, pela forma como estabelecido no art. 76 da lei adjetiva (v. Ac. Un. da 3ª Câm. Cível, do TA do RGS, na Ap. Civ. nº 24.668, de 15.4.81, *in* Julgados, 39/302).

PARECERES

QUINQUÊNIO

NEY SA

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Comercial na UNISINOS

PARECER N.º 4966

FUNCIONÁRIO. QUINQUÊNIO.

Despacho governamental publicado no Diário Oficial de 11 de novembro de 1981, permitindo o cômputo de tempo de serviço público estrangeiro ao Estado, para a formação de quinquênios.

Exegese.

Por acórdão da Egrégia 2.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, proferido na Apelação Cível n.º 30.672, em que é interessado NICOLAU ÂNGELO VICE-CONTI, ficou decidido que a contagem do tempo de serviço para efeito do cálculo de quinquênios deve se proceder pela mesma forma como determinado pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado, quando trata da concessão das gratificações adicionais.

Essa decisão, que transitou em julgado, deu origem a um despacho do Senhor Governador do Estado, lançado no Processo n.º 32.113/81, publicado no Boletim n.º 9.860/81, da Secretaria da Administração, estampado no Diário Oficial do Estado de 11 de novembro do ano findo.

Nesse despacho, considerado que a matéria interessava a várias categorias funcionais que têm assegurada, por lei, a vantagem em referência, procurou o Senhor Governador do Estado estabelecer normas genéricas capazes de darem uniformidade de tratamento à matéria em todas as hipóteses ocorrentes, tanto na área dos órgãos estaduais da Administração Direta, como na Autarquia, determinando o seguinte:

"I — A contagem de até 1/5 (um quinto) de serviço público estrangeiro ao Estado, para efeito de quinquênios, beneficia unicamente os funcionários estaduais providos em cargos efetivos.

II — A revisão dos quinquênios far-se-á mediante requerimento dos interessados apresentado com a documentação comprobatória respectiva.

III — A data da publicação deste no Diário Oficial marcará o início do período em que se reconhece o direito ao pagamento dos quinquênios revisados segundo o novo critério."

Ao procurar dar aplicação a estas normas, várias dúvidas foram levantadas pelo Tesouro do Estado o que ocasionou, a final, o encaminhamento do assunto a esta Procuradoria-Geral, para esclarecer as seguintes questões:

a) a contagem de tempo estranho será feita até o máximo de 1/5 (um quinto) para a formação de cada quinquênio, antecipando-se, como consequência, a composição do quinquênio seguinte?

b) dever-se-á observar o mesmo procedimento nos casos de reenquadramento de quinquênios, isto é, as datas que marcaram os inícios de cada quinquênio devem retroagir, cada uma, em um ano, até o limite do tempo estranho comprovado, retroagindo até a data de vigência da lei instituidora da vantagem?

c) essa medida atingirá, também, os inativos?

d) o pagamento das diferenças deve ser feito, em qualquer hipótese, somente a partir da data da publicação do despacho, ou deve retroagir até o limite da prescrição quinquenal?

e) nessa última hipótese, qual o procedimento a ser adotado em relação àqueles que interromperam a prescrição, através de pedido administrativo?

f) como proceder com relação aos funcionários que figuraram como litisconsortes na ação ajuizada por Nicolau Ângelo Viceconti?

É o relatório.

Como se observa pela leitura dos itens I e II do despacho governamental que originou a consulta, os funcionários estaduais, providos em cargos efetivos, que tenham assegurada por lei a vantagem de que aqui se cogita e que disponham de tempo de serviço público estranho ao Estado, poderão, mediante requerimento instruído com a documentação comprobatória desse tempo, requerer a revisão do número dos seus quinquênios.

Essa revisão será feita tomando-se 1/5 (um quinto) desse tempo estranho para a formação de cada quinquênio, ou seja, para cada quatro (4) anos de tempo de serviço público estadual, acrescer-se-á um (1) ano de tempo de serviço público não estadual para completar o lustro.

Mas, para bem entender o sentido do despacho do Senhor Governador, há que se distinguir a chamada concessão dos quinquênios e o pagamento das vantagens correspondentes, em dinheiro.

Para a primeira, tomar-se-á como referência inicial a data em que passou a vigorar a lei que ensejou os quinquênios, verificando-se o tempo de serviço estritamente estadual prestado até aquela data, e somando-se a ele o serviço público estranho até o limite de uma quarta parte do prestado ao Estado: o resultado assim obtido, dividido por cinco, dará o número de quinquênios. O mesmo se há de fazer para a verificação dos quinquênios seguintes, isto é, classificar-se-á o funcionário no quinquênio seguinte sempre que o tempo total, exclusivamente estadual, acrescido ao estranho no limite de 1/4 do primeiro, atingir, em anos, um múltiplo de cinco.

Uma vez obtido o número de quinquênios, chegar-se-á ao total da vantagem pecuniária correspondente, que deverá passar a ser paga ao funcionário a partir de 11 de novembro de 1981, data em que publicado no Diário Oficial o despacho governamental cuja aplicação aqui se persegue.

Em verdade, tal determinação se mantém e se justifica pela circunstância de que não houve qualquer provimento legislativo novo sobre a matéria, tendo-se verificado, tão-só e unicamente, a **mudança de critério** na aplicação da lei, em decorrência de decisão judiciária.

Aliás, o critério anterior teve a sustentá-lo, também, decisões do nosso Tribunal de Justiça, como ilustrado pelo documento de fls. 17/18 destes autos (certidão do acórdão proferido pela 3ª Câmara Cível, Relator o ilustre Desembargador PAULO BOECKEL VELLOSO — Apelação Cível nº 29.226, julgada em 1º de dezembro de 1977 — votação unânime).

Segundo entendimento pacífico na jurisprudência administrativa e, também, no pronunciamento dos nossos Tribunais, a simples variação de interpretação na aplicação das leis não autoriza a Administração a revogar os seus atos anteriores, praticados segundo critério diverso do que passou a ser adotado, a partir de determinado momento.

Ao propósito, de referir acórdão do Tribunal Federal de Recursos, de que foi Relator o ilustre Ministro JOSÉ NERI DA SILVEIRA, hoje dignificando uma das cátedras do Pretório Excelso.

Da ementa do acórdão em referência colhe-se o seguinte excerto:

"Se é certo que a Administração pode rever seus atos, se contrários à Lei, não é menos exato que há presunção de legitimidade em favor dos atos da Administração e esta não há de torná-los insubsistentes, após o

decurso de vários anos, porque nova interpretação veio a conferir a regras legais incidentes sobre a matéria. Precedente da Turma, no AMS nº 65.812, "in" Revista do TFR, vol. 26, pág. 111;" (Jurisprudência Brasileira, Editora Juruá, vol. 15/344 e segs.).

A mesma orientação é encontrada nas manifestações do Excelso Supremo Tribunal Federal, onde se pode destacar o acórdão da 1ª Turma, Relator o emérito Ministro RODRIGUES ALCKMIN, no Recurso Extraordinário nº 80.310, julgado em 16 de dezembro de 1975, votação unânime, do qual a seguinte ementa:

"Recurso Extraordinário. Acórdão que adota, como fundamento para manter a concessão da segurança, o de que não é lícito à Administração revogar seus atos "em virtude de variação de interpretação" "salvo quando a interpretação é inteiramente contrária ao texto legal".

Recurso Extraordinário que não impugna o fundamento acolhido no acórdão.

Não conhecimento." (RTJ. 79/206).

Diante dessas considerações, assim podem ser respondidas as questões formuladas:

À primeira: a contagem de tempo estranho, para a formação dos quinquênios se fará pela mesma forma como se procede ao computar o tempo de serviço não estadual para efeito das gratificações adicionais, isto é, tomar-se-á como referência inicial a data em que passou a vigor a lei ensejadora dos quinquênios, verificando-se o tempo de serviço estritamente estadual prestado até aquela data; ao resultado obtido, soma-se o tempo de serviço público estranho até o limite de uma quarta parte do prestado ao Estado: o resultado obtido, dividido por cinco, expressará o número de quinquênios. O mesmo procedimento se observará para verificação dos quinquênios seguintes.

À segunda: a resposta se contém na solução dada à primeira questão.

À terceira: a contagem dos quinquênios, pela nova interpretação dada à lei, beneficiará, também, os inativos, com relação aos quais se reverá o número de quinquênios, levando em conta os anos de serviço público prestado do Estado, adicionando-se o tempo estranho, até o limite de uma quarta parte do primeiro, tal como explicitado na resposta à primeira questão.

À quarta: as vantagens pecuniárias decorrentes do novo critério adotado começarão a correr a partir da publicação do despacho governamental, isto é, desde 11 de novembro de 1981.

À quinta: prejudicada.

À sexta: os autos não dão notícia da existência de litisconsortes, nem, tampouco, a eles faz referência o acórdão que deu causa ao despacho governamental objeto deste parecer. Todavia, na eventualidade de existirem, realmente, litisconsortes com idênticos interesses aos do recorrente, a todos eles aproveitará a decisão, nos termos do artigo 509 do Código de Processo Civil:

"O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses."

Conquanto não tenha sido objeto de indagação, convém esclarecer que, para bem interpretar e aplicar a norma do item II, do despacho do Senhor Governador do Estado, há de se considerar que a exigência de requerimento dos interessados para a aplicação dos novos critérios de contagem de tempo para o efeito da concessão de quinquênios, tem como origem o fato de que nem sempre a Administração dispõe de elementos para avaliar o tempo de serviço público estranho. Por isto fala o dispositivo apontado em *"requerimento dos interessados apresentado com a documentação comprobatória respectiva"*.

Assim considerado, há de se entender que, na hipótese de que a Administração já disponha de elementos concernentes a tempo de serviço público estranho ao Estado, com relação a funcionários seus, poderá, desde logo, adotar o novo critério de apuração de quinquênios, independentemente de requerimento, como é prática adotada pelo Estado, tanto para efeito da concessão das gratificações adicionais como dos próprios quinquênios.

Este o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 17 de maio de 1982.

DIREITO ADQUIRIDO A QÜINQUÊNIOS

ALMIRO DO COUTO E SILVA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor de Direito Romano na Faculdade de Direito da UFRGS

PARECER N° 4369

MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Direito adquirido a quinquênios ou gratificações adicionais por tempo de serviço.

Impossibilidade de a lei ordinária suprimir ou restringir essas vantagens, quando existente direito adquirido.

O Senhor Procurador-Geral da Justiça encaminhou a este Órgão, para parecer, expediente, no qual o Promotor Público de 4ª entrância, RANOLFO VIEIRA, se insurge contra a interpretação dada pelo Tesouro do Estado a disposições da Lei estadual n° 7.344, de 1979 e da Lei Complementar n° 35, de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura), no que tange ao chamado "congelamento" de vantagens pecuniárias, tais como as gratificações adicionais por tempo de serviço e quinquênios.

2. O Problema já foi solvido, nesta Procuradoria-Geral do Estado, no Parecer n° 4366, da lavra do Procurador do Estado JORGE ALBERTO DIEHL PIRES, ao definir que aquelas vantagens, se incorporadas ao patrimônio jurídico dos servidores como direitos adquiridos, não podem ser eliminadas ou alteradas por lei nova, sob pena de manifesta inconstitucionalidade.

3. Na verdade, ao preencher o servidor os requisitos impostos em lei para a percepção de quinquênio ou de gratificação adicional adquire direito subjetivo a não ser tratado, pecuniariamente, em igualdade de condições com os demais servidores que não possuam o mesmo tempo de serviço.

Em outras palavras, o objeto do direito subjetivo é um determinado **percentual** incidente sobre os vencimentos. Muito embora se admita que os vencimentos de funcionários públicos possam ser reduzidos, é inaceitável, contudo, suprimir ou alterar o percentual a que fez jus o servidor. Porque o objeto do direito subjetivo é o próprio percentual é que não tem o Poder Público a faculdade de suprimi-lo, mesmo que a remuneração, em termos globais, se torne mais elevada. Se a elevação geral da remuneração justificasse a ablação dos percentuais, sob a alegação de que nenhum prejuízo pecuniário sofreria o servidor, estaria aberta a porta para o engodo e

a fraude, pois outra lei poderia mais adiante reduzir os vencimentos, fazendo-os atingir níveis ainda inferiores aos em que se encontravam anteriormente à lei do aumento. Tal expediente, se admissível, converteria o direito subjetivo aos quinquênios e às gratificações adicionais em "nudum jus", numa simples e frágil aparência de direito, que, a rigor, nenhum obstáculo oporia à atuação do Estado, podendo ser desrespeitado e esquecido a qualquer momento. Em termos reais não seria, portanto, direito subjetivo, inscrito na classe dos "iura quaesita", que a Constituição Federal protege energicamente ao consagrar o princípio da irretroatividade das leis.

4. Tais considerações, a par das extensamente deduzidas no aludido Parecer PGE nº 4366, e que aqui se dão por reproduzidas para evitar repetições inúteis, levam à conclusão de que os membros do Ministério Público têm direito subjetivo a perceber os quinquênios e as gratificações adicionais, já incorporadas ao seu patrimônio como direitos adquiridos, sobre os vencimentos atuais dos cargos que titulam, não se lhes aplicando, por manifestamente inconstitucional, a restrição consignada no art. 145, e seu parágrafo único, da Lei Orgânica da Magistratura. Apenas não têm direito subjetivo algum a essas vantagens os servidores que não chegaram a implementar os requisitos legais impostos a sua percepção. Com relação a eles, titulares de simples expectativa, nada impedia que a lei ordinária suprimisse ou alterasse os benefícios.

PORTO ALEGRE, 20 de maio de 1980

APOSENTADORIA DE FERROVIÁRIO

ALEXANDRE HENRIQUE GRUSZYNSKI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4940

FUNCIONÁRIO. APOSENTADORIA.

Ao funcionário aposentado voluntariamente não se aplica o disposto no item VI do artigo 177 da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952.

CROACY CAVALHEIRO DE OLIVEIRA, servidor ferroviário estadual sujeito ao regime estatutário, nessa condição foi cedido à RFFSA, vindo a ser devolvido ao Estado em fevereiro de 1973.

Em petição protocolizada a 23 de maio de 1973 requereu sua aposentadoria na condição de funcionário estadual, indicando como fundamentos para o pedido o artigo 178 da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, e a circunstância de contar com 35 anos de serviço público.

Após longa tramitação, durante o qual por três vezes esta Procuradoria foi chamada a se pronunciar, foi editado o ato de aposentadoria, publicado no Diário Oficial de 03 de outubro de 1975, que conclui com as seguintes expressões:

"(...) devendo o Estado arcar com o ônus da aposentadoria, até que o servidor vinculado ao INPS tiver feito jus ao benefício na citada instituição, quando deverá ser paga somente a diferença de proventos de acordo com o artigo 177, item VI da Lei nº 1.751/52."

O fundamento referido para o ato, que menciona o direito a proventos integrais, são os artigos 101, item III, 102, item I, letra "a" e § 3º da Constituição da República (texto de 1969), ou seja, os que asseguram aposentadoria voluntária aos 35 anos de serviço, proventos integrais nesse caso, e cômputo de tempo público estranho ao Estado.

Ainda antes da edição do ato de aposentadoria o servidor em apreço externava sua discordância com manifestações, constantes do expediente em que a requereira, que pretendiam vincular a concessão da mesma à sua situação perante o INPS, esclarecendo não mais se reger pelo Estatuto dos Servidores Ferroviários, mas pelo Estatuto (geral) dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado (Lei nº 1.751).

Em setembro de 1980, em longa petição, o servidor aposentado solicita a retificação do ato que o inativou, objetivando ver dela excluída a referência ao artigo 177, item VI, do Estatuto.

Duas diligências tornaram-se necessárias:

a) para a localização do expediente em que a aposentadoria fora requerida e concedida;

b) para saber-se do Tesouro do Estado se e por que vinha esse órgão efetuando descontos em favor do sistema federal de previdência.

O processo de aposentadoria foi apensado ao ora em estudo; apesar da reiteração do pedido, entretanto, as autoridades fazendárias não apontaram o fundamento do desconto previdenciário que vinha sendo feito, de 8% sobre o valor do salário-mínimo, e teve elevada depois a sua base de cálculo.

A primeira questão a ser examinada para situar corretamente o servidor e sua pretensão é saber se o mesmo, ao ser aposentado, era ainda contribuinte do sistema federal de previdência ou era vinculado ao IPERGS, porque, neste último caso, estaria afastado o problema principal.

A Lei nº 6.182, de 8 de janeiro de 1971, que criou o "Quadro Especial" destinado a abrigar os funcionários de Autarquias extintas e os ferroviários devolvidos ao Estado de conformidade com o Termo de Acordo de 22 de maio de 1959, estabeleceu, com efeito, no seu artigo 3º, que tais funcionários continuariam vinculados ao sistema previdenciário a que estavam sujeitos nos órgãos de origem.

Vinculado permaneceria, pois, o requerente, ao sistema federal, quando devolvido ao Estado.

Nem poderia, o Estado, fazê-lo vinculado ao IPERGS, simplesmente porque findara sua cessão à RFFSA, como não o pudera fazer ao editar a Lei nº 5.255, de 30 de julho de 1966, nem as posteriores modificações desta. É que (como ficou bem demonstrado no item 18 do Parecer de lavra do então Consultor Jurídico JORGE ARTHUR MORSCH, aprovado por unanimidade por este Conselho Superior, inclusive com o voto do então Consultor-Geral, em sessão de 10 de setembro de 1975) os servidores públicos que à época da edição da Lei Federal nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, eram filiados ao sistema federal de previdência social não podem deste ser desvinculados para se filiarem a um sistema estadual próprio.

Mesmo a Lei Estadual nº 6.617, de 23 de outubro de 1973, vigente a partir de 1º de janeiro de 1974, e que reiterou a vinculação obrigatória ao IPERGS de todos os servidores estaduais, inclusive inativos, não teria tido força para destacar do sistema federal de previdência o requerente, então ainda ativo.

A segunda questão a ser deslindada é a da conformidade, ou não, do ato com o motivo da aposentadoria.

O requerente, com efeito, ao formular o pedido de aposentadoria, referiu-se expressamente ao tempo de serviço público que contava — mais de 35 anos — e ao artigo 178 da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952 (Estatuto do Funcionário) que prescreve:

"Será aposentado, independentemente de inspeção de saúde, se o requerer, o funcionário que contar mais de trinta e cinco anos de serviço".

Trata-se, é bem de ver, da aposentadoria voluntária, facultada ao servidor que conte o necessário tempo de serviço.

Hipótese diversa é a de que trata o artigo 177 do mesmo Estatuto, em vários itens e parágrafos: são os casos de aposentadoria compulsória, por implemento de idade ou por invalidez. Refere-se a esses casos a disposição contida no item VI do mesmo artigo (em melhor técnica teria sido um parágrafo), que estabelece:

"Quando o funcionário, vinculado à Instituição de Previdência Social, não tiver nesta feito jus ao benefício, o Estado arcará com o ônus da aposentadoria, na forma garantida por este Estatuto, continuando o funcionário como segurado obrigatório da Instituição Previdenciária, até que por ela lhe seja assegurado o direito à inatividade remunerada, caso em que caberá ao Estado pagar somente a diferença, se houver, nos termos da Lei vigente." (A parte final, referente ao pagamento da diferença de proventos, reporta-se aos Decretos-Lei nº 1.145/46, nº 1.192/46 e à Lei nº 1.402/51).

Desde logo pode-se afirmar, portanto, que, localizado esse dispositivo em meio a vários outros que compõem o artigo 177, todos referentes a casos de inativação compulsória, não cabe pretender aplicá-lo ao caso de inativação voluntária, tratado no artigo 178.

Assim, é de todo improcedente a invocação do artigo 177, item VI, do Estatuto, no ato concessor da aposentadoria, que foi e tinha de ser deferida em razão do tempo de serviço e não por implemento de idade ou invalidez.

O ato de aposentadoria do requerente deve, pois, ser retificado para excluir a menção ao dispositivo impertinente e, cessado desde logo o desconto, restituídas lhe devem ser as importâncias indevidamente retidas para recolhimento ao órgão arrecadador do sistema federal de previdência.

Releva notar não ter ocorrido, no caso, prescrição, pois o pedido de retificação foi apresentado antes de transcorridos cinco anos da publicação do ato de aposentadoria.

É o Parecer.

PORTO ALEGRE, 16 de abril de 1982.

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 4962

LICENÇA-PRÊMIO. VEDAÇÃO DA DESCONVERSÃO.

LEI N.º 6.672, DE 1974. ARTIGO 90.

A vedação da desconversão de tempo dobrado de licença-prêmio não gozada, disposta no artigo 90, *in fine*, da Lei Estadual n.º 6.672, de 22 de abril de 1974, não é aplicável a todos os que, não se havendo beneficiado do tempo assim convertido para nenhum efeito legal, tais como gratificações adicionais de qualquer natureza, venham apenas a colher prejuízos com a sua utilização para efeito de aposentadoria, pela perda significativa de outras vantagens estatutárias.

Necessidade de respeitar, na aplicação dos textos legais, a natureza própria de benefício inerente à licença-prêmio como direito do servidor público.

1. Por requerimento dirigido ao Senhor Secretário da Administração, em 27 de fevereiro de 1981 (Processo n.º 4947/81 — SENA), a Senhora MARIA ONDINA RIBEIRO MACHADO, professora do Instituto de Educação "Gen. Flores da Cunha", matrícula n.º 2030729 2, nível 6, letra D, triênio 9, solicita que seja tornada sem efeito a conversão em dobro de licença-prêmio, referente ao período de 01 de março de 1958 a 29 de fevereiro de 1968, que lhe fora concedida, em 1972, nos termos do artigo 144 da Lei n.º 2.338, de 25 de janeiro de 1954 (Boletim n.º 2.485, de 14 de novembro de 1972 — processo n.º 22171/72), para efeitos de gratificação adicional e de aposentadoria, visto que a interessada quer agora efetivamente gozar dessa mesma licença-prêmio. Alega a peticionária que não se beneficiou para nenhum efeito desse tempo de serviço dobrado. De fato, ao lhe ser concedida a conversão em tela, já havia feito jus à gratificação adicional de 15%, por deferimento anterior, nos termos do Boletim n.º 837, de 14 de novembro de 1968; de outra parte, a gratificação adicional de 25% foi suprimida para o Magistério Público Estadual, substituída pelos triênios, com a superveniência da Lei n.º 6.672, de 22 de abril de 1974 (artigo 69), por-

tanto antes que a interessada completasse o período de tempo necessário à aquisição dessa vantagem, o que só aconteceria hipoteticamente em fevereiro de 1977, ao atingir 24 anos de serviço público. Quanto à aposentadoria, a que a requerente fará jus, portanto, em fevereiro de 1982, após 29 anos de serviço público, não há interesse seu em usufruir da conversão de licença-prêmio em tempo dobrado, na forma do que limpidamente argumenta, **verbis**:

"3. Restaria, pois, residualmente, aproveitar o benefício da conversão, somente para efeitos de aposentadoria. Mas, isso é inconveniente, porque perderia o direito ao triênio 10 e a nova licença-prêmio, além de dever esperar em exercício, cerca de 6 meses, a tramitação da aposentadoria voluntária. Ora, a professora que aguarda 6 meses a tramitação burocrática, trabalha mais 3 meses e goza de outros 3 meses de férias, completando os 30 anos corridos com que obtém o 10.º triênio e nova licença-prêmio, que gozará enquanto sua aposentadoria é examinada e deferida."

2. Em prol de seu pedido, refere a suplicante que haveria direito adquirido a desconverter as licenças-prêmio, a qualquer tempo, **forte** no artigo 153, § 3.º da Carta Magna, eis que transformadas em tempo dobrado na vigência da Lei nº 2.338, de 25 de janeiro de 1954, a qual não proibia essa desconversão, como hoje o faz expressamente a Lei nº 6.672, de 22 de abril de 1974. No seu entender, essa proibição, contida no artigo 90, **in fine**, do vigente Estatuto e Plano de Carreira do Magistério Público do Rio Grande do Sul, dirige-se somente para o futuro, vale dizer, para os que requererem a dita conversão na regência desse novo diploma legal, não se vedando dessarte "(...) que se desconverte uma contagem em dobro requerida e deferida no passado, na vigência de legislação outra, que não afastava a desconversão" (item 5, folhas 3). Ademais, invoca a requerente que, desatendida a sua leitura do texto legal, haveria tratamento discriminatório, seja do Magistério Público relativamente aos demais funcionários públicos e aos magistrados, os quais contam a licença-prêmio em dobro para efeito de gratificações adicionais e de quinquênios, respectivamente, seja no próprio professorado, eis que as colegas de mesmo tempo de serviço que a requerente, e que não converteram sua licença-prêmio, nem mesmo na vigência da lei antiga, gozariam agora o período semestral de licenciamento especial, trabalhariam só mais três meses e teriam ainda três meses de férias, sem que perdessem no entanto o direito ao décimo triênio e à nova licença-prêmio, usufruída ao final, enquanto aguardassem a inativação. O relatório não seria fidedigno, se não se transcrevesse aqui o petitório da própria requerente, ao defender com expressividade o que julga seu direito, em nome inclusive do princípio de isonomia, **verbis**:

"E a suplicante teria desfigurado sua licença, de prêmio para tormento: ou perde o último efeito residual da conversão trabalhando efetivamente mais um ano, ou não leva para a aposentadoria o último triênio, nem obtém nova licença-prêmio, em que aguarde a expedição do

decreto aposentatório, sem trabalhar de graça para o Estado, a quem serviu fielmente, por 30 anos, com efetiva regência de classe, na árdua missão de professora da tormentosa Matemática!" (item 6, folhas 4).

3. O expediente recebeu substancial informação sob nº 107/81, de 05 de maio de 1981, na Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração, da lavra do Assessor Jurídico LÉA MARIA DEMARTINI VANIN, onde se conclui que, *"em que pese reconhecer que pode a interessada ter perdido o interesse na conversão de sua licença-prêmio, não vislumbro eventual reserva de direitos para sua desconstituição, quer sob a alegação de direito adquirido quer sob o da isonomia"* (folhas 14). Sugere a oitiva desta Procuradoria-Geral, em atenção a pedido da própria requerente, vieram os autos (Processo nº 914/81-PGE), distribuídos a este Conselho Superior.

É o relatório.

4. Parece inconteste o direito da peticionária, nos termos expressivos de sua própria exposição à desconversão do tempo dobrado de sua licença-prêmio, referente ao período de 01 de março de 1958 a 29 de fevereiro de 1968, em gozo da mesma vantagem, na forma estatutária, pelo tempo mínimo de seis (6) meses, com todas as vantagens do cargo, como se nele estivesse em exercício (Estatuto e Plano de Carreira do Magistério Público do Estado, artigo 88; Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, artigo 162; Lei Estadual nº 2.338, de 25 de janeiro de 1954, artigo 140). É bem verdade que a Lei Estadual nº 6.672, de 22 de abril de 1974, no seu artigo 90, ao estipular que *"o tempo de licença-prêmio não gozada será a pedido do membro do Magistério contado em dobro para efeito de aposentadoria"*, vedou expressamente **in fine** a desconversão. A aplicação dessa vedação superveniente não pode ser considerada razoável, no entanto, quando gera o efeito de transmutar em agravo para o servidor o que a lei lhe concedeu como benefício. Ou, ademais, quando de modo oblíquo impossibilita o legítimo exercício de direito, pelo gozo de vantagem conferida ao servidor, sem que a mesma tenha sido legalmente extinta.

5. De fato, a licença-prêmio a que fez jus a peticionária, embora convertida em tempo dobrado de serviço, na forma de autorização legal vigente à época em que requereu essa conversão (Lei nº 2.338, de 25 de janeiro de 1954, artigo 144; Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, artigo 165), depois ratificada pelo citado artigo 90 da Lei Estadual nº 6.672, de 22 de abril de 1974, não pode ainda e não poderá mais ser utilizada vantajosamente para nenhum dos efeitos apontados pela norma estatutária, quais sejam a aposentadoria e as gratificações adicionais. Quanto a essas, conforme o relatório, a gratificação adicional de 15% já havia sido alcançada antes da concessão da licença-prêmio à interessada, e a de 25% desapareceu para o professorado estadual, por força do vigente Estatuto e Plano de Carreira do Magistério Público, muito antes que a peticionária houvesse completado o lapso temporal aquisitivo correspondente. O mesmo diploma legal, aliás, no seu já citado artigo 90, limita por isso mesmo tão-somente à hipótese da aposentadoria a contagem em dobro da licença-prêmio não gozada.

6. Restaria à interessada, portanto, só beneficiar-se do tempo convertido para a sua aposentadoria. Mas isso lhe é manifestamente prejudicial, como aliás bem expôs em seu pedido, pois ainda que se jubilasse antecipadamente, de uma parte precisaria aguardar em exercício o ato de aposentação, sabidamente por período não pequeno de tramitação burocrática, e de outra parte não faria jus ao último triênio, ao completar trinta anos de serviço público, e a novo período de licença-prêmio, em razão do decênio de efetivo exercício funcional. Assim sendo, é curial que só lhe aproveita a licença-prêmio já obtida se puder ser gozada, mediante a pertinente desconversão. Por isso mesmo, obstar a desconversão da licença-prêmio à interessada implica em transmutar o que a lei concedeu como benefício em malefício, a vantagem em punição. Ora, não parece que seja aceitável uma tal exegese dos textos legais, que subverte, ou até mesmo inverte, a finalidade para a qual foram pensados, como intencionalidade genética ou racional do preceito. Não se trata de garantir à peticionária o invocado direito adquirido à desconversão, no sentido constitucional, mas de simplesmente compreender que a incidência do artigo 90 da Lei Estadual nº 6.672, de 22 de abril de 1974, não pode conduzir ao iníquo efeito de transformar em punição o que a lei quis como benefício. O que equivale a dizer que a vedação da desconversão é inaplicável à peticionária, e a todos os que estiverem na mesma situação, desde que não se tenham beneficiado do tempo convertido para nenhum efeito, tais como gratificações adicionais de qualquer natureza, pelo só intuito de respeitar a natureza de benefício inerente à instituição da licença-prêmio como direito do funcionário.

7. Em manifestação anterior desta Casa, através do Parecer nº 4843, de 20 de novembro de 1981, entendi que *"pelo simples decurso do decênio de serviço público, a teor dos artigos 162 a 165 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado (ou, na espécie ora em exame, a teor dos artigos 140 e 144 da Lei Estadual nº 2.338, de 25 de janeiro de 1954), adquire o funcionário um direito de conteúdo indeterminado, à maneira das obrigações alternativas: ou a licença-prêmio de no mínimo 6 (seis) meses, com todas as vantagens do cargo, como se nele estivesse em exercício, ou a contagem de tempo de serviço ficto igual ao dobro do período pelo qual deixar de gozar a vantagem, para efeito de aposentadoria ou gratificações adicionais"*. Ora, mantida essa aproximação com as obrigações alternativas no Direito Privado, é inescusável a lição de PONTES DE MIRANDA quanto à irrevogabilidade da opção, ou melhor, da concentração feita quanto ao direito antes de conteúdo indeterminado, e que agora se fixa, pelo rompimento da alternatividade:

"O direito de escolha exerce-se mediante declaração unilateral de vontade, receptícia, sem exigência de forma (pode ser tácita) e, feita eficazmente, irrevogável (a implícita em oferecimento da prestação, recusado, não teve eficácia)." (PONTES DE MIRANDA, F. C. Tratado de Direito Privado. 3ª ed., Rio de Janeiro, Editor Borsol, 1971, vol. XXII, § 2.705, I, p. 132).

8. No entanto, na presente espécie ficou demonstrado que a interessada não utilizou o tempo convertido para nenhum dos efeitos legalmente previstos, vale dizer, aposentadoria e gratificações adicionais de 15% e 25%. Se isso não bastasse para tornar revogável a sua opção, então no mínimo se deveria garantir à peticionária o direito de se valer da alternativa antes abandonada, quando a primeira opção feita, mediante declaração unilateral de vontade, apenas receptícia pela administração pública, foi supervenientemente impossibilitada por essa mesma administração, tais os malefícios que acarretaria, ao invés de ser vantajosa. Essa também a lição, *mutatis mutandis*, do mesmo jurista e mestre antes citado, entendendo-se como devedor a requerente e credor a administração pública estadual:

"Se a escolha tocava ao devedor, a impossibilitação de uma das prestações pelo credor, que não podia escolher, dá ao devedor o poder de escolher a que foi impossibilitada pelo orador ou de fazer a outra prestação e exigir do orador a indenização de perdas e danos". (Ibid., § 2.706, 3, p. 141).

9. EM CONCLUSÃO, não pode o administrador, pela combinação de textos legais, chegar a impedir ao servidor o legítimo exercício de direito, pelo gozo de vantagem concedida, sem que a mesma tenha sido legalmente extinta, pela simples inversão de sua *ratio* benéfica em gravosa. Tal exegese, no caso, desprezando a natureza própria de benefício inerente à licença-prêmio como direito da interessada, ofenderia inclusive a lógica da matéria disciplinada ou da natureza das coisas *"la logica della materia disciplinata, quale si desume dalla natura economico-sociale dei rapporti regolati (c. d. natura delle cose)"* (BETTI, Emilio. *Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici*. Milano, Dott. A. Giuffrè, Editore, 1971, § 49, p. 273).

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 14 de maio de 1982.

POLÍTICA SALARIAL

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

PARECER N.º 4748

SALÁRIO.

O art. 12 da Lei Federal n.º 6.708, de 30 de outubro de 1979, que permite a celebração de acordos coletivos de trabalho por entidades governamentais somente nos termos de Resoluções do Conselho Nacional de Política Salarial, é aplicável apenas a entidades da administração federal e a empresas subvencionadas pela União ou concessionárias de seus serviços.

1. O Senhor Secretário de Estado da Administração solicita o pronunciamento desta Procuradoria-Geral a respeito da extensão do art. 12 da Lei Federal n.º 6.708, de 30 de outubro de 1979, no que se refere à correção semestral dos salários de empregados da Administração Indireta Estadual.

2. O artigo 20 da Lei Federal n.º 6.708/79, que dispõe sobre a correção automática dos salários, estabeleceu expressamente que suas disposições não se aplicavam *"aos servidores da União, dos Territórios, dos Estados e dos Municípios e de suas autarquias, submetidos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho"*.

Ficaram, assim, excluídos dos efeitos da mesma Lei tão-somente os empregados contratados sob o regime trabalhista pela Administração Direta e por entidades autárquicas de qualquer esfera administrativa.

Em consequência, interpretando o art. 20 **a contrário**, conclui-se que empregados de sociedades de economia mista e de fundações instituídas pelo Poder Público são também destinatários da Lei n.º 6.708, de 1979.

3. O assunto, porém, é de complexidade bem maior ante os termos do art. 12, da mesma Lei n.º 6.708, de 1979, que estabeleceu, textualmente:

"Art. 12 — As empresas públicas, as sociedades de economia mista de que a União Federal ou qualquer de suas autarquias detenha a maioria do capital social, as empresas privadas, subvencionadas pela União ou concessionárias de Serviço Público Federal, e ainda, as entidades governamentais cujo regime de remuneração de pessoal não obedeça integralmente ao disposto da Lei n.º 5.645, de 10 de dezembro de 1970, somente poderão celebrar acordos coletivos de trabalho, de natureza econômica ou conceder aumento coletivo de salários, nos termos das Resoluções do Conselho Nacional de Política Salarial".

4. Ao contrário do que entendeu o Senhor Coordenador da Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração, sou de opinião que a regra do art. 12, retrotranscrito, não é dirigida à administração estadual.

O citado dispositivo legal ao referir *"as entidades governamentais cujo regime de remuneração de pessoal não obedeça integralmente ao disposto na Lei n.º 5.645, de 10 de dezembro de 1970"* teve em vista disciplinar somente a política salarial no âmbito da administração federal, por que só a esta se aplicaria a Lei invocada.

Com efeito, a Lei n.º 5.645, de 10 de dezembro de 1970, aludida no art. 12, ora em exame, estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais.

Assim, as entidades, cujo regime de remuneração de pessoal não obedeça às diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União, devem ser consideradas apenas as entidades federais porque somente a estas poderia ser aplicado o plano de reclassificação federal.

5. O art. 12 da Lei n.º 6.708, convém repetir, é dirigido às empresas estatais da União. Mas, além das entidades da Administração Federal Indireta, o dispositivo alcança também *"as empresas privadas, subvencionadas pela União ou concessionárias de Serviço Público Federal"*.

Por tal razão, sociedades de economia mista e fundações estaduais, que forem subvencionadas pela União ou concessionárias de seus serviços, terão de sujeitar-se à restrição imposta pelo mesmo dispositivo.

Assim, embora o art. 12 não se destine às entidades da administração estadual, estas poderão, por outro fundamento, sofrer os seus efeitos em determinadas condições, ou seja, quando subvencionadas pelo Governo Federal ou por ele autorizadas à exploração de serviço público concedido. Em tal hipótese, a realização de acordos coletivos de natureza econômica ou a concessão de aumento coletivo de salários só serão possíveis com observância das Resoluções do Conselho Nacional de Política Salarial.

Mas, as demais entidades estaduais, que não dependem de subvenção ou de concessão de serviço da União, poderão realizar os mesmos atos, observando tão-somente os procedimentos recomendados pelo Governo do Estado através da Ordem de Serviço n.º 2/81 e de outros atos normativos ora vigentes.

6. De outra parte, embora o legislador não tenha demarcado com nitidez os limites da restrição posta pelo art. 12, entendo que esta não se refere à correção semestral automática de salário.

O art. 12 limitou o direito de certas entidades de realizarem acordos coletivos de natureza econômica ou de concederem aumento coletivo de salário. Mas, pela sistemática da Lei n.º 6.708, de 1979, entende-se por aumento coletivo de salário apenas aquele fixado anualmente por ocasião do dissídio coletivo de cada categoria profissional.

A Lei n.º 6.708, mantendo o princípio da revisão anual de salários, introduzido pela Lei Federal n.º 4.725, de 13 de julho de 1965, estabeleceu, no parágrafo único do art. 10, que *"os aumentos coletivos de salário serão ajustados por um ano, não podendo ocorrer revisão, a esse título, antes de vencido aquele prazo"*.

Por outro lado, para compensar a perda do poder aquisitivo da moeda, que acabou por tornar inviável a revisão anual, o legislador introduziu a modalidade da correção semestral de salário, de acordo com o Índice Nacional de Preços ao Consumidor — INPC, para ser aplicada automaticamente sempre no prazo de seis meses a contar da data-base do dissídio coletivo de cada categoria profissional.

A correção semestral, que independe de negociação e que pode ser reclamada individualmente pelo empregado, não é, face à sistemática da Lei n.º 6.708, considerada aumento coletivo de salário, pois, de acordo com os artigos 10 e 11, o reajustamento coletivo é anual e será estipulado mediante *"convenção, acordo coletivo ou sentença normativa, com fundamento no acréscimo verificado na produtividade da categoria profissional"*.

É a correção semestral, em verdade, mera antecipação salarial, a ser compensada no dissídio coletivo seguinte, instituída pelo legislador para fins de reposição da perda do poder aquisitivo da moeda, durante o período de vigência do acordo coletivo ou da sentença normativa.

Assim, ao impor uma restrição para determinadas entidades na concessão de aumento coletivo de salário, o art. 12 teve em vista a revisão coletiva anual e não a correção semestral automática.

Em consequência, as entidades estaduais, subvencionadas pela União ou concessionárias de serviço público federal, ficam sujeitas às Resoluções do Conselho Nacional de Política Salarial quanto à concessão de aumentos anuais de salário, mas não quanto à correção semestral, porque esta é automática.

7. EM CONCLUSÃO, os empregados contratados sob o regime trabalhista pela Administração Direta e por entidades autárquicas ficaram excluídos dos efeitos da Lei Federal n.º 6.708, de 30 de outubro de 1979.

As fundações de direito público do Estado são consideradas autarquias e, por isso, seus empregados também foram excluídos dos efeitos da mesma Lei.

O art. 12 da Lei Federal nº 6.708/79, que permite a concessão de aumentos coletivos de salário somente nos termos das Resoluções do Conselho Nacional de Política Salarial, é aplicável apenas a entidades da administração federal e a empresas privadas, subvencionadas pela União ou concessionárias de serviço público federal.

Assim, só as sociedades de economia mista e as fundações estaduais, enquadráveis como subvencionadas pela União ou concessionárias de seus serviços, sofrem a restrição do mesmo dispositivo legal.

De outra parte, a limitação para conceder aumentos coletivos, mesmo por parte das entidades estaduais atingidas pelo art. 12 da Lei nº 6.708, não se refere à correção semestral e automática de salários, e sim à revisão coletiva anual.

Por último, qualquer alteração salarial nas entidades da Administração Indireta Estadual, inclusive fundações, ainda que decorrente da correção semestral automática, deve ser, para fins de controle, autorizada previamente pelo Chefe do Executivo Estadual, em cumprimento à Ordem de Serviço nº 2/81 do Governador do Estado, publicada no Diário Oficial, de 09 de janeiro de 1981.

É o meu parecer, salvo melhor juízo.

PORTO ALEGRE, 06 de agosto de 1981.

ESTÁGIO PROBATÓRIO

EUNICE NEQUETE MACHADO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4905

ESTÁGIO PROBATÓRIO

Não é o prazo de setecentos e trinta dias período de tempo que se assegure ao funcionário a prestação de estágio probatório, mas sim prazo decadencial de que a Administração dispõe para observar, avaliar e julgar da conveniência ou não da confirmação do funcionário, cuidando de observar o procedimento descrito pelos parágrafos 2º e seguintes do artigo 14 da Lei nº 1.751/52, bem como de que a exoneração de ofício, quando conveniente, seja levada a efeito até o último dia de tal prazo.

Inquérito e processo administrativo é, de regra, garantia do servidor estável. Se a inobservância de algum dos requisitos enunciados no já mencionado artigo 14 configurar também infração disciplinar não há necessidade de instauração de procedimento administrativo, salvo se a infração disciplinar for daquelas cujo conhecimento e certeza acerca da autoria ou da culpa só seja possível mediante procedimento próprio e de maior complexidade.

Vêm a esta Procuradoria-Geral do Estado dois expedientes, versando exoneração de funcionários em estágio probatório, para exame e parecer.

O primeiro deles, versa situação funcional de A.T.K., nomeado em estágio probatório, para o cargo de Agente Administrativo Auxiliar, classe A, padrão 10-0, com exercício iniciado aos 16 de janeiro de 1981, lotado na Secretaria da Justiça.

O segundo versa a situação de F.C.M., Agente de Segurança Penitenciária, lotado igualmente na Secretaria da Justiça, no Presídio Central, e que entrou no exercício das funções de seu cargo aos 13 de janeiro de 1981.

Apenas a este último foi oportunizada a defesa a qual foi apresentada dentro do prazo de cinco dias, eis que cientificado aos 18 de setembro de 1981 (sexta-feira), foi a mesma protocolada aos 24 dias dos mesmos mês e ano.

É o relatório.

2. É o estágio probatório aquele período de tempo em que o funcionário nomeado para exercer cargo efetivo fica em observação a fim de que se verifiquem os

requisitos legalmente considerados essenciais ao bom desempenho da função pública, e, que, se implementados pelo servidor farão com que ele seja confirmado no cargo após o decurso daquele prazo. Se, ao contrário, não preencher nenhum de tais requisitos, poderá ser exonerado de ofício, desde que o seja dentro do referido prazo.

Conforme o preleciona JOSÉ CRETELLA JUNIOR, durante o estágio é o nomeado "um quase funcionário", ... "um agente administrativo em situação *sui generis*, com todos os deveres e responsabilidades impostos pelo regime jurídico a que se acha submetido, mas sem os direitos integralmente conferidos aos efetivos". ("Tratado de Direito Administrativo", Forense, 1ª ed., 1967, vol. IV, p. 229). O que equivale a dizer que, ainda que se o considere um funcionário público, ainda não o é, em caráter efetivo, por não ter alcançado o atributo da estabilidade.

Cumpra, entretanto, especificar, diante da legislação vigente e incidente, quais serão tais requisitos e qual será o tempo dentro do qual os mesmos deverão ser observados.

O Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, Lei de incidência e aplicação genérica ao funcionalismo público civil estadual, excetuadas as categorias funcionais que se encontrem reguladas por Estatutos Próprios, casos em que geralmente também terá incidência e aplicação subsidiária ou complementar, determina:

"Art. 12 — As nomeações serão feitas:

.....
II — em estágio probatório, quando se tratar de cargo de provimento efetivo, salvo o disposto no item seguinte;

III — em caráter efetivo, quando se tratar de cargo de provimento efetivo e o candidato for ocupante de cargo público, com estágio probatório completo".

"Art. 14 — Estágio probatório é o período de setecentos e trinta dias de exercício do funcionário, durante o qual é apurada a conveniência ou não de sua confirmação, mediante a verificação dos seguintes requisitos:

- I — idoneidade moral;
- II — disciplina;
- III — assiduidade;
- IV — dedicação ao serviço; e
- V — eficiência.

§ 1º — O Chefe da Repartição ou Serviço em que sirvam funcionários sujeitos a estágio probatório, quatro meses antes da conclusão deste, informará à autoridade competente sobre esses funcionários, tendo em vista os requisitos enumerados neste artigo.

§ 2º — Encaminhadas as informações ao órgão de pessoal do Estado, caberá ao mesmo formular parecer, opinando sobre o merecimento do estagiário em relação a cada um dos requisitos e concluindo a favor ou contra a confirmação.

§ 3º — Desse parecer, se contrário à confirmação, será dada vista ao estagiário pelo prazo de cinco dias.

§ 4º — Julgando o parecer e a defesa, o Secretário de Estado ou o dirigente de órgão diretamente ligado ao Chefe do Poder Executivo, quando for o caso, se considerar aconselhável a exoneração do funcionário, providenciará na expedição do respectivo decreto; se, porém, manifestar-se pela permanência do funcionário, a confirmação não dependerá de qualquer ato".

"Art. 16 — Concluído o estágio probatório, verificar-se-á a efetivação automática do funcionário."

Relativamente ao prazo referido pelo § 1º supratranscrito entendemo-lo meramente ordenatório, conforme afirmação semelhante encontrada no parecer PGE nº 3807, da lavra da Procuradora do Estado MARISA SOARES GRASSI. E assim deve ser entendido, eis que o prazo de estágio probatório é, como resulta do artigo 16, decadencial: findos os setecentos e trinta dias o funcionário adquire estabilidade na função pública, atributo em razão do qual gozará de todas as garantias tendentes a oportunizar-lhe a permanência no serviço público. Contudo, exercício da função por setecentos e vinte e nove dias completos não é garantia do funcionário em estágio, mas prazo de que a Administração dispõe para observar e avaliar o servidor em tal caráter nomeado. A toda evidência, pode a Administração já contar com dados suficientes a uma avaliação desfavorável à confirmação do candidato muito tempo antes do vigésimo mês. Dentro, pois, deste período de 730 dias tão logo tenha tais condições de avaliação, deverá observar o procedimento prescrito nos parágrafos 2º e seguintes do artigo 14 acima transcrito, levando sempre em conta que a exoneração em estágio probatório só poderá ser levada a efeito até o heptacentésimo trigésimo dia (730º) do estágio a contar do primeiro dia em que o funcionário houver entrado em exercício de suas funções, já que prazo de dias há de se contar dia-a-dia e, pois, até o término do último dia o funcionário ainda se encontra em tal situação probatória. Contudo, somente a exoneração poderá ser levada a efeito até tal termo, nunca a avaliação, eis que aquela deverá ser sempre precedida de defesa a ser apresentada em cinco dias da vista do parecer desfavorável à confirmação do servidor.

Não-nos parece procedente a objeção de que, não satisfeito o requisito da assiduidade, ainda que pela ausência injustificada ao serviço por trinta dias consecutivos, deva ser o fato enquadrado na hipótese do artigo 38 da Lei nº 1.751/52, de abandono de cargo, para que, só após inquérito administrativo venha a ser demitido, eis que tal procedimento há de ser, de regra, garantia alcançada por via de estabilidade, prerrogativa na qual tal falta de assiduidade só se poderá considerar infração disciplinar, passível de sanção, se verificável mediante procedimento mais complexo e com maiores garantias ao funcionário, de defesa, e, conseqüentemente, de possibilidade de permanência no serviço.

Evidentemente, o funcionário em estágio probatório igualmente estará sujeito a quaisquer sanções disciplinares, desde que tais não sejam decorrentes de infrações só tipificáveis diante da estabilidade.

Estando o funcionário em estágio probatório, não há necessidade sequer de que se aguarde a falta ao serviço por um mês ininterruptamente. Ainda que o funcionário falte por trinta dias consecutivos, basta que se lhe oportunize defesa em cinco dias, para que, logo após, e antes de completados os 730 dias, se for o caso, seja o mesmo exonerado de ofício, nos termos do artigo 66, § 1º, inciso III do Estatuto.

Ao funcionário, em estágio probatório, só se há de aplicar a demissão, como pena, quando o for a bem do serviço público, nas hipóteses que menciona o artigo 218, em seus incisos, cuja autoria deve resultar incontestável e de conhecimento certo, após o competente processo administrativo, mas ainda assim, desde que não tenham previamente afetado algum ou alguns dos requisitos arrolados no artigo 14, bem como se lhe poderá aplicar a demissão como pena em razão de aplicação indevida de dinheiro público, de cujo conhecimento, quer a nível de apuração fática, quer a nível de apuração da culpa, normalmente só será possível através de procedimento administrativo mais complexo que o aplicável em estágio probatório.

Relativamente ao segundo expediente, distingue-se a situação funcional do servidor, pelo fato de não pertencer ele ao Quadro Geral dos Funcionários Cíveis e sim ao Quadro dos Funcionários Penitenciários do Estado, criado pela Lei nº 6.502, de 22 de dezembro de 1972, a qual determina em seu artigo 8º:

"A hierarquia dos funcionários integrantes do Quadro de que trata esta Lei, cujo regime disciplinar próprio será o previsto na Lei nº 6.194, de 15 de janeiro de 1971 (...)" (grifei).

Seja: sujeitou, assim, ao regime disciplinar do Estatuto dos Servidores da Polícia Civil, os servidores de que cuidou. Todavia, também declarou-os sujeitos, de forma genérica, ao Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, quando, em seu

artigo 7º, excluiu-os expressamente da percepção das vantagens a que se referem os artigos 97 a 99 deste.

E, consoante nos ensina THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI é direito disciplinar aquele conjunto de "*normas relativas às infrações dos regulamentos internos das repartições administrativas e respectivas sanções*" (in Q. Funcionário Público e seu Estatuto, Livraria Editora Freitas Bastos, 1940, p. 400).

As normas relativas a estágio probatório não são normas disciplinares e, portanto, não integram tal regime. Para que o estágio probatório não seja satisfatório, não é necessário que o funcionário em tal situação cometa infração disciplinar, basta que não cumpra com os requisitos básicos exigíveis de qualquer funcionário para o bom desempenho da função pública e tais requisitos poderão ser desatendidos igualmente por fatos que, relativamente a funcionários estáveis só pudessem dar ensejo à demissão. Isto porque, em tal período de prova, não importa a causa, basta se verifique não ser o funcionário moralmente idôneo, ou disciplinado, ou assíduo, ou dedicado ao serviço ou eficiente para que se o possa exonerar de ofício nas condições acima descritas.

Nada obsta, portanto, que tais parâmetros de avaliação e métodos sejam idênticos aos previstos por outro Estatuto, desde que não conflitem com a Lei nº 1.751, eis que se mais detalhado e padronizado, tanto mais objetivamente poderá ser conhecido do funcionário em avaliação.

Assim, ao Agente de Segurança Penitenciária são aplicáveis as normas relativas a estágio probatório contidas na Lei nº 1.751/52, tal como anteriormente referimos.

Digno de nota, por fim, que, sendo tal avaliação matéria de mérito, de conveniência administrativa, não nos cabe emitir, em caso algum, qualquer juízo de valor, cumprindo-nos apenas o esclarecimento acerca das formalidades a serem observadas que, aqui, em ambos os casos são idênticas.

EM CONCLUSÃO, opino no sentido de que, de posse das informações exaradas pelos órgãos competentes (Chefias de repartição ou Serviço), sejam ambos os expedientes encaminhados ao órgão de pessoal do Estado, para que, nos termos do parágrafo 2º do artigo 14, da Lei nº 1.751/52, opine em cada um deles acerca da verificação dos requisitos arrolados pelo mesmo dispositivo; mais que: em sendo contrários à confirmação dos estagiários, ou de algum deles, de tal manifestação lhes seja dada vista, pelo prazo de cinco dias, findo o qual, apresentadas ou não suas defesas, deverão os expedientes ser encaminhados ao Senhor Secretário da Justiça, para julgamento, de conformidade com o disposto no artigo 14, § 4º da Lei nº 1.751/52, para que consoante o que entender conveniente providencie ou não a expedição dos respectivos atos de exoneração. Sendo de salientar que tal exoneração

deva ser levada a efeito até o último dia do estágio, e, ainda, que o silêncio ou a manifestação favorável do Senhor Secretário de Estado da Justiça implicará tão-somente na permissão de que tal funcionário permaneça em estágio probatório pelo tempo que ainda lhe restar, sujeitando-o, pois, à possibilidade de nova avaliação e decisão contrária.

Pelo que, em assim procedendo, nova vista deverá ser dada a F.C.M., eis que o termo inicial de tal prazo ainda não se verificou, seja a data em que deverá ser cientificado da manifestação do órgão de pessoal do Estado.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 12 de março de 1982.

ESTAGIÁRIOS

EUNICE ROTTA BERGESCH
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER N.º 4.960

SERVIÇO PÚBLICO. ESTAGIÁRIOS.

Possibilidade de a Administração Pública Estadual admitir estagiários nos termos da Lei Federal n.º 6.494/77.

O Senhor CHEFE DA CASA CIVIL DO GABINETE DO GOVERNADOR DO ESTADO solicita pronunciamento desta Procuradoria-Geral para que seja fixada a orientação jurídica da Administração Estadual sobre a possibilidade de o Estado continuar a admitir, diretamente ou mediante convênio com entidades de forma privada, os estagiários de que trata a Lei federal n.º 6.494, de 7 de dezembro de 1977, face à orientação traçada pelo Órgão, através do Parecer n.º 4034 e do Ofício-Parecer n.º 535/80 (P-79).

É o relatório.

Através do Parecer n.º 4034, do Procurador do Estado JORGE ARTHUR MORSCH, em que esta Casa firmou posição a respeito do assunto, seguindo a orientação dominante na doutrina, ficou assente, basicamente, que *"dois regimes jurídicos regem o trabalho público na órbita estadual: o regime institucional estatutário e o regime contratual trabalhista. Enquanto o primeiro é o regime ordinário, o segundo é aplicável apenas nas hipóteses mencionadas nos artigos 170, parágrafo 2.º e 106 da Constituição Federal, a saber, exploração da atividade econômica por parte do Estado, realizada por empresas públicas e sociedades de economia mista, e bem assim os serviços de caráter temporário e os serviços de natureza técnica especializada"*. Também que *"enquanto não editada a lei especial a que se refere o artigo 106 da Constituição Federal, os servidores contratados para serviços temporários e para funções de natureza técnica-especializada sujeitam-se ao regime trabalhista"* sendo inadmissível contratação para desempenho de função que é conteúdo de cargo público.

Salienta o mesmo Parecer que, no âmbito estadual, a Lei n.º 4.528, de 12 de julho de 1963, (que considerou em vigor) proibiu a contratação de pessoal para a execução de serviços permanentes, determinando que fossem submetidos ao regime celetista os servidores admitidos para a execução de serviços transitórios ou eventuais, frisando não ser *"possível a admissão de servidores não funcionários para a execução, mesmo transitória, de serviços permanentes, qualquer que seja o regime desejado"*.

Já o Ofício-Parecer nº 535/80-P—79, examinando a legitimidade da contratação de pessoal, nos termos da já mencionada Lei Nº 4.528/63, entendeu que a mesma, com a revogação dos Atos Complementares nºs 41 e 52, *"retomou integral aplicabilidade"*, tendo ela definido o que seja Serviço Permanente, Serviço de Obras, Serviço Transitório e Serviço Eventual, sendo que o primeiro deve ser executado por funcionários nomeados para cargos de provimento efetivo ou em comissão, o segundo, por pessoal de obras e os outros dois, por pessoal temporário, regidos pela legislação trabalhista.

Considerou o Senhor PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, em seu Ofício-Parecer, que o *"inciso I e o § 1º do artigo 1º da Lei nº 4.528/63 estão em perfeita harmonia com o consenso geral e com as normas do artigo 97 da Constituição Federal e do artigo 89 da Constituição Estadual, que tratam do concurso público como normas gerais para a primeira investidura em cargo público, no sentido de que os serviços públicos de caráter permanente, assim considerados os que não sofrem solução de continuidade, devem ser exercidos por funcionários profissionais, os detentores de cargos públicos de provimento efetivo, ou seja, por prestadores de trabalho público com vinculação ao Estado de caráter também permanente"*, e segue examinando os três primeiros artigos da aludida Lei nº 4.528/63, que define os serviços como de Obras, Transitórios ou Eventuais, sobre os quais não incide a proibição de contratar que afeta apenas o Serviço Permanente.

Relembrada a posição do Estado a respeito do assunto, cumpre examinar a possibilidade de estágio, nos termos da Lei nº 6.494/77, na Administração Estadual.

Anterior à dita legislação é a Portaria nº 1.002, de 29 de setembro de 1967, publicada no Diário Oficial da União, de 06 de outubro de 1967, na qual o Senhor MINISTRO DE ESTADO DO TRABALHO, considerando a necessidade de criar condições para formação e aperfeiçoamento técnico-profissional, adaptados aos moldes e especialidades reclamados pelo desenvolvimento brasileiro, instituiu a categoria de Estagiários, que seriam admitidos segundo condições acordadas com as Faculdades e Escolas Técnicas, e fixadas em contratos-padrão de Bolsa de Complementação Educacional, afastando o vínculo empregatício. Previa, ainda, que o Estagiário não poderia permanecer na empresa, naquela qualidade, por prazo superior ao constante no contrato de Bolsa firmado e que haveria expedição da Carteira Profissional do Estagiário, pelo mesmo Ministério, cabendo à empresa fazer o seguro de acidentes pessoais ocorridos no local de estágio. Deveria constar obrigatoriamente, segundo o artigo 2º da referida Portaria, dentre outras condições, a duração e o objeto da bolsa, que deveriam coincidir com programas estabelecidos pelas Faculdades e Escolas Técnicas.

Posteriormente, pelo Decreto federal nº 66.546, de 11 de maio de 1970, foi instituído o *"Projeto Integração"* que se destinava à implementação do programa de estágios práticos para estudantes do ensino superior em áreas prioritárias, em esta-

belecimentos oficiais e privados, prevendo a concessão de bolsas de estudos, que expressamente não daria origem a vínculo empregatício ou funcional.

Pelo Decreto federal nº 69.927, de 13 de janeiro de 1972, foi instituído nacionalmente o Programa *"Bolsa de Trabalho"*, também visando a integração do estudante no processo de desenvolvimento econômico-social do País. Através do Programa, seria proporcionado a estudantes de todos os níveis de ensino, oportunidade de exercício profissional em órgãos ou entidades públicas ou particulares, sendo que as Bolsas seriam atribuídas, prioritariamente, à carentes de recursos financeiros, devendo haver direta e necessária relação entre a formação escolar dos estudantes e as tarefas que lhes fossem cometidas no órgão ou entidade em que prestassem serviços, para que fossem considerados estagiários, sem vínculo empregatício.

No âmbito da Administração Pública Federal, foi editado o Decreto nº 75.778, de 26 de maio de 1975, que dispôs sobre o estágio de estudantes de estabelecimentos de ensino superior e de ensino profissionalizante de 2º Grau, no Serviço Público Federal. Dispunha basicamente que:

- a) o estágio só poderia efetuar-se em unidades que pudessem proporcionar experiência prática na linha de formação do estudante, desenvolvendo-se em harmonia com os programas escolares;
- b) as bolsas seriam fixadas com base em salários-de-referência, pagas à conta de recursos próprios dos Ministérios, Órgãos integrantes da Presidência da República e Autarquias;
- c) os estágios teriam como limites de duração, mínimo e máximo, 60 e 180 dias;
- d) competiria à unidade interessada no estágio promover o planejamento, programação, acompanhamento e avaliação do mesmo, fixando o número de estagiários e fornecendo-lhes o programa de atividades a terem desenvolvimento durante o período;
- e) estava afastada a possibilidade de formação de vínculo empregatício.

Com base nessas disposições, o TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS entendeu que *"ultrapassado o limite máximo de duração do estágio, a partir da vigência do Decreto 75.778/75, desde aí o fator tempo passa a configurar imperativo obrigacional trabalhista"* no Recurso Ordinário nº 2.574, julgado em sessão do dia 24 de fevereiro de 1978, onde era recorrente o Instituto Nacional de Previdência Social.

Finalmente, através da Lei federal nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977, foi disciplinado o estágio de estudantes de estabelecimentos de ensino superior e de ensino profissionalizante do 2º Grau e Supletivo. Previa a mesma sua regulamentação no

O se esclarecer, também, que, na forma do artigo 3º da Lei nº 6.494/77, é necessária a celebração de termo de compromisso entre o estudante e a parte concedente (no caso a Administração Estadual) **com interveniência obrigatória da instituição de ensino**, sob a pena de descaracterizar-se o estágio (como ocorreu no caso que deu origem ao transcrito Acórdão 213-81 do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região).

Por fim, sou de parecer que deveria o Estado, se assim o entender conveniente o Senhor CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL, baixar regulamentação do sistema de estágios, regulado pela Lei Federal nº 6.494, para o âmbito da Administração Pública Estadual, frisando bem os objetivos a que se destina o programa, o fato de dever se desenvolver em harmonia com os programas escolares, fixando o valor das bolsas a serem concedidas e a conta de que recursos se dariam, limites de duração do estágio, número de estagiários em cada unidade, dentre outros aspectos, procurando cercar-se de todas as precauções para que não seja desvirtuado tal sistema, o que poderia levar à formação de vínculo empregatício.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 14 de maio de 1982.

DOAÇÃO MODAL

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

PARECER Nº 4833

DOAÇÃO MODAL.

Inexecução de encargo como causa de revogação.
Mora resultante da extinção do prazo ajustado.

A SECRETARIA ESTADUAL DA EDUCAÇÃO solicita a manifestação deste Órgão consultivo a respeito das implicações jurídicas do desfazimento de uma doação com encargo feita pela FUNDAÇÃO EDUCACIONAL AGRO-PASTORIL DE ROSÁRIO DO SUL (FAROS) em favor do Estado do Rio Grande do Sul.

O expediente vem instruído com a solicitação da FAROS dirigida ao Senhor Governador do Estado, através da qual relata o negócio jurídico realizado com o Estado e prevê a possibilidade de o encargo constante da escritura pública de doação para a instalação e manutenção de um centro educativo rural na área de 100ha, situada em Rosário do Sul, junto à Estrada BR-158, atribuído anteriormente ao Estado doador, ser transferido à Fundação BRAOESCO, entidade declarada de utilidade pública (Cfe. Decreto Federal Nº 86.238/81), sediada no Município de Osasco (SP), que dispõe de um projeto de instalação de um núcleo de capacitação de recursos humanos, para a execução do qual ofereceu à FAROS uma dotação de Cr\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de cruzeiros), a ser aplicado ainda este ano em aproximadamente 20 (vinte) cursos com cerca de 300 (trezentos) alunos, comprometendo-se ainda a manter o referido núcleo em funcionamento por toda a sua existência, desde que lhe fosse doada, em contrapartida, uma área não inferior a 100 ha. Propõe-se a Fundação BRADESCO a construir ali as instalações do núcleo de capacitação e, além disso, desenvolver cursos práticos de agricultura, mantendo na área um rebanho bovino de aproximadamente 100 cabeças para treinamento dos alunos (Cfe. Fl. 8 do Processo).

Para tanto, compromete-se a Fundação BRAOESCO a providenciar na "destinação de recursos próprios necessários para as edificações e benfeitorias, bem como despesas de custeio dos cursos, que se regerão por dotação anual de verbas" (Cfe. Fl. 8 do Processo).

2. Da Certidão fornecida pelo Registro de Imóveis de Rosário do Sul, lavrada em 18-06-75, junta ao expediente (fl. 6), constam expressamente as condições previstas na escritura pública de doação entre o Estado e a FAROS, quais sejam:

"1.º) O donatário se obriga a construir um Centro Educativo Rural;

2.º) O cumprimento da condição ora imposta deverá ser no prazo de 3 anos, a terminar em 16/06/1978;

3.º) Findo o prazo estipulado, não estando cumprida a condição estipulada na cláusula 1.ª, o imóvel ora doado reverterá ao domínio do doador".

3. Instruem, ainda, o Processo o Estatuto da FAROS, os Contratos n.ºs 181/78 e 324/81, que disciplinaram a aplicação de recursos do Estado na construção do denominado Centro Rural de Educação Supletiva (CRES), nos valores de Cr\$ 1.932.000,00 (um milhão, novecentos e trinta e dois mil cruzeiros), no exercício de 1978, e Cr\$ 5.998.000,00 (cinco milhões, novecentos e noventa e oito mil cruzeiros), no de 1981, respectivamente; o Decreto Estadual n.º 23.811, de 12 de março de 1975, que autorizou o recebimento em doação pelo Estado do imóvel sob exame, com a destinação prevista na escritura pública antes referida (artigo 2.º); a planta do imóvel; uma cópia da escritura respectiva e a Informação n.º 4505/UAM/SAE/SE/81, que faz referência ao Contrato relativo ao exercício de 1974, que disciplinou a aplicação de recursos no CRES, no valor de Cr\$ 400.000,00 (quatrocentos mil cruzeiros).

4. Apesar das obras já realizadas e outras em fase de execução pela Secretaria da Educação, pondera a FAROS, na solicitação encaminhada ao Chefe do Executivo Estadual, que o término da construção e o aparelhamento total do CRES para viabilizar seu funcionamento, dependeriam de dotações de recursos bastante superiores ao total já aplicado pelo Estado, substituindo-se ao Estado a Fundação BRADESCO na manutenção da escola, com vistas à formação de mão-de-obra rural especializada (fls. 3 e 4 do Processo).

É o relatório.

5. A reivindicação da FAROS, na qualidade de doadora, fundamenta-se no direito de revogação que lhe ficou assegurado pela estipulação de encargo ao donatário, expresso na escritura pública de doação, registrada no Cartório do Registro de Imóveis de Rosário do Sul (RS) sob o n.º 33.289, L 3AE, fl. 134, em razão do seu descumprimento, uma vez transcorrido o prazo de execução ajustado.

O embasamento legal da revogação encontra-se no parágrafo único do artigo 1.181 do Código Civil Brasileiro, que a prevê no caso de inexecução do encargo, desde que o donatário incorra em mora (v. artigo 960 do Código Civil Brasileiro) pela extinção do prazo marcado, sem sujeitar o donatário a responder por perdas e danos, porque conforme ensina CLÓVIS BEVILÁQUA, "encargo não é um corresponsivo da liberalidade: é, apenas, um acessório, que a modifica" (in Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por CLÓVIS BEVILÁQUA. Ed. Histórica. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1976, p. 283-4).

A doação sujeita a encargo ou prestação, também denominada doação modal, caracteriza-se pela imposição ao donatário de encargos ou obrigações dentro de um determinado prazo, ou, na sua falta pela constituição em mora resultante de interposição judicial. Tais características tornam a doação modal, sem perda da sua natureza de liberalidade, equiparável aos contratos bilaterais, imperfeitos, mediante cláusula resolutiva tácita (Cfe. CAIO MÁRID DA SILVA PEREIRA, in Instituições de Direito Civil. Vol. III. 3.ª ed. Rio-São Paulo, Forense, 1975, p. 232).

Já para DRLANDDD GOMES o não-cumprimento pelo donatário submodo do encargo, a cuja execução pode ser compelido, não é causa de resolução do contrato, a não ser que, como no caso sob exame, haja estipulação expressa a respeito (in Contratos. 4.ª ed. Rio, Forense, 1973, p. 231 e 234).

O exemplo de doação modal ou onerosa (donatione sub modo), referido por WASHINGTON DE BARROS MDNTEIRO, contempla a hipótese em questão, qual seja, a "doação feita com a obrigação de construir o donatário, no terreno objetivado pela liberalidade, edifício para escola ou hospital" (in Curso de Direito Civil. 5.º vol 11.ª ed. São Paulo, Saraiva, 1976, p. 122-3).

O encargo imposto ao donatário, conforme dispõe o artigo 128 do Código Civil Brasileiro, não suspende a aquisição, nem o exercício do direito, salvo quando expressamente imposto no ato, pelo disponente, como condição suspensiva.

As duas hipóteses legais que servem de causa à revogação, segundo o artigo 1.181 do Código Civil Brasileiro, são a ingratidão do donatário e o descumprimento de encargo.

Na lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ao doador só é possível promover a revogação da doação pela via judicial (ob. cit., p. 231-2).

Dispõe a respeito o artigo 1.184 do Código Civil:

"A revogação por qualquer desses motivos pleitear-se-á dentro em um ano, a contar de quando chegue ao conhecimento do doador o fato, que a autorizar". (art. 178, § 6.º n.º 1).

Fica dispensada, **in casu**, a interposição judicial para a constituição do doador em mora pela extinção do prazo ajustado na escritura pública de doação, sendo que o conhecimento pela donatária da inexecução do encargo, para os efeitos do artigo 1.184 antes citado, presume-se a partir da data da solicitação da FAROS, encaminhada ao Senhor Governador do Estado, contida no expediente.

7. Em se tratando da disposição de bem imóvel já incorporado ao patrimônio estadual, a hipótese do distrato, ou rescisão bilateral, dependerá de parte do Estado de prévia autorização legislativa, mesmo estando presentes os critérios de conveniência e oportunidade, que informam a sua atividade discricionária.

O poder de a Administração revogar seus atos, assim como o de desfazer seus negócios, por critérios de conveniência e oportunidade dependem da permanência da competência para decidir sobre a matéria. Como ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a competência não pode ter sido esgotada, pois que o poder de revogar assenta-se na "*disponibilidade atual*" sobre o objeto da revogação (Cfe. Elementos de Direito Administrativo. São Paulo, RT, 1980, p. 80).

É através da indisponibilidade que, segundo PROSPER WEIL, a dominialidade pública mais se distingue da privada, dificultando muitas vezes a ação da Administração (In O Direito Administrativo. Coimbra, Livraria Almedina, 1977, p. 74).

No caso sob exame, a partir da transferência da propriedade do domínio particular para o domínio do Estado, através do registro imobiliário da escritura pública de doação, cessou a disponibilidade da Administração sobre o objeto da doação. Quer dizer, a incorporação do imóvel ao patrimônio estadual, enquadrando-o na categoria de bem público, tornou-o inalienável, a não ser mediante autorização legislativa.

Assim, a indisponibilidade da Administração sobre seus bens faz com que a mesma se sujeite à prévia autorização de outro Poder, qual seja o Poder Legislativo para aliená-los sob quaisquer das formas juridicamente previstas (compra e venda, permuta, doação, etc.).

Portanto, se a opção for pelo desfazimento do negócio mediante autorização legislativa, na forma simples do distrato, deverão a Administração e FAROS providenciarem na averbação da rescisão bilateral no registro imobiliário, para os devidos efeitos legais.

8. Já a averbação no Registro de Imóveis, da restituição do imóvel à Fundação doadora por inexecução do encargo no prazo avençado, conforme estabelecido na escritura pública de doação, para desconstituir a translação de domínio antes aperfeiçoada, dependerá do provimento judicial. Em suma, é indispensável a sentença judicial para caracterizar a inexecução do encargo, ou homologatória, no caso de acordo em juízo, ocasionando o desfazimento da doação modal, de forma que o imóvel retorne ao domínio da doadora.

9. Recomenda-se, finalmente, a indenização ao Estado das obras e benfeitorias lá realizadas, a ser efetivada simultaneamente ao desfazimento do negócio. As máquinas, ferramentas, utensílios, camas, cobertores e acolchoados para o dormitório dos alunos, referidos à fl. 4 do Processo, também deverão ser ressarcidos, ou restituídos à Secretaria da Educação, para a redistribuição dos mesmos aos órgãos da Secretaria onde se fizerem necessários.

EM CONCLUSÃO:

1º) A revogação da doação por inadimplemento do donatário dependerá do provimento judicial, a ser transcrito no registro imobiliário, para transferir novamente o domínio do imóvel à doadora;

2º) O distrato, ou rescisão bilateral, da doação com encargos, pelas suas características equiparadas aos contratos bilaterais, estará sujeito à prévia autorização legislativa;

3º) O Estado deverá ser indenizado pelas obras e benfeitorias construídas no local e ressarcido dos bens móveis alocados no futuro centro educativo, ou tê-los restituídos.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 17 de novembro de 1981.

TRANSFERÊNCIA PARA O QUADRO DE PESSOAL DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

ROSA MARIA PEIXOTO BASTOS
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

PARECER N° 4937

TRANSFERÊNCIA. QUADRO DE PESSOAL DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO.

O provimento de cargos do Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral do Estado, mediante transferência, é juridicamente inviável, tendo-se em vista o disposto nos artigos 10 e 15 da Lei n° 7.251, de 12 de janeiro de 1979, atualmente em vigor, que implicitamente vedam tal forma de provimento derivado, bem como qualquer outro da mesma espécie.

VITORINO SCOTÁ ingressou no serviço público estadual em 1963. Em 1966, obtendo aprovação em concurso público, foi nomeado para prover o cargo de Auxiliar de Administração, do Quadro Geral dos Funcionários Públicos, ficando lotado na Procuradoria-Geral do Estado. Nesse órgão permaneceu em exercício mesmo após sua nomeação para outro cargo, o de Oficial Administrativo, também do Quadro Geral dos Funcionários Públicos, cargo esse no qual foi provido após aprovação em curso de treinamento específico, realizado nos termos da Lei n° 6.629/73.

Quando foi editada a Lei n° 6.834, de 16 de dezembro de 1974, que criou o Quadro de Pessoal daquele órgão, sua situação era de funcionário integrante do Quadro Geral dos Funcionários Públicos, lotado na Procuradoria-Geral do Estado. Como tal, **passou automaticamente a fazer parte do novo quadro de pessoal**, por força do disposto no artigo 4° da mencionada Lei.

Ocorre que o citado servidor, antes da edição da Lei n° 6.834/74, se submetera à prova de habilitação para provimento de cargos de Assessor Administrativo do **Quadro Geral dos Funcionários Públicos**. Aprovado, teve sua nomeação concretizada em 1975, voltando, pois, ao **Quadro Geral dos Funcionários Públicos**, após sua desvinculação do Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral do Estado.

No expediente ora em estudo, este funcionário pleiteia sua transferência para o cargo de Assessor do Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral do Estado, ou seu provimento, sob qualquer de suas outras formas ditas derivadas, no mesmo cargo

de Assessor. Aponta prejuízo sofrido com a edição do Decreto nº 23.619, de 27 de dezembro de 1974, que, alterando para Assessor Jurídico a denominação dos cargos de Assessor Administrativo do Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral do Estado, e estabelecendo como requisito de provimento desses cargos a apresentação de diploma de Curso Superior de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais, não possuía por ele, ter-lhe-ia impedido o provimento no primitivo cargo de Assessor Administrativo da Procuradoria-Geral do Estado, bem como sua permanência em seu Quadro de Pessoal. Como a Lei nº 7.251, de 12 de janeiro de 1979, criou cargos de Assessor no Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral do Estado, a serem providos inclusive por Bacharéis em Ciências Administrativas, como é o seu caso, argumenta ele ser possível, agora, sua transferência para um deles, visto não haver, na mencionada Lei, segundo seu entender, qualquer impedimento nesse sentido.

2. A meu ver, não procede a pretensão do interessado. Em primeiro lugar, não há qualquer erro administrativo a ser corrigido, pois sua nomeação para o cargo de Assessor Administrativo do Quadro Geral dos Funcionários Públicos se realizou rigorosamente de acordo com a legislação vigente à época do provimento do cargo. Tendo ele se submetido à **prova de habilitação** para provimento de cargos de Assessor Administrativo do **Quadro Geral dos Funcionários Públicos**, não poderia ter sua aprovação aproveitada para seu ingresso **em outro quadro de pessoal**. Por disposição expressa contida no artigo 9º do Decreto nº 23.619/74, vigente à época de sua nomeação, os cargos integrantes do Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral do Estado só admitiam provimento mediante **concurso público** de provas e títulos, **realizado pela Procuradoria-Geral do Estado, salvo delegação expressa à Secretaria da Administração**. Portanto, mesmo que houvesse cargos de Assessor Administrativo no Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral do Estado, na época da nomeação do interessado, ainda assim, não teria o requerente possibilidade de ser nomeado para prover um deles. Precisaria ter obtido aprovação em **concurso público** realizado **pela Procuradoria-Geral do Estado**, especialmente para preenchimento de seu Quadro de Pessoal, e não, como ocorreu, ter sido aprovado em prova de habilitação realizada pela Secretaria da Administração, para provimento de cargos do Quadro Geral dos Funcionários Públicos.

3. Quanto à transferência do interessado, hoje, para um dos cargos de Assessor do Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral do Estado, ela é juridicamente inviável. Segundo se manifestou o Procurador do Estado ALEXANDRE HENRIQUE GRUSZYNSKI, na qualidade de membro do Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado, em parecer aprovado pelo Senhor Governador do Estado (Parecer nº 4461), o provimento de cargos da Procuradoria-Geral do Estado, mediante transferência, não se conciliaria com o prescrito na Lei nº 7.251/79, que dispôs sobre o seu Quadro de Pessoal. Conforme o entendimento expresso naquele Parecer,

"A Lei nº 7.251, de 12 de janeiro de 1979, ao reorganizar o Quadro de Pessoal desta Procuradoria, estabeleceu normas restritivas quanto ao provimento dos cargos que criou, como segue:

"Art. 10 — O provimento dos cargos iniciais das carreiras e dos cargos isolados de provimento efetivo processar-se-á mediante concurso de provas e títulos para os cargos da classe R, e de provas, para os demais".

"Art. 12 — Os cargos de carreira das classes seguintes à inicial serão providos mediante promoção de classe a classe, na respectiva carreira,..."

"Art. 15 — Ressalvado o disposto nos artigos 10 e 12 desta Lei, bem como a nomeação para cargo em comissão e a designação para função gratificada, fica vedada qualquer admissão, contratação ou recontração de pessoal para exercício na Consultoria-Geral do Estado".

Ficam assim, especialmente em razão do art. 15, inaplicáveis ao Quadro de Pessoal desta Consultoria, dentre as formas ditas derivadas de provimento de cargos públicos, a transferência, a readmissão, o aproveitamento e a readaptação.

As outras formas derivadas permaneceram na medida em que são compulsórias, e exatamente por serem compulsórias; quanto ao aproveitamento, a própria Lei nº 7.251 abriu uma exceção, já esgotada, no art. 4º" (Grifei).

Ainda que dita transferência fosse legalmente permitida, o que se admite somente para argumentar, mesmo assim, no presente caso, seria ela inviável, pois o interessado não poderia satisfazer a todas as exigências para sua obtenção. Conforme regra assente na jurisprudência administrativa estadual, a transferência de um para outro cargo isolado, de quadros distintos do Estado, exige: 1) existência de vaga; 2) identidade de padrão de vencimentos; 3) identidade de requisitos de provimento; 4) analogia entre as atribuições dos cargos e 5) integração de ambos os cargos no mesmo serviço. Na falta de satisfação de qualquer uma dessas exigências, a transferência só é possível mediante aprovação em **prova de habilitação** (vide, nesse sentido, os Pareceres PGE nºs 30000, 3093 e 3235, do Procurador do Estado ALMIR DO COUTO E SILVA, membro do Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado, e Parecer nº 5993, do extinto Conselho do Serviço Público).

Ora, como não há identidade de padrão de vencimentos entre o cargo do requerente e aquele para o qual pretende sua transferência, já por esse motivo, sem necessidade do exame da satisfação dos demais requisitos, ficaria ele impossibilitado de obter o provimento desejado, necessitando **se submeter à prova de habilitação**. Esta, contudo, não poderia ser realizada pela Procuradoria-Geral do Estado, tendo-se em vista o disposto no já citado artigo 10 da Lei nº 7.251/79, que exige a realização de **concurso de provas e títulos** para o provimento dos cargos deste órgão, vedando-lhes, conseqüentemente, a realização de prova de habilitação.

4. Quanto ao provimento do interessado em cargo de Assessor, sob qualquer de suas formas ditas derivadas, também não é ele juridicamente possível, tendo-se em conta o prescrito pela citada Lei nº 7.251/79 (vide Parecer PGE nº 4461, antes citado).

5. Em síntese, diante de todo o exposto, concluo da seguinte forma:

a) A nomeação do interessado para o cargo de Assessor Administrativo do Quadro Geral dos Funcionários Públicos, após sua desvinculação voluntária do Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral do Estado, obedeceu rigorosamente à legislação vigente à época, não havendo, portanto, qualquer irregularidade administrativa a ser corrigida.

b) A transferência do requerente para o Quadro de Pessoal da Procuradoria-Geral do Estado é juridicamente inviável, tendo-se em vista o disposto nos artigos 10 e 15 da Lei nº 7.251/79, atualmente em vigor, que implicitamente vedam tal forma de provimento derivado, bem como qualquer outro da mesma natureza.

Este é o meu parecer.

PORTO ALEGRE, 15 de abril de 1982.

ACUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS PÚBLICOS

EULÁLIA MARIA DE CARVALHO GUIMARÃES
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4879

PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR.

Professor que, no exercício de um cargo de magistério estadual, percebe cumulativamente proventos como aposentado do Banco do Brasil S/A, com ofensa ao texto constitucional, fica obrigado a cumprir a decisão administrativa da qual não caiba mais recurso e que determinou a opção por uma das situações funcionais em acumulação ilegal, sob pena de incorrer na falta disciplinar prevista no artigo 218, IV, da Lei nº 1.751/52.

Necessidade de constar da peça acusatória o indiciamento por prática de insubordinação grave.
Reabertura da instância sugerida.

Vêm a exame e parecer desta 2ª Turma da Equipe de Revisão, da Unidade de Processo Administrativo-Disciplinar, da Procuradoria-Geral do Estado, nos termos do artigo 1º VI, do Decreto nº 23.529, de 29 de novembro de 1974, os autos do Processo Administrativo-Disciplinar instaurado contra o Professor, Classe B, Nível 5, Triênio 7, regime de 22 horas semanais, da 2ª D.E. de São Leopoldo, matrícula nº 1038 2860, E.R.F., com a finalidade de apurar as irregularidades apontadas no Processo nº 32.954/71-SEC, no qual o professor nega-se a cumprir a decisão governamental que considerou inconstitucional a acumulação de seu cargo de magistério estadual com a de funcionário do Banco do Brasil S/A.

Regularmente citado, compareceu o professor e declarou que conhecia os motivos pelos quais está sendo processado, isto é, por acúmulo indevido de cargos públicos, conforme consta na peça acusatória. Reiterou os argumentos expendidos nas diversas petições de recurso juntadas ao processo que serviu de peça instrutória à instauração do presente e, ainda uma vez, sustentou "que se acha com razão".

Disse ser formado em Direito e inscrito na OAB, pretendendo exercer sua defesa.

Foi-lhe aberto, na oportunidade, prazo para defesa prévia, juntada às fls. 92/95. Nesta, o indiciado ressalta um aspecto do problema que entende não ter sido enfocado pelos pronunciamentos e pareceres da Administração que examinaram o

caso: o aspecto do direito subjetivo a ser mantido no cargo, dado o largo espaço de tempo decorrido desde a posse até o momento em que o Estado entendeu ilegítima a acumulação (cerca de 15 anos). Traz, em abono a seu entendimento, manifestações de MIGUEL REALE e HELY LOPES MEIRELLES, que dizem com a conveniência em serem mantidas situações de fato, constituídas com violação a normas do direito positivo quando inexistente o dolo no momento da constituição e face ao tempo decorrido.

Tendo em vista versar o processo, no entendimento da Comissão Processante, predominantemente matéria de direito, não foram arroladas testemunhas, quer pela Defesa, quer pela Comissão.

Foram juntadas aos autos a ficha funcional e a grade de efetividade do indiciado.

Em reunião realizada em 5 de maio de 1981, (termo de fl. 97), presente o indiciado, foi-lhe aberto prazo para apresentação de alegações finais, do qual desistiu por nada mais ter a acrescentar ao já alegado, reportando-se ao inteiro teor do que nos autos se contém.

A Comissão Processante, em seu Relatório, põe em destaque três aspectos que entendeu constituírem peculiaridades especialíssimas do problema sob exame:

- a) em primeiro lugar, ressalta os fundamentos de fato e de direito que levaram a Administração a concluir pela obrigatoriedade da desacomulação;
- b) em segundo lugar, a irregularidade atribuída ao indiciado, ou seja, sua negativa em desacomular, o que entende ser questão de foro íntimo;
- c) e, em terceiro lugar, a natureza da solução legal para a hipótese, a exoneração com fundamento no artigo 153, parágrafo único, da Lei nº 2.338/54.

Destaca o fato de ter sido o indiciado legalmente investido no cargo de professor estadual, visto que a Constituição Federal de 1946 não estendia a vedação aos empregos exercidos em sociedades de economia mista e considera irrelevantes as disposições contidas no Decreto Federal nº 35.956/54, restrita que fica sua aplicação ao âmbito da União.

Assim, frente às disposições da Carta Constitucional de 1967, que repetiu o alcance da proibição estabelecida pela Emenda Constitucional nº 20, de 25 de agosto de 1966, foi a proibição de acumular cargos estendida, também, aos empregos exercidos em sociedades de economia mista, o que, se conforme entendimento pacífico da jurisprudência não resguardou o direito ao exercício simultâneo, por outro lado, também não se coaduna com a fundada expectativa de segurança jurídica que infunde uma situação já velha de 15 anos.

Ressalta, ainda, que a obrigatoriedade de desacomular não foi regulamentada por lei, não se lhe fixando prazos ou sanções, o que teria levado o indiciado a, reiteradamente, insurgir-se contra a determinação, tanto mais que essa deflui de exegese unilateral do texto constitucional.

Limita exame da matéria suscetível de apreciação no processo e conclui que o texto da Lei nº 6.672/74, vigente, não se aplica à hipótese versada, porque não "prevê nem soluciona as situações anteriores à Constituição Federal em vigor".

Finalmente, entendendo não caber no caso a aplicação de pena de demissão, na ausência de dispositivo legal que a preveja, recomenda a solução estatuída pelo parágrafo único do artigo 153, da Lei nº 2.338/54, ou seja, a exoneração do indiciado.

É o Relatório.

Inicialmente, impõe-se a fixação do objeto versado no presente processo disciplinar.

Chamado o professor a desacomular, eis que entendia a Administração não serem passíveis de exercício simultâneo, frente ao texto constitucional vigente, os cargos de Professor do Ensino Médio de Português e aquele de Tesoureiro do Banco do Brasil, manifestou o interessado sua desconformidade, isso em 31 de maio de 1971, em recurso ao Senhor Governador do Estado (fls. 3 a 9).

O referido recurso obteve pareceres contrários à pretensão do postulante, por parte da Comissão de Acumulação de Cargos, Funções e Empregos e da Divisão de Classificação de Cargos e Funções, ambas da Secretaria da Educação e desta Procuradoria-Geral, então Consultoria-Geral do Estado, decidindo o Senhor Governador do Estado, em 25 de agosto de 1975, pela manutenção da decisão administrativa que determinou a desacomulação. Desta última decisão recorreu o professor, declarando que já não era mais funcionário do Banco do Brasil, eis que se aposentara em 30 de setembro de 1977.

Recebida a petição, foi a mesma indeferida em 26 de fevereiro de 1979 (fl. 51), determinando-se ao requerente desse cumprimento à decisão governamental de 25 de agosto de 1975.

Ainda uma vez se insurge o professor, face ao que foi determinada a instauração do processo disciplinar.

Assim, parece-nos, não cabe mais a análise da possibilidade ou não de serem acumuláveis os cargos de Professor do Ensino Médio de Português com aquele de Tesoureiro do Banco do Brasil S/A, eis que sobre a matéria, em reiteradas decisões,

já se manifestou a Administração. Daquela decisão primeira, já interpôs recurso o requerente, o qual foi indeferido em 25 de agosto de 1975 pelo Senhor Governador do Estado. Inconformado com a solução, interpôs novo recurso o indiciado, o qual foi recebido, sendo também indeferido em 26 de fevereiro de 1979. Dessa forma, parece-nos, já não possui mais a Administração o poder de rever o fato, eis que em diversas oportunidades e de maneira reiteradamente uniforme se manifestou contrariamente à pretensão do postulante.

Face mesmo à irrisignação do indiciado, manifestada em 15 de março de 1980 (fl. 63), determinou a instauração do presente processo, cujo objeto cinge-se ao exame da atitude insubmissa do professor e da solução a ser dada ao impasse, frente a sua determinação em não cumprir a decisão administrativa. Ponto pacífico, nestes termos, a obrigatoriedade em desacomular, fixada pelas diversas decisões da Administração que, pelas repetitivas vezes em que se pronunciou de maneira contrária à pretensão, tornaram, ao menos no que se refere ao Estado, irretratável o ato, em virtude de terem sido esgotadas as vias de impugnação interna ou recursos administrativos, como bem o admite o indiciado a fl. 53, restando-lhes, se assim o entender, o apelo ao Poder Judiciário.

Restrito, pois, o objeto do processo ao exame da atitude irrisignada do professor frente à determinação administrativa, passemos ao exame da questão.

Em princípio, toda ocorrência de irregularidade verificada no serviço público impõe à autoridade que dela tiver ciência o ônus de promover sua apuração imediata (artigo 225 da Lei nº 1.751/52).

Ora, obrigado a optar por um dos cargos cuja acumulação se entendia e entendia ilegal, negava-se o indiciado ao pronunciamento que lhe era imposto.

Nesse passo, decidiu a autoridade administrativa que o meio adequado à verificação da irregularidade seria a instauração de processo disciplinar, que permitisse ao professor expor amplamente os motivos de sua inconformidade. A solução, aliás, não é nova e já foi proposta em parecer desta Casa que tomou o nº 2863, de lavra da Consultora Jurídica CELESTE PACHECO DA SILVA, aprovado pelo Senhor Consultor-Geral em 24 de janeiro de 1975 e cuja ementa é a seguinte:

"INQUÉRITO. ACÚMULO INDEVIDO E CONSEQÜENTE INSUBORDINAÇÃO.

Medida administrativa que se impõe quando a Administração Pública necessita desligar funcionário público estadual efetivo no cargo e estável na função pública, que detém, em acúmulo, cargo público federal, indevidamente, sem ter usado da oportunidade de opção que lhe foi deferida.

Percepção de remuneração com conhecimento de irregularidade. Processo administrativo para caracterização da falta funcional e como garantia do princípio de ampla defesa do funcionário a ser desligado da função pública".

Determinada a instauração do processo e instalados os trabalhos, nada trouxe de novo aos autos o indiciado, repetindo e reportando-se aos termos de suas postulações anteriores que, em síntese, podem ser traduzidas como a invocação de seu direito subjetivo à manutenção no cargo, face ao tempo decorrido.

De qualquer forma, a solução ao presente processo terá de ser, de duas uma, ou a absolvição ou a imposição da pena disciplinar, melhor dizendo, admitir-se como válidas as razões invocadas pelo professor para insurgir-se contra a determinação ou aquelas chamadas pela Administração para embasar sua determinação.

Estando a decisão tomada pela Administração calcada em exegese do texto constitucional e daqueles elementos que entende necessários à caracterização do conceito de correlação de matérias, não vemos como reapreciar o ato, eis que, esgotadas as vias recursais, tornou-se ele imutável para a autoridade administrativa, inexistindo, por outro lado, qualquer vício em sua formação que permita se lhe declarar a nulidade.

De outra feita, para que se conclua desfavoravelmente ao indiciado, opinando pelo seu desligamento da função pública estadual, há que se encontrar a correspondência entre o ilícito disciplinar que lhe foi imputado e a pena prevista no texto legal.

A demissão, tal como conceituada no Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado (artigos 66, § 2º, e 209, VI), aplicável aos professores por força do determinado no artigo 126, da Lei nº 6.672/74, é uma pena disciplinar imposta naqueles precisos casos elencados nos artigos 217 e 218 da Lei nº 1.751/52.

De ressaltar que, embora atípica, a infração disciplinar há que encontrar correspondência em um daqueles preceitos legais que a conceituam, sob pena de se tornar a punição arbitrária.

Ora, de todas as infrações arroladas nos referidos dispositivos legais, apenas naquela mencionada no item IV, do artigo 218, poderia ser enquadrada a atitude insubmissa do indiciado, ensejando, assim, a aplicação da pena de demissão a bem do serviço público.

Um óbice, no entanto, encontramos à aplicação da referida sanção. O processo instaurado com vistas à verificação das irregularidades apontadas no Processo nº 32.954/71 SEC deveria ter seu objeto restrito ao exame do comportamento insubmisso do professor, podendo a legalidade ou não da acumulação ser examinada

apenas como eventual causa justificativa e sua teimosia. No entanto, a peça acusatória refere estar sendo processado o professor por acumular indevidamente cargos públicos. Parece que este não é o cerne da questão. A acumulação de cargos, ainda que vedada constitucionalmente, não constitui em si falta passível de ser sancionada com a pena de demissão, na ausência de previsão legal. A teimosia e insubmissa atitude do professor em aceitar decisão administrativa revestida de todos os requisitos legais, esta sim, poderá ensejar a aplicação da pena capital, uma vez reconhecida em processo disciplinar a prática da insubordinação grave.

Nesses termos não vemos para o presente processo disciplinar outra solução que não a de determinar a reabertura da instância para, aditando-se a peça citatória, permitir ao indiciado defender-se da acusação de haver praticado insubordinação grave, prevista no artigo 218, IV, da Lei nº 1.751/52, por descumprir decisão administrativa embasada em texto constitucional.

Por fim, deixamos de endossar a sugestão proposta pela Comissão Processante de que se proceda a exoneração do acusado com fundamento no artigo 153, parágrafo único, da Lei nº 2.338/54, que continha regra explícita regulamentando a situação de acumulação indevida, vez que a referida Lei foi expressamente revogada pelo artigo 170, da Lei nº 6.672/74 em vigor.

PORTO ALEGRE, 14 de janeiro de 1982.

TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

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

PARECER Nº 4692

TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO.

O tempo de serviço prestado anteriormente por funcionários públicos ao BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL S/A, sociedade de economia mista estadual, é tempo de serviço privado computável apenas para os efeitos e na forma prevista no artigo 170, parágrafo único da Lei nº 1.751/52 e na Lei nº 7.057/76.

Interpretação da regra constante do artigo 105, parágrafo único, da Constituição do Estado.

Trata-se de pedido formulado por vários funcionários públicos estaduais, alguns da Secretaria da Fazenda e outros da Secretaria de Coordenação e Planejamento, no sentido de que o tempo de serviço prestado anteriormente ao BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL S/A seja averbado para **todos os efeitos legais**.

Sustentam, em embasamento ao requerido, que o parágrafo único do artigo 170 da Lei Estadual nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952 (Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado) com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 4.267/61, está eivado de vício de inconstitucionalidade frente à regra constante do artigo 105, parágrafo único, da Carta Estadual.

Segundo eles, a norma estatutária não poderia restringir a contagem do tempo de serviço prestado àquele estabelecimento bancário porquanto o dispositivo constitucional invocado lhes asseguraria o cômputo integral de tal período de trabalho para o efeito de todas as vantagens estatutárias, eis que se trata de serviço **transferido** para o Estado.

Houve manifestação preliminar do Coordenador da Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração no sentido do desacolhimento da pretensão.

É o relatório.

O que efetivamente interessa na conceituação de "*tempo de serviço público*" é o fato de o servidor manter um vínculo de trabalho com determinada entidade de direito público. Tal peculiaridade é que irá deferir a qualificação de "*público*" ao tem-

po de serviço prestado pelo servidor e não o regime de trabalho a que porventura estiver sujeito ou tampouco as funções públicas outorgadas ou delegadas às entidades paraestatais com as quais o servidor se acha ligado.

Se o vínculo que se estabelece é em relação a uma pessoa jurídica de direito privado, como as sociedades de economia mista e as empresas públicas, o tempo de serviço prestado por seus empregados é privado. Tal circunstância não impede porém, que determinada lei atribua, excepcionalmente, valorção semelhante à de tempo de serviço público para efeitos específicos, em relação àquele período de trabalho.

HELY LOPES MEIRELLES ao comentar o artigo 102, parágrafo 3º, da Constituição Federal sustenta:

"Serviço público é o prestado a entidade pública — União, Estados-membros, Município, Distrito Federal e respectivas autarquias — de modo que, nos termos do preceito constitucional, não é computável o tempo de serviço prestado a entidades paraestatais, como as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que não são entes públicos, mas organizações de direito privado, salvo quando declarado por lei especial do estabelecimento prestador de serviço público." (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, 1976, Revista dos Tribunais, p. 416).

Em outra passagem, afirma o mesmo autor:

"As funções públicas outorgadas ou delegadas que os entes paraestatais venham a desempenhar, não alteram o regime laboral de seus empregados, nem lhes atribuem qualidade de servidor público capaz de os submeter às normas de direito administrativo." (op. cit., p. 323).

Mais adiante, ainda, ao se referir às sociedades de economia mista, preleciona:

"Quanto ao tempo de trabalho nessas sociedades não é contável como de serviço público, porque as relações empregatícias desenvolvem-se no plano da iniciativa privada, sem vinculação estatutária ou contratual com o Estado." (op. cit., p. 339).

No mesmo sentido, é a lição do conceituado OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO:

"Os empregados de sociedades de economia mista se sujeitos à legislação trabalhista, não gozam de qualquer favor em se tornando empregados públicos, quanto ao tempo em que foram das sociedades de economia mista, salvo texto legal expresso em contrário." (Princípios Gerais de Direito Administrativo, Rio, 1969, Forense, vol. 11, p. 241).

Assentado, desta maneira, que público não é o tempo de serviço prestado ao BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL S/A pelos seus empregados, mesmo que depois venham estes integrar os quadros da Administração Centralizada e, mais, da necessidade de autorização legislativa expressa para que o período de trabalho assim prestado possa ser aproveitado para o efeito de alguma vantagem estatutária, resta-nos examinar a invocada inconstitucionalidade do artigo 170, parágrafo único, da Lei n.º 1.751/52.

Através dessa disposição estatutária assegurou-se, para o efeito de aposentadoria e de gratificação adicional de 25%, a contagem do tempo de serviço prestado ao BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL S/A, mas tão-somente até o limite de um sexto do total do tempo do servidor.

No que pertine com a aposentadoria, a regra se encontra esvaziada ante a vigência da Lei Estadual n.º 7.057, de 30 de dezembro de 1976, que permitiu a contagem integral de tal período como atividade vinculada ao regime da Lei Federal n.º 3.807, de 26 de agosto de 1960, desde que não concomitante e no que não exceder o tempo de efetivo serviço público estadual.

Examinaremos, assim, a constitucionalidade apenas da parte remanescente do dispositivo. Para tanto, é necessário que nos detenhamos na exegese da regra constante do artigo 105 da Constituição Estadual:

"Art. 105 — O tempo de serviço público estadual será computado integralmente para todos os efeitos legais.

Parágrafo único — Computar-se-á, integralmente, como de serviço público estadual, o período em que o funcionário haja exercido atividade em serviços que tenham ou venham a ser transferidos para o Estado."

A exegese consentânea com os postulados de Direito Administrativo e mesmo de Direito Constitucional é a de que ao legislador ordinário é que compete dizer, ao dispor sobre determinada vantagem estatutária, qual o tempo de serviço que será levado em consideração e o modo pelo qual será ele computado. É essa a razão pela qual foi empregada a expressão "efeitos legais"

Com relação ao parágrafo único do artigo 105 da Constituição local, disposição frente à qual residiria a inconstitucionalidade do artigo 170, parágrafo único, no entendimento dos requerentes, necessário é que se precise o que seja "serviço transferido para o Estado".

De acordo com o pensamento do renomado administrativista CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, um dos requisitos indispensáveis à configuração da descentralização administrativa é que "haja transferência da atividade ou do

exercício dela para uma pessoa diferente do próprio Estado". (os grifos são nossos). (in *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. São Paulo, 1973, Revista dos Tribunais).

Se ao BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL S/A, sociedade de economia mista, ente da Administração descentralizada, é conferida a gestão de determinado serviço pelo Estado, não se pode dizer que o Estado o esteja executando diretamente. Bem pelo contrário, ele transfere a execução deste serviço a uma outra entidade com personalidade jurídica própria, de direito privado e que por isso mesmo não o integra. Trata-se de um serviço transferido pelo Estado e não para Estado.

O Estado participa das companhias de economia mista como acionista, numa associação de capital público e privado e também da administração da sociedade, tendo em vista existir um interesse estatal no serviço por aquelas desempenhado. Mas o fato de o Estado participar do capital e mesmo da administração de tais entidades não transmuda sua estrutura jurídica de direito privado, não a transpõe para o Poder Público e tampouco descaracteriza a gestão indireta do serviço.

Quanto à circunstância, apontada pelos requerentes, de ter a Lei Estadual n.º 6.230 instituidora do "Sistema Financeiro do Estado" integrado o BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL S/A como entidade financeira participante do referido sistema, não muda a solução da questão, porque mesmo diante de tal circunstância, o Banco continua na condição de sociedade de economia mista.

"Serviço transferido para o Estado" refere-se às hipóteses em que ele passa a ser executado diretamente pelo Poder Público. É o caso, por exemplo, de uma encampação de serviço concedido a particulares. Também serviços que vinham sendo realizados por Município ou pela União e que passem a ser executados diretamente pelo Estado ou vice-versa, na situação em que "tenham sido" executados pelo Estado.

Entendemos, desta maneira, que a regra constante do artigo 170 do Estatuto está em perfeita harmonia com o mandamento constitucional, razão pela qual não padece do vício apontado, devendo ser aplicada aos postulantes.

Cabe, em derradeiro, referir que os requerentes fizeram alusão a alguns atos administrativos estaduais (fls. 30 e 39-PGE) que, em desacordo com a orientação aqui traçada e na ausência de lei expressa permissiva, acolheram com a qualidade de tempo de serviço público e para o efeito de determinadas vantagens, períodos de trabalho que não possuem tal conotação. Na hipótese de ainda não terem sido desconstituídos, sugerimos a revisão dos mesmos, respeitados sempre os recebimentos de valores pecuniários já efetuados em razão da boa-fé dos interessados e em atenção à presunção de legitimidade de que gozam os atos da Administração.

DO EXPOSTO, conclui-se:

1º — O tempo de serviço prestado pelos empregados do BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL S/A é privado e não público.

2º — Não obstante, pode ser computado para o efeito da gratificação adicional de 25% até o limite de um sexto do total do tempo do servidor na forma do artigo 170, parágrafo único da Lei n.º 1.751/52 e, totalmente, para o efeito de aposentadoria, como atividade privada ligada ao regime da Lei Orgânica da Previdência Social, nos termos propostos na Lei Estadual n.º 7.057, de 30 de dezembro de 1976.

3º — Inexiste afronta à Constituição Estadual em relação à norma contida no parágrafo único do artigo 170 do Estatuto, porquanto o serviço executado por uma sociedade de economia mista não pode ser considerado como transferido para o Estado.

É o nosso parecer.

PORTO ALEGRE, 1º de junho de 1981.

CESSÃO DE FUNCIONÁRIO — VINCULAÇÃO PREVIDENCIÁRIA — APOSENTADORIA

ELAINE A. PETRY

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

Questiona-se, nos processos, sobre a viabilidade jurídica da concessão de aposentadoria ou da complementação de proventos a conta do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, em função do tempo de efetivo serviço prestado ao extinto INSTITUTO TECNOLÓGICO DO RIO GRANDE DO SUL e, sucessivamente, à FUNDAÇÃO DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA, bem como sobre a possibilidade do acréscimo de exercício qualificado pela Lei n.º 2.455, de 6 de novembro de 1954, à clientela alcançada pelo artigo 7º da Lei n.º 6.370, de 6 de junho de 1972.

2. Cuida-se, com efeito, da hipótese de servidores do artigo ITERS, detentores de cargos redigidos por normas estatutárias, que, quando da extinção da Autarquia, foram alojados no Quadro Especial normatizado pela Lei n.º 6.182, de 8 de janeiro de 1971 e, seqüentemente, por ato do Secretário de Estado da Administração, inserido no Boletim n.º 2470/72, publicado no Diário Oficial de 8 de novembro de 1972, colocados à disposição da CIENTEC, sem ônus para o Estado, como autorizava a Lei n.º 6.370, de 6 de junho de 1972.

3. Lateralmente às indagações iniciais, dúvidas advêm, geradas secundariamente pela promulgação da Lei n.º 7.233, de 19 de dezembro de 1978, que, ao revogar o artigo 7º, da Lei n.º 6.654, de 12 de dezembro de 1973, admitiu a aplicabilidade desta última Carta Legal à cessão de funcionários à FUNDAÇÃO DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA.

4. Supervenientemente à Lei n.º 7.233, de 1978, os cedidos na forma da Lei n.º 6.370, de 1972, que até então haviam mantido o liame previdenciário original — o das Leis (Federais) n.º 3.807, de 26 de agosto de 1960, n.º 6.887, de 10 de dezembro de 1980, Consolidação das Leis da Previdência Social e Regulamento de Custeio da Previdência Social, Portaria n.º 2, de 6 de junho de 1979 e Portaria n.º 3, de 13 de maio de 1980, da Secretaria da Previdência Social do Ministério da Previdência e Assistência Social — foram deslocados para o sistema previdenciário estadual, pretextadamente fundado no item IV do artigo 1º da Lei n.º 6.654, de 12 de dezembro de 1973.

Inobstante a migração do regime previdenciário, facultou-lhes a CIENTEC, através da Resolução n.º 02/79-GP, também seguissem vinculados à previdência social organizada pela União (Fl. 41, Processo n.º 6.708/79-CC), mediante declaração volitiva expressa.

Informação emitida na Subchefia da Casa Civil, para Assuntos Jurídicos e Legislativos.

Concretizou o Ente Fundacional, com tais medidas, a modalidade da dupla contribuição — ao IPERGS e ao IAPAS — incidente, embora, sobre uma relação jurídica e, pois, sobre salário de contribuição singular.

Com base neste procedimento, alguns servidores já obtiveram, enquanto outros julgam deter a perspectiva da dupla aposentadoria: federal e estadual (fl. 42, Processo n.º 6.708/79-CC e Processo n.º 11.672/81-CC), fundada em um único tempo de serviço.

5. Finalmente, matizam a proposição dúvidas exsurgentes quanto à incidência do art. 179 da Lei n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, regulamentado pela Lei n.º 2.455, de 6 de novembro de 1954.

É ponderável que, à luz desta última normação e da legislação que a complementa, a Administração Pública chegou a admitir, em alguns casos, com base no Ofício n.º 468, de 19 de setembro de 1961, da extinta Diretoria da Biometria Médica (fl. 24, Processo n.º 383/81-CC), ou em manifestação da Comissão de Infortunística, Medicina Ocupacional e de Readaptação, mais recente, e por força do Decreto n.º 19.900, de 26 de setembro de 1969, alterado pelos Decretos n.º 27.501, de 1º de outubro de 1978, e n.º 29.856, de 23 de outubro de 1980, o cômputo de tempo ficto de serviço, em benefício dos funcionários ou servidores cedidos nos contornos da Lei n.º 6.370, de 1972, à FUNDAÇÃO DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA.

6. Cumpre, prefacialmente, indagar, dentre inúmeras e complexas circunstâncias que ilustram a hipótese, quanto à natureza do vínculo jurídico estabelecido entre a CIENTEC e os servidores estaduais declaradamente integrantes do Quadro Especial da Lei n.º 6.182, de 1971, a ela cedidos, tudo através de ato do Secretário de Estado da Administração, embasado no artigo 7º, § 3º, da Lei n.º 6.370, de 1972, constante do aludido Boletim n.º 2.470/72, publicado no Diário Oficial de 8 de novembro de 1972 (fl. 26, Processo n.º 383/81-CC).

7. Segundo entendimento expressado no Ente Fundacional, os prestadores de trabalho, na situação descrita, permaneceriam com o vínculo jurídico mantido com o Estado em suspenso, podendo ser restabelecido, conseqüentemente, acaso retornasse à Administração Direta, para o exercício dos respectivos cargos, enquanto, concomitantemente, eram havidos, também no prisma jurídico, como empregados da CIENTEC.

8. Contudo, ainda a CIENTEC, em recente questionário encaminhado por esta Casa Civil, no item 11, terminativamente esclareceu, pondo cobro a dúvidas remanescentes:

“De acordo com o que estipulam a Lei n.º 6.370 e o Decreto n.º 21.874, os antigos servidores do ITERS **passaram à condição de empregados da Fundação, desvinculando-se do regime estatutário,**

sendo-lhes reconhecida pela CIENTEC a estabilidade que detinham e o tempo de serviço prestado à Autarquia. O número total destes servidores é de 46”. (Grifei)

9. Visto sob plano teórico e lineado meramente por aparências, os servidores em causa seriam sujeitos de relação jurídico-estatutária (frente ao Estado), embora dita relação tivesse todo e qualquer efeito paralisado, a seu critério. Reconhecia-se-lhes a existência do vínculo embora despojado da possibilidade de exercitação, podendo, contudo, tornar a produzir efeitos, na hipótese de retorno de servidor.

10. Inobstante o ato formal de cessão, os interessados apareceriam, por igual, como sujeitos de relação jurídico-trabalhista (perante a CIENTEC), exsurgente da instrumentalização de contrato, com a eficácia daí decorrente.

11. Eis as normas em discussão:

“Art. 7º — A Fundação terá quadro próprio de pessoal, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho e legislação subsequente.

§ 2º — Os servidores do Instituto Tecnológico do Rio Grande do Sul sujeitos a regime estatutário ficarão integrados, ao extinguir-se a Autarquia, no Quadro Especial criado pela Lei n.º 6.182, de 8 de janeiro de 1971.

§ 3º — Os funcionários à que se refere o § 2º poderão ser cedidos à Fundação, sem ônus para o Estado, ficando-lhes assegurado, **ao retornarem ao exercício de seus cargos**, o direito a terem computado, para efeito de licença — prêmio, gratificação adicional e aposentadoria, como se estadual fosse, o tempo de efetivo serviço prestado à Fundação.

§ 4º — **Os funcionários** mencionados no § 3º **poderão**, a critério do Presidente da Fundação, **optar pela condição de empregado desta**, desvinculando-se do regime estatutário, sem prejuízo do reconhecimento, pela Fundação, da estabilidade que detinham e do tempo de serviço prestado à Autarquia”. (Lei n.º 6.370, de 06/06/72) (Grifei)

12. Singelamente, ao que parece, pretefde-se visualizar no artigo 7º, § 3º, da Lei n.º 6.370, de 1972, uma instituição nova do Direito Público Estadual que viabilizaria a interrupção ou suspensão da relação estatutária, se e enquanto o agente cedido fruisse das prerrogativas de empregado contratado da CIENTEC.

13. Entendo, entretanto, que este não foi o escopo visado pela mencionada Lei, à proporção em que distingue e empresta o correspondente tratamento diferenciado, conforme se cuide de funcionário cedido, que nesta condição permaneça, ou de funcionário que venha optar pela condição de empregado da Fundação, precisamente desvinculando-se do regime estatutário.

14. Como tive oportunidade de manifestar no Processo n.º 1.090/80-CC, com aprovação posterior do Senhor Governador do Estado, a legislação estadual assegurou aos servidores egressos do extinto Instituto Tecnológico do Rio Grande do Sul, sujeitos ao regime estatutário, em primeiro plano, enquadramento no Quadro Especial disciplinado pela Lei n.º 6.182, de 1971.

15. Abriu-lhes, em sequência, a oportunidade de optar por uma postura jurídica definida e permanente (considerado que o Quadro Especial é conceitualmente precário), oferecendo duas modalidades diferentes e reciprocamente excludentes, mormente quanto ao regime normativo, de posicionamento **em relação à CIENTEC**:

a) permanecerem como servidores da Administração Direta, cedidos, percebendo remuneração da função exercida a conta da Fundação, mas em nome do cedente e, por isso, quando do retorno ao exercício do cargo, beneficiários dos efeitos arrolados na Lei ou

b) passarem, facultativamente, a servidores da Entidade da Administração Indireta, com ruptura do vínculo original mantido com o Estado, desde que o exercício desse direito merecesse acolhida favorável expressa pelo Presidente da Fundação.

16. Afigura-se-me, pois, pacífico que a hipótese desenhada no § 3º do artigo 7º da Lei n.º 6.370, de 1972, contrapõe-se à do § 4º do mesmo artigo, no sentido específico de que as mesmas se excluem, ao lhes falecerem condições de convivência do patrimônio jurídico do prestador de trabalho público.

São relações jurídicas que legalmente não se justapõem.

Encontrando-se o agente formalmente cedido pelo Estado, não pode, concorrentemente, deter a qualificação jurídica de empregado da Fundação, não só porque a própria Lei não o previu, **mas em especial porque o vedou, ao determinar que aquele que optasse pela última caracterização desvincular-se-ia do regime estatutário.**

Dita desvinculação, merece acrescentar para que se não chegue à enganosa admissibilidade da suspensão do liame mantido com a Administração Direta em estado latente, assume a configuração de ato exoneratório, com a ruptura ou desfazimento da relação jurídica anterior, regida pelo Direito Público, em favor da formação de outro vínculo, disciplinado pelo Direito do Trabalho, desde que em sua nova esfera de desempenho laborativo, são os servidores, inclusivamente, titulares de carteira de trabalho e previdência social assinada.

17. É bem de se ver que, em todos os processos sob exame, a característica particular e saliente é, precisamente, terem os interessados celebrado contrato de

trabalho com a CIENTEC, bem amoldado ao artigo 7º § 4º, da Lei n.º 6.370, de 1972, provocando o seu ingresso na categoria de empregados da aludida Fundação e, conseqüentemente, a renúncia ou desligamento do cargo exercido nos lindes estatutários. E tal renúncia se há por ter como exoneração, sem o que, levado às últimas conseqüências, se poderia vislumbrar eventual abandono de cargo, o que viria, é claro, colidir com a finalidade da Lei.

18. Rejeitada assim a viabilidade da concorrência, justaposição ou dualidade de relações jurídico-funcionais, fundadas em esforço laborativo singular, com vistas, para certos efeitos, à acumulação de vantagens provenientes ora do Direito Público ora do Direito do Trabalho, cabe perquirir da filiação previdenciária dos interessados.

19. Verificou-se, efetivamente, da compulsão da matéria que, com a edição da Lei n.º 7.233, de 19 de setembro de 1978, providenciou a CIENTEC em deslocar os servidores da previdência federal para a previdência estadual, colocando-os sob a incidência do artigo 1º, item IV, da Lei n.º 6.654, de 12 de dezembro de 1973, que reza:

“Art. 1º — A cessão de funcionários às Fundações de direito privado instituídas pelo Estado e às Sociedades de economia mista de que seja o acionista controlador, quando facultada, por Lei, obedecerá às seguintes disposições:

.....

IV — as importâncias a que se referem os itens II e III, computáveis, para todos os efeitos, como vencimento, serão pagas, pela Fundação ou Sociedade, em nome do Estado, e sobre elas incidirão as contribuições previstas nas Leis n.ºs 3.096, de 31 de dezembro de 1956 e 5.255, de 30 de julho de 1966, com suas alterações posteriores; ...” (Grifei)

20. Entendo, no entanto, que, ao adotar esta providência, incorreu a Fundação em novo equívoco.

21. Com efeito, a Lei n.º 7.233, de 1978, ao abrir caminho à abrangência da Lei n.º 6.654, de 1973, à cessão de agentes à CIENTEC, fê-lo da data de sua entrada em vigor por diante, nada tendo a ver, de regra com o pessoal que lá então labutava na condição de empregado, ex-funcionário.

22. Se tal argumento, porém, pudesse ser desconsiderado em prol de outra interpretação que viesse a dar ao servidor cedido vantagens mais amplas na inatividade do que adquiriria se no exercício de seu cargo se encontrasse, ainda assim o deslocamento previdenciário seria enganoso.

23. Com efeito, consoante se lê do dispositivo retrotranscrito, as contribuições ao Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul são obrigatórias, pelo comando da Lei n.º 6.654, de 1973, para os servidores cedidos que percebem, embora do órgão da Administração Indireta, **retribuição pecuniária em nome do Estado**.

Não é qualquer dos casos apreciados.

24. Aqui, como exposto, o ato de cessão foi consumido pela renúncia ao cargo público sobre o qual repousava, renúncia esta consubstanciada na formalização de pacto laboral com a CIENTEC, sob os regramentos juslaboralistas e legalmente inconciliável com a situação anterior estabelecida.

Cessada, pois, a causa legal que renderia ensejo à relotação previdenciária — o estado de funcionário público estadual — com a subsunção dos interessados no universo dos servidores da FUNDAÇÃO DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA — por manifestação expressa de vontade —, a sua filiação segue a regra geral do trabalhador privado, seja, a da Lei (Federal) n.º 3.807, de agosto de 1960, com suas alterações e complementações posteriores.

25. Nesta altura cabe mencionar que a CIENTEC intuíra qualquer desajuste no procedimento, pois expediu, concomitantemente, norma interna (Resolução n.º 02/79-GP), facultando aos servidores na citada situação permanecessem como contribuintes da Previdência Social da União (Processo n.º 6.708/79-CC, fl. 41).

Contudo, a Resolução n.º 02/79-GP-CIENTEC, ao invés de solucionar a controvérsia, emprestou-lhe lineamentos ainda mais esdrúxulos, ao aventar o patrocínio da dupla aposentação (pelo Instituto Nacional da Previdência Social e pelo Estado do Rio Grande do Sul), tendo como base um único tempo de serviço, como narra o Ofício n.º 004/DE, de 19 de março de 1981, juntado a fls. 41-2, do Processo n.º 6.708/79-CC.

26. Não se opõe a tal assertiva o dado de que, presumivelmente, pelo menos a contar da Lei n.º 7.233, de 19 de dezembro de 1978, tenham os servidores intentado manter duas filiações previdenciárias, contribuindo duplamente, tanto para a previdência federal quanto para a estadual.

Afirma-se assim, efetivamente, porquanto o direito à aposentadoria nasce pela conjunção do desdobramento de atividades remuneradas sujeitas à filiação previdenciária como o efetivo recolhimento da contribuição.

No entanto, se o fator trabalho advém de relação jurídica singular, cabe aos órgãos competentes da Administração Pública identificar o regime ao qual o servidor é, por determinação de lei, obrigatoriamente filiado e, com exclusividade, para este efetuar os recolhimentos devidos.

O vínculo previdenciário institucionalizado insere-se em um sistema legal rígido, descabendo a quem quer que seja, senão ao órgão constitucionalmente dotado de competência para tanto, expedir normas sobre a matéria.

Viola preceito de ordem constitucional, portanto, se assim é razoável exprimir, a Resolução n.º 02/79-GP-CIENTEC, resultando daí a sua inexistência no plano jurídico.

27. É inegável, porém, que a sua operacionalização, no plano fáctico, veio a emprestar colaboração ao desate da espécie.

Em realidade, com a permanência do recolhimento das prestações à Previdência Federal deixou-se de causar prejuízos aos servidores em tela que têm assim assegurada a aposentadoria pelo INPS, ao implementar os pressupostos legais.

28. No condizente com os descontos efetuados em favor do IPERGS, equivocadamente, entendo cabível a restituição aos interessados, vez que, já se disse, não fazem jus a aposentadoria a cargo da Fazenda Estadual, enquanto que previdência e assistência têm-nas a conta do INAMPS.

E tal restituição, sobreleva ressaltar, deve ser desde logo prestada pela Fundação de Ciência e Tecnologia, órgão que efetuou os descontos, a qual, sub-rogando-se no direito do servidor, poderá gestionar junto ao IPERGS para reaver as quantias que sem título jurídico lhe transferiu.

29. Outrossim, por identidade de razão jurídica, desassistindo-lhe direito ao maior — aposentadoria —, coíbe-se o surgimento da expectativa ao menor — complementação —, descabendo, pois, a obtenção das diferenças de proventos de que trata o artigo 177, item VI, da Lei n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, como encargo do Estado.

30. Especialmente quanto ao servidor DARCY PATROCÍNIO (Processo n.º 11.672/81-CC), que alcançou, a 7 de abril de 1976, jubilação por tempo de serviço corrente pelo Instituto Nacional de Previdência Social (fls. 32-3), e, na mesma data, firmou novo pacto laboratício com a Fundação de Ciência e Tecnologia (fl. 34), o pedido de nova aposentadoria ou a complementação de proventos pelos cofres estaduais reveste-se de total improcedência.

Com efeito, o artigo 82, item III, da Consolidação das Leis da Previdência Social, aprovada pelo Decreto (Federal) n.º 77.077, de 24 de janeiro de 1976, é imperativo ao estatuir que "não será computado por um sistema o tempo de serviço que já tenha servido de base para concessão de aposentadoria pelo outro sistema".

Demais disso, havendo aproveitado a contagem ininterrupta do tempo de serviço proveniente da relação institucional e da relação empregatícia sucessiva, restalhe requerer, querendo, novamente junto à Previdência Federal, os benefícios de-fluentes do vínculo firmado com a CIENTEC em 7 de abril de 1976. Cabe-lhe, particularizando, como aposentado pelo regime da Consolidação das Leis da Previdência Social, ademais das prestações decorrentes de sua posição, um pecúlio, com os acréscimos monetários legais. Apenas isso.

Ressalva-se-lhe, todavia, o direito a haver repetição dos descontos indevidamente efetuados em seus salários, a título de contribuição ao Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul, na forma antes apontada.

31. Tornando à linha anterior de raciocínio, tenho por inviável o alongamento do tempo de serviço em face da qualificação do exercício real requerida sob pálio da Lei n.º 2.455, de 6 de novembro de 1954, porquanto este Diploma, regulamentando a aplicação do artigo 179, da Lei n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952, destina-se, destarte, exclusivamente ao funcionário público, quando for o momento oportuno e para fins de aposentação pelo Estado.

Carecendo os antigos servidores cedidos, **hoje empregados da CIENTEC**, do estado de funcionário estadual, e, por conseguinte, da perspectiva de jubilar-se pela Fazenda Pública, não há como se lhes deferir um favor legal privativo daqueles regidos pela Lei n.º 1.751, de 1952.

É de denegar-se, pois, também sob este aspecto, o pedido de JOÃO ALBINO FERNANDES (Processo n.º 14.454/80-CC); ALFIERI FELIX GOBETTI (Processo n.º 383/81-CC) e DARCY PATROCÍNIO (Processo n.º 11.672/81-CC).

32. Nesse passo, algumas considerações de ordem prática talvez merecessem menção, pela eventual repercussão que o entendimento aqui expressado em reprimse, conquanto já merecera aprovação do Senhor Governador do Estado relativamente ao Processo n.º 1.090/81-CC, poderá vir a gerar.

33. Aduziria como relevante que situações idênticas ou assemelhadas às presentemente versadas e definitivamente constituídas sob orientação diversa, como os atos administrativos de aposentadoria ou de complementação de proventos, a cargo da Fazenda Estadual, equivocadamente expedidos pelo Poder Público, mesmo os que já tenham operatividade demarcada no tempo, através da publicação no Diário Oficial, são passíveis de retratabilidade, porquanto a faculdade revisional é indisponível pela Administração Pública, quando constatada a desconformidade do ato à lei.

Quanto a tal assertiva, a matéria encontra-se, inclusivamente, sumulada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal (Súmula n.º 473).

34. Cumpre acrescentar, na tentativa de não permitir fiquem situações peculiares a descoberto, rendendo ensino a posteriores controvérsias, que, entre o momento em que a grande parte dos servidores do extinto ITERS foi colocada à disposição da CIENTEC e o momento presente, surgiram muitos casos nos quais — após a celebração do pacto laboral — por vontade própria ou por manifestação dos dirigentes da Fundação, **alguns servidores retornaram ao exercício de seus antigos cargos no Quadro Especial da Administração Direta.**

E, ainda dentro desta situação anômala, cumpriram com todas as suas (antigas) obrigações funcionais, aposentando-se alguns posteriormente, e permanecendo outros em atividade até hoje.

Mas, sobreleva grifar, antes e principalmente, **retornaram, tornaram de novo, reencetaram a exercer as atribuições dos cargos de que haviam sido detentores. Nota importante que os distingue daqueles outros que se aposentaram pelo Estado, sem jamais terem retornado**, por qualquer circunstância, à **Administração Centralizada.**

Essa circunstância, porém, não induz à conclusão de que os servidores egresos da CIENTEC, uma vez extinta a primitiva relação estatutária e igualmente suprimido o superveniente liame juslaboralista, fiquem, na atualidade, ao desabrigo de qualquer norma jurídica.

Convém esclarecer, inclusivamente, que, quando foi objeto de exame nesta Unidade o Processo n.º 13.330/80-CC (fl.22), em que figura como requerente PEDRO PEREIRA, cuja situação é precisamente a referida neste item, constava ainda estar o interessado desenvolvendo suas atividades funcionais na Fundação de Ciência e Tecnologia, apurando-se, posteriormente, ter o mesmo sido "devolvido" no Estado, retroativamente, a contar de 3 de dezembro de 1979. De onde se verificará que o entendimento ali expressado, antes de se opor, conforta as conclusões deste trabalho.

36. Tranqüilamente se pode afirmar que o servidor, nesta peculiar situação de "devolvido", poderia ser vislumbrado desde logo como funcionário de fato do Estado e, nessa condição, conquanto despojado de direitos estatutários, pelo mínimo teria resguardada a ganância patrimonial auferida a título de indenização por serviços prestados de boa-fé.

37. Permito-me, no entanto, ir um pouco mais além e aventar a possibilidade de que, nestes casos especiais, com a reabsorção do ex-funcionário pela Administração Centralizada operou-se a própria readmissão ao cargo anteriormente detido, o que até não destoaria quer da Lei n.º 6.182, de 8 de janeiro de 1981, que não previu a extinção dos cargos nos casos de vacância, quer da Lei n.º 7.412, de 19 de novembro de 1980. E, à similitude daquele que detinha a faculdade de ir para a CIENTEC e

lá permanecer como cedido, acentue-se, **cedido, não contratado**, com a possibilidade de regressar, computando o tempo da cessão para os efeitos legais (artigo 7º, § 3º, da Lei n.º 6.370, de 1972), de forma idêntica se há de tratar agora os que foram readmitidos, sem maiores formalidades, embora.

Ocorre que a formalística do instituto da readmissão alinha-se por requisitos que inadmitem preterição para a segurança ou para o resguardo dos interesses do Estado, tais como, existência de vaga, interesse específico no aproveitamento de funcionário experiente e dotado de outras qualificações pessoais e idade que viabilize a prestação do trabalho; no que tange ao exame de saúde, também obrigatório, acaso preterido, (artigo 54, parágrafo único, do Estatuto), penaliza-se o funcionário pelo descaso à lei, o qual, na eventualidade de contrair qualquer moléstia, ficará impossibilitado de obter aposentadoria por invalidez.

Em alguns casos referidos nos processos, os servidores retornaram à Administração Direta, cumpriram o tempo prescrito em lei e aposentaram-se voluntariamente pelo Estado. O descumprimento da formalidade do exame de saúde não nulifica o reingresso e nenhuma consequência acarreta, na prática, pois a base fáctica da aposentadoria é aqui o tempo de serviço e não o estado de saúde do beneficiário.

Quanto às demais condições de readmissão também se verificaram, à medida em que o Poder Público aproveitou-lhes o trabalho (interesse manifesto) e em posição funcional idêntica à anteriormente detida.

Não há qualquer reparo, pois, oponível a tais aposentadorias já consumadas, advertidos os interessados, porém, de que não podem fazer uso do tempo já computado na esfera estadual para virem a pleitear aposentadoria à conta da União.

38. Concernentemente aos servidores que reingressaram no Estado, nas mesmas condições antes mencionadas, mas ainda não perfizeram o lapso necessário à jubilação voluntária, o ato readmissório deve ser, para logo, formalizado, cumprindo-se, demais disso, o exame previsto no parágrafo único do artigo 54 da Lei n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952.

39. Resta, para arremate, acrescentar que a Fundação de Ciência e Tecnologia não detém mais legitimidade para "devolver" ao Estado o ex-funcionário cedido, com o qual agora mantém relação privada de emprego.

Se, porventura, a manutenção de tal liame jurídico venha a carecer de interesse à CIENTEC, o seu desfazimento, se possível, somente operará nos estritos termos da Consolidação das Leis do Trabalho e legislação complementar, incumbindo-lhe, neste caso, carrear com todos os ônus que ao empregador comum tocariam.

Resumem-se as considerações acima nos seguintes tópicos:

1. Os servidores do extinto INSTITUTO TECNOLÓGICO DO RIO GRANDE DO SUL, detentores de cargos regidos por normas estatutárias que, quando da extinção do ITES, foram alojados no Quadro Especial disciplinado pela Lei n.º 6.182, de 1971, e cedidos à FUNDAÇÃO DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA, tudo por ato do Secretário de Estado da Administração, inserido no Boletim n.º 2470/72, publicado no Diário Oficial de 8 de novembro de 1972, ao firmarem contrato de trabalho com a CIENTEC renunciaram à relação jurídica anterior, entendendo-se dita renúncia como exoneração do cargo, na forma do artigo 7º, § 4º, da Lei n.º 6.370, de 1972;

2. na qualidade de empregados da FUNDAÇÃO DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA são contribuintes obrigatórios da Previdência Social Federal (Lei Federal n.º 3.807, de 1960, com suas modificações e complementações posteriores);

3. não são, portanto, destinatários do artigo 1º, item IV, da Lei n.º 6.654, de 1973, descabendo efetuarem-se descontos nos salários em favor do Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul;

4. os descontos operados, indevidamente, nos salários em favor do IPERGS devem ser restituídos aos servidores, desde logo, pela CIENTEC;

5. é ilegal a obtenção de dupla aposentadoria, tendo como fundamento uma única relação jurídica e conseqüentemente tempo de serviço singularmente considerado (art. 82, item III, Consolidação das Leis da Previdência Social);

6. os empregados da CIENTEC não são destinatários da Lei n.º 2.455, de 1954, que regulamenta o artigo 179 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado;

7. o ex-servidor cedido, após contrato com a Fundação, "devolvido" ao Estado, considera-se readmitido no seu cargo original e respectivo Quadro Especial, devendo, porém, efetuar exame de saúde (artigo 54, parágrafo único, do Estatuto), se ainda não contar tempo de serviço necessário à aposentadoria voluntária, ou idade, à aposentadoria compulsória;

8. à Fundação de Ciência e Tecnologia falece competência para "devolver" à Administração Direta do Estado servidor que com aquela mantém contrato de trabalho, o qual, aliás, somente poderá ser desfeito nos termos e pelas formas admitidos na Consolidação das Leis do Trabalho e legislação complementar.

Em 06 de novembro de 1981

DA INCOMPETÊNCIA DAS VARAS CÍVEIS PARA JULGAR MANDADOS DE SEGURANÇA

ARNOLDO WALD
Advogado, Professor da faculdade de Direito da
Universidade do Rio de Janeiro

PARECER

1. A Empresa Brasileira de Filmes S/A — EMBRAFILME, foi criada como órgão de implementação e fiscalização das decisões tomadas pelo Conselho Nacional de Cinema (CONCINE) com a finalidade de acompanhar a execução da política governamental no setor cinematográfico, conforme se verifica pela Lei n.º 6.281 de 09.12.75.

2. Nessa qualidade, a requerente vende aos cinemas os chamados "ingressos padronizados" que constituem um instrumento de fiscalização das vendas das entradas das salas de exibições, cabendo-lhe, outrossim, verificar se os cinemas cumprem as suas obrigações de exibição de um certo número de filmes nacionais por ano, de pagamento das contribuições por filme e de liquidação oportuna dos direitos de distribuição em relação aos filmes de curta metragem.

3. Contra a legalidade dessas funções, nas quais a Embrafilme funciona como delegado do Conselho Nacional de Cinema, insurgiram-se algumas empresas de exibição de filmes que ingressaram com mandados de segurança contra o delegado da requerente em Vara Cível na cidade de São Paulo (capital), tendo tais mandados sido devidamente processados, embora evidente incompetência dos Juizes de Vara Cível para apreciar mandado de segurança, nos precisos termos tanto da legislação paulista de organização judiciária, como das normas federais referentes ao processo civil e à competência da Justiça Federal.

Atendendo às razões expostas no presente estudo, o eminente Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador Young da Costa Manso, decidiu em fundamentado despacho de suspensão de liminar (Proc. 169-0), no qual concluiu que "a inicial deveria ter sido distribuída à Justiça Federal (por se tratar de ato de delegado federal) e nunca a um dos Juizes Cíveis da Comarca de São Paulo, que têm competência exclusiva para o exame e julgamento de causas de interesse privado" (in **Diário da Justiça do Estado**, de 03.04.1980, p. 10). Por sua vez, o Conselho Superior da Magistratura entendeu descaber na matéria qualquer decisão administrativa, conforme acórdão de 23.04.1980.

4. Não há dúvida que os mandados de segurança só podem ser processados em primeira instância no Estado de São Paulo perante as Varas da Fazenda Estadual ou Municipal, quando interessada uma dessas entidades de direito público, e perante a Justiça Federal, quando a autoridade coatora é órgão direto ou delegado da União.

5. Sendo a EMBRAFILME uma sociedade de economia mista Federal e sendo as suas atribuições delegadas pela União Federal, por intermédio do Conselho Nacional de Cinema (CONCINE) que não tem personalidade jurídica, não há como admitir a impetração de mandado de segurança em Vara Cível, nem tampouco, perante a Justiça Estadual.

6. Como bem salienta Hely Lopes Meirelles, no caso de delegação de competência administrativa, a Justiça que pode apreciar o mandado de segurança é a competente para examinar os atos das pessoas jurídicas sobre as quais os efeitos econômicos dos mesmos vão repercutir. Escreve a respeito o ilustre administrativista que:

"O coator poderá pertencer a qualquer dos Poderes e a qualquer das entidades estatais ou às suas organizações autárquicas ou paraestatais, bem como aos serviços concedidos ou permitidos. Considerar-se-á autoridade federal, estadual ou municipal, para fins de mandado de segurança, quando as consequências patrimoniais do ato impugnado refletirem nas respectivas Fazendas (art. 2º). As atribuições delegadas consideram-se de responsabilidade da entidade delegante, embora responda como coator o agente delegado que praticar o ato impugnado. Assim sendo, se uma autoridade municipal aceitar delegações do Estado-membro ou da União, responderá por essas atribuições como autoridade estadual ou federal, perante os juízos privativos dessas entidades". (Hely Lopes Meirelles, **Mandados de Segurança e Ação Popular**, 6ª edição, 1979, pág. 33).

7. As normas de organização judiciária do Estado de São Paulo sempre consideraram que era de competência dos Juízes de Vara Cível tão somente os feitos "de natureza civil ou comercial", conforme determinou o art. 34 do Decreto complementar n.º 3, de 27.08.1969. Ao contrário, de acordo com a mesma legislação, cabe às Varas de Fazenda apreciar os feitos "de interesse do Estado, das entidades autárquicas e das paraestatais" e, em particular, "os mandados de segurança" (art. 35, I do diploma citado). Em relação a estes, a distribuição às Varas de Fazenda do Estado ou do Município dependerá da entidade de direito público que tiver interesse específico na questão (art. 35 e 36), o que justifica, numa interpretação lógica e sistemática, o reconhecimento, pelo Estado, de caber à Justiça Federal a competência para examinar mandados de segurança contra atos de autoridade que integram a administração direta ou indireta da União Federal.

8. Aliás, o mandado de segurança, pelas suas próprias estruturas e finalidades, não deve ser julgado por Juiz de Vara Cível. Efetivamente, o mandado de segurança pressupõe um **ato de autoridade** no qual o coator agiu ilegalmente ou mediante abuso de poder (art. 150 § 21 da Constituição Federal). Ora, as Varas Cíveis, de acordo com a letra e o espírito da lei, incumbem a função de dirimir os litígios entre particulares, decorrentes da aplicação das **leis civis e comerciais**, enquanto o mandado de segurança é reconhecido e caracterizado, não só pela doutrina, como ainda pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como constituindo um **remédio de direito público e uma medida ou garantia de direito constitucional** para proteger o indivíduo contra o Poder Público, este representado pela autoridade coatora (RE n.º 61.097 in **RTJ**, 51/805). Dentro do mesmo espírito, Hely Lopes Meirelles esclarece que o mandado de segurança "visa precipuamente à invalidação de **atos de autoridade ou à supressão de efeitos de omissões administrativas** capazes de lesar direito individual, próprio, líquido e certo". (**Mandado de Segurança e Ação Popular**, 5ª edição, 1978, pág. 13). Bastaria, pois, a necessidade de confronto entre o particular e o ato administrativo ilegal, que caracteriza o mandado de segurança, para excluir necessariamente a competência do Juiz da Vara Cível, sabido que em nosso direito o recurso heróico não pode ser utilizado fora do campo do direito público e não é remédio adequado ou admissível para dirimir conflitos de interesses nos campos do direito civil e do direito comercial. Estamos, assim, diante do seguinte dilema: ou não há ato de autoridade e descabe o mandado de segurança ou, ao contrário, o litígio pressupõe a discussão da **legitimidade de um ato administrativo**, justificando, em tese, a impetração do mandado de segurança, mas excluindo necessariamente a competência dos Juízes de Vara Cível. Se cabe mandado de segurança, não pode ser competente o Juiz da Vara Cível, se, ao contrário, o conflito é da competência do Juiz da Vara Cível, o remédio a ser utilizado pelas partes não pode ser o mandado de segurança e, conseqüentemente, a petição inicial é inepta e deverá ser desde logo indeferida, pois, o procedimento escolhido pelo autor não corresponde à natureza da causa (art. 295, V, do Código de Processo Civil).

9. Nos casos da EMBRAFILME S. A. distribuídos em São Paulo, os impetrantes invocaram, sem nenhuma razão, as Súmulas n.ºs 517 e 556 do Supremo Tribunal Federal, de acordo com as quais, respectivamente:

"As sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal quando a União intervém como assistente ou oponente".

e

"É competente a justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista".

10. Na realidade, as mencionadas Súmulas se referem exclusivamente às ações cíveis e comerciais das sociedades de economia mista que, para os efeitos obrigacionais e trabalhistas, são equiparadas pela Constituição Federal (art. 170 §

2.º) às entidades de direito privado. Veremos, pois, que tanto o espírito como a letra das mencionadas Súmulas não se aplicam aos casos de mandado de segurança, nos quais, inclusive, a sociedade de economia mista não é parte, pois a medida é requerida contra a pessoa física do coator, órgão delegado da União Federal.

11. Em primeiro lugar, sempre que o Supremo Tribunal Federal quis incluir, no regime que estabelecia para as ações, o mandado de segurança, decidiu fazê-lo expressa e explicitamente como se verifica na Súmula n.º 511 na qual esclareceu que:

“Compete à Justiça Federal, em ambas as instâncias, processar e julgar as CAUSAS entre autarquias federais e entidades públicas locais, **INCLUSIVE MANDADOS DE SEGURANÇA**, ressalvada a ação fiscal, nos termos da Constituição Federal de 1967, art. 119 § 3.º.

Conclui-se, pois, **a contrario sensu**, que, não se tendo incluído a referência no mandado de segurança nas Súmulas de n.ºs 517 e 556, não deve o mesmo ser considerado como sujeito à norma nelas contidas. Assim sendo, evidencia-se a inaplicabilidade das mencionadas Súmulas de n.ºs 517 e 556 ao mandado de segurança.

12. Acresce que, embora reconhecendo a natureza de causa peculiar ao mandado de segurança, o Supremo Tribunal Federal firmou a sua jurisprudência no sentido de dar-lhe sempre um tratamento especial em virtude da densidade e da eficiência do remédio jurídico que necessita sempre de um maior controle na sua aplicação, justificando, assim, as normas constitucionais e legais que estabelecem competências próprias e especiais quando se trata de impetração do mandado de segurança. Neste sentido o Supremo Tribunal Federal entendeu que o mandado é uma causa de natureza especial, tanto assim que não se lhe aplica o princípio da sucumbência (Súmula n.º 512). Na ocasião dos julgados que trataram da matéria, vários dos eminentes Ministros que compunham o Excelso Pretório salientaram, que:

“A doutrina assinala a peculiaridade, no mandado de segurança, da relação jurídica processual e a dificuldade de conceituar as partes, tendo-se em vista o sujeito passivo. **IMPETRA-SE O MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE AUTORIDADE, QUE ENVOLVE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO**”. (Acórdão citado in **RTJ** 51/807).

acrescentando que

“não se depara no mandado de segurança, a rigor, a caracterização de autor e réu, das ações em geral, nomeadamente quanto ao sujeito passivo”. (**RTJ**, 51/807).

Esclareceu o Supremo Tribunal Federal, no mencionado julgamento, que a condenação do vencido ao pagamento dos honorários pressupunha a existência de partes, de autor e de réu, o que não ocorria, em termos técnicos, no mandado de segurança, por ser uma “medida de direito constitucional” (**RTJ**, 51/808).

13. Dentro da mesma tese, considerando o mandado de segurança uma ação de natureza especial, entendemos que a ele não se aplica o sistema de alçada estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal e, de fato, o Excelso Pretório considerou, de modo manso e pacífico, que o valor dado ao mandado é irrelevante para fins de conhecimento do recurso extraordinário no tocante ao remédio heróico, afastando assim a aplicação da norma do Art. 308, VIII do seu Regimento Interno, que se aplica às demais causas. (**RTJ**, vol. 60/503).

14. Finalmente, acresce que, no mandado de segurança, “o impetrado é a autoridade coatora e não a pessoa jurídica ou órgão a quem pertence e ao qual o seu ato é imputado em razão do ofício” (Hely Lopes Mierelles, **obra citada**, pág. 28). Assim sendo, a sociedade de economia mista não é necessariamente parte no feito, embora possa vir a ser assistente ou litisconsorte do impetrado nos precisos termos do art. 19 da Lei n.º 1.533/51. O que importa, pois, inicialmente, o mandado de segurança não é na realidade a caracterização de direito privado ou de direito público da pessoa jurídica eventualmente interessada economicamente no pleito, mas o exame da legalidade de um ato administrativo de autoridade, apreciação essa que só pode ocorrer em Vara da Fazenda. Fixada conseqüentemente a competência da Vara da Fazenda é, que, em seguida, atender-se-á ao interesse econômico do Estado, da União ou do Município, para verificar qual a Vara da Fazenda à qual deve ser encaminhado o processo.

15. Cabe ponderar que a Súmula n.º 556 se refere às causas em que a sociedade de economia mista atua como pessoa jurídica de direito privado, notadamente no exercício das atividades comerciais ou industriais para que foi criada, não sendo aplicável, contudo, quando se questionam atos praticados por seus administradores ou representantes correspondentemente a funções delegadas do poder público, que qualificam tais administradores ou representantes como **autoridade**, para o efeito de permitir a utilização, contra eles, do mandado de segurança, na forma claramente expressa no § 1.º do art. 1.º da Lei n.º 1.533, de 31.12.51, **verbis**:

“§ 1.º — Consideram-se autoridade para os efeitos desta lei os administradores ou representantes das entidades autárquicas **e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, somente no que entende com essas funções**”.

16. Quando requerido **mandado de segurança**, pelos exibidores de filmes contra ato do representante da EMBRAFILME considerado como ato de **autoridade**, e não como ato de mero gestor de uma atividade privada, define-se a competência de Juiz Federal para a apreciação do pedido, na forma do art. 125, VIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, **verbis**:

“Art. 125 — Aos juizes federais compete processar e julgar, em primeira instância;

VIII — Os mandados de segurança contra ato de autoridade federal, como tal definida em lei, excetuados os casos de competência dos tribunais federais”.

17. Note-se que diferente é a redação do inciso I, que prevê a competência dos mesmos juizes para as demais causas, e que reza:

“I — as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública forem interessadas na condição de autores, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência e as sujeitas à Justiça eleitoral e à Militar”.

18. No inciso I, do art. 125, o legislador constituinte enumerou as pessoas jurídicas cuja presença na causa, como autoras, rés, assistentes ou oponentes, determinam a competência dos juizes federais, entre elas não incluindo as sociedades de economia mista. Mas, no inciso VIII do mesmo artigo, acima transcrito, que trata da competência dos juizes federais para o julgamento de mandados de segurança, o critério foi outro, não havendo menção à qualidade da pessoa jurídica, mas a ato de autoridade, e autoridade, já vimos, também podem ser, para fins de permitir a impetração de segurança, o administrador ou responsável de pessoas jurídicas de direito privado, quando titular de uma delegação do poder público.

19. Parece-nos que está assim evidenciada a incompetência absoluta dos Juizes de Varas Cíveis que estão examinando matéria que só pelos Juizes de Varas da Fazenda poderia ser apreciada.

20. Quanto ao interesse da União Federal, ele está sendo comprovado pelas petições da Procuradoria-Geral da República e encontra a sua melhor evidência no despacho do Exm.º Sr. Presidente do Tribunal Federal de Recursos, Ministro José Néri da Silveira que, ainda recentemente, ao cassar medida liminar em mandado de segurança contra a EMBRAFILME impetrado em Vara da Fazenda na Justiça Federal, considerou que:

“Suspensão de Segurança nº 5267 — São Paulo — Requerente: União Federal! — Requerido: Juiz Federal 6ª Vara — Impetrante: Primo Carbonari Produções Cinematográficas e outras — Autoridade Impetrada: Delegado Regional do Conselho Regional do Concine.

Despacho:

A União Federal requer suspensão dos efeitos da sentença do Dr. Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, no mandado de segurança impetrado por Primo Carbonari Produções Cinematográficas e outras, contra ato do Delegado Regional do Conselho Nacional do Cinema — CONCINE, que concedeu o writ, “para que a au-

toridade impetrada se abstenha de aplicar a Resolução 37 (do CONCINE), no que diz respeito: a) à fixação de 570 vezes o maior valor referência em vigor no país como limite de arrecadação; b) a fixação da produção em um máximo de 5 títulos diferentes; e c) a fixação do limite máximo de 15 cópias em se tratando de cópias para cada título de filme, nas bitolas de 16 e/ou 35 milímetros”.

Alega a União que a sentença pode ser causa de grave lesão à economia pública, gerando “prejuízos irreparáveis a 600 produtores de filmes de curta-metragem, onde labutam 5.000 trabalhadores, o que fará mais agravar aquela lesão”. Entende que a posição adotada pela sentença provocaria “um abalo terrível na política cinematográfica nacional, onde o Governo do Brasil tem posto todo o seu empenho”. Anota que se trata do interesse de oito (8) empresas contra o direito legítimo e maior de 600 realizadores e uma comunidade cinematográfica de 5.000 trabalhadores. Destaca que houve um investimento de cerca de Cr\$ 24.000.000,00 em 400 filmes entregues à Embrafilme, para difusão, resultando da sentença consagrar-se monopólio em favor das oito empresas impetrantes, cuja produção não mais sujeitas aos limites de números de títulos por filmes cada ano, cópias e rendas, estabelecidas na regulamentação do CONCINE, “vem ocupando, indiscriminadamente, o mercado de exibição, em detrimento dos filmes de natureza cultural, técnica, científica ou informativa financiados pela Embrafilme”. Sustenta, ademais, que o investimento de Cr\$ 24.000.000,00 realizado em função de determinação legal, não tem qualquer condição de retorno, representando, a par de vultosos prejuízos indiretos, inequívoca lesão à economia pública”.

2. Editou-se a Resolução nº 37, do CONCINE, com apoio na autorização legislativa constante da Lei nº 6.281, de 09.12.75, regulando a obrigatoriedade de exibição de filmes de curta-metragem nos programas em que se apresentar filme estrangeiro. Os limites estabelecidos na Resolução nº 37 dizem com o exame do mérito da controvérsia posta no mandado de segurança, não cabendo apreciá-los neste ponto de vista de sua legalidade ou constitucionalidade, o que será feito pela Turma julgadora, quando do julgamento da apelação interposta do decisório de primeiro grau, sujeito, também, ao duplo grau de jurisdição.

Penso, entretanto, que o pedido merece deferimento por entender que a concessão do writ, em afastando a incidência das normas regulamentadoras postas na Resolução nº 37, traz perigo de grave lesão à economia pública e à ordem administrativa, no que esta diz com a disciplina estabelecida quanto à exibição dos filmes de curta-metragem. A Lei nº 6.281/75, art. 15, cometeu ao CONCINE atribuição para regular a

percentagem de locação de filmes nacionais e estrangeiros, bem assim é desse órgão a competência para a concessão de "certificado de produto brasileiro de filme de curta-metragem".

E certo, de outra parte, que a Embrafilme vem financiando, "mediante adiantamento sobre a receita de comercialização, a realização de filmes de curta-metragem destinados a preencher a mencionada reserva legal de mercado", havendo a requerente destacado que, "a partir da Resolução 18, de 24.08.77, do CONCINE, que iniciou a regulamentação da exibição compulsória do filme de curta-metragem, 535 títulos obtiveram o necessário certificado de produto brasileiro", sendo que "400 filmes foram entregues à Embrafilme, para difusão representando um investimento de cerca de Cr\$ 24.000.000,00". Ora, a produção das impetrantes não mais sujeita à disciplina da Resolução impugnada do CONCINE, no que concerne aos limites de número de títulos de filmes por ano, cópias e renda, teria, sem dúvida, a consequência de gerar-lhes posição privilegiada no mercado de exibição, em detrimento das outras produções financiadas pela Embrafilme. A quantia indicada de Cr\$ 24.000.000,00 de investimento tenderia a representar prejuízo evidente à economia pública, comprometendo-se, outrossim, em decorrência, a plena execução da política de desenvolvimento da indústria cinematográfica nacional, o que sem dúvida, conflita com a ordem administrativa estabelecida neste setor que também não se há de compadecer com qualquer forma de eventual abuso do poder econômico.

Defiro, pois, a suspensão dos efeitos da sentença concessiva da segurança, até seu reexame pelo Tribunal Federal de Recursos na forma de direito.

Comunique-se. Intime-se. Publique-se.

Brasília, 20 de dezembro de 1979 — Ministro José Néri da Silveira, Presidente do Tribunal Federal, de Recursos".
(Diário da Justiça de 08.02.1980).

21. Embora já se tenha alegado a exceção de incompetência e a própria União Federal já tenha solicitado a sua intervenção no feito como litisconsorte ou assistente, o fato é que mais de uma dezena de mandados de segurança estão sendo ilegalmente processados em Varas Cíveis, numa verdadeira subversão do regime de competência estabelecido pela lei vigente.

22. Concluimos, pois, que se justifica a cassação da medida liminar concedida por Juízes de Vara Cível por serem os mesmos evidentemente incompetentes para apreciar mandado de segurança.

ASSUNTOS MUNICIPAIS

EXERCÍCIO DA VEREANÇA COM CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO PÚBLICA

MARILIA DE OLIVEIRA AZEVEDO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

PARECER N° 4910

VEREADOR

Exercício da vereança com cargo, emprego ou função pública.

Impedimentos.

Artigo 104, §§ 3° e 5° da Constituição Federal.

Em consulta proveniente do MUNICÍPIO DE VACARIA o Senhor Presidente da Câmara daquela Comuna formula a esta Procuradoria-Geral a seguinte questão:

"Pode um vereador ser contratado sob o regime da CLT pelo município?"(sic).

2. O exercício cumulativo de cargo ou função pública com mandato eletivo está normalizado pelo art. 104 da Constituição Federal, com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional n° 6 de 4 de junho de 1976.

Nos termos deste dispositivo, o mandato de vereador é acumulável com cargo, emprego ou função, sem prejuízo dos subsídios, desde que haja compatibilidade de horários. Não havendo a compatibilidade o vereador ficará afastado da função pública durante o mandato (§ 3°).

3. A hipótese formulada na consulta, contudo, focaliza um outro ângulo da questão, ou seja a do vereador que após assumir o mandato venha a ocupar uma função, emprego ou cargo na administração pública.

Neste caso, a Lei Maior estabelece impedimentos, que visam resguardar o pleno exercício do mandato, no que concerne à independência do Legislativo com relação ao Executivo.

São impedimentos decorrentes do princípio constitucional inserido no art. 6° da Lei Maior, e estão consubstanciados no § 5° do art. 104 que determina:

"É vedado ao vereador, no âmbito da Administração Pública Direta ou Indireta Municipal, aceitar, salvo concurso público, emprego ou função".

O espírito da Lei, na espécie, é assegurar o exercício do mandato sem peias ou constrangimentos, tendo em vista que os cargos em comissão, as funções e os empregos dependem sempre do "nuto" do Executivo.

4. ISTO POSTO, respondemos negativamente à consulta formulada pelo Senhor Presidente da Câmara consulente, face ao disposto no § 5º da Constituição Federal, que veda expressamente ao vereador ocupar cargo comissionado, função ou emprego, salvo nos casos em que haja concurso público.

Convém ressaltar, ainda, que poderá haver contratação pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, para uma determinada função que não seja de confiança, desde que a seleção dos candidatos seja feita através de concurso público.

Neste caso, embora sob regime da CLT, não haveria vinculação ao Executivo, porquanto os cargos providos por concurso público estão insensíveis às pressões.

Por derradeiro, deve ser esclarecido que além das situações aqui analisadas, o vereador poderá vir a ocupar o cargo de Secretário Municipal, desde que se licencie do exercício do mandato, conforme dispõe o § 6º do art. 104, por disposição expressa da Emenda Constitucional nº 10, de 14 de novembro de 1977, que acrescentou este parágrafo ao artigo 104.

É o parecer S. M. J.

PORTO ALEGRE, 18 de março de 1982.

PREVIDÊNCIA SOCIAL

ALDO LEÃO FERREIRA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER Nº 4721

Servidor estatutário municipal, sem regime próprio de previdência, é contribuinte obrigatório do Sistema de Previdência Social Urbana, desde 1º de janeiro de 1981, sujeito à contribuição especial de 4% (quatro por cento) sobre sua remuneração, com igual contribuição do Município e direito dele e (ou) dependentes às prestações estabelecidas na alínea "f" do inciso I, nas alíneas "a", "b" e "c" do inciso II e no inciso III do artigo 22 da Lei Orgânica da Previdência Social.

O SENHOR SECRETÁRIO DO INTERIOR, DESENVOLVIMENTO REGIONAL E OBRAS PÚBLICAS, em face de apelo recebido da Federação das Associações de Municípios do Estado, solicita a elaboração de parecer sobre a efetiva aplicabilidade e extensão da Lei nº 6.887, de 10 de dezembro de 1980, que altera a legislação da Previdência Social Urbana, relativamente ao que tange à vinculação previdenciária compulsória dos servidores públicos municipais do Estado, cujos municípios não tenham sistema próprio de Previdência Social ao sistema estatuído pela Lei Orgânica da Previdência Social vigente no País (Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960).

Salienta o ilustre consulente o interesse dos milhares de municípios gaúchos e seus dependentes, em razão da precariedade do atendimento assistencial e previdenciário que lhes está sendo ofertado, variando de Município para Município, de acordo com as possibilidades de cada Executivo Municipal.

Enfatiza, ainda, que o assunto em pauta foi amplamente discutido no 1º e 11º Congresso dos Municípios Rio-grandenses, sendo a solução definitiva do problema uma das metas prioritárias da Federação dos Municípios do Estado.

É o relatório.

A Previdência Social surgiu em 1881, com os seguros sociais alemães, relativos a acidentes de trabalho, doenças e velhice, instituídos por OTTO BISMARCK.

Entre nós, porém, teve ela como antecedente, sete anos depois, quando o último Parlamento Monárquico autorizou na "cauda" do orçamento para 1889, recursos para criação de "Caixa de Socorros para o pessoal de cada uma das estradas de ferro do Estado" (Cf. MOACYR VELLOSO CARDOSO DE OLIVEIRA, "A previdência social brasileira e a sua nova lei orgânica", Rio de Janeiro, Dist. Record, 1961, p. 23).

O individualismo jurídico e o liberalismo dominantes no século XIX, não lhe permitiram maior desenvolvimento.

Seus perfis somente se tornaram objetivos no nosso século (cf. MARIO DE LA CUEVA, "La seguridad y la gente del campo", Congresso Ibero-Americano, São Paulo, set. 1972, p. 227).

Em verdade, tem o século XX uma tarefa providencial, uma preocupação de contribuir para o bem-estar e higidez social, redimindo a população dos estados da marginalidade econômica em que se encontra na maior parte dos países.

O homem moderno, como ensina GEORGES RIPERT ("O regime democrático e o direito civil moderno", S. 1, Saraiva, 1937, trad. J. Cortesão, p. 133) substitui a noção do **dever** de caridade e fraternidade pela noção de **direito**.

Hoje, a concepção de segurança social, ligada a uma consciência de solidariedade, libertando a pessoa humana do temor do futuro e do estado a que pode ser conduzida por "*contingências sociais*", tem extraordinário desenvolvimento.

Manifestações internacionais, grandes documentos e medidas legislativas de proteção aos economicamente fracos, têm alargado a intervenção do Estado no campo previdenciário.

Entre as medidas legislativas destacamos, inicialmente, a Constituição de Weimar de 11 de agosto de 1919, na qual inseriu-se caber ao Estado prover a subsistência do cidadão alemão, caso não possa proporcionar-lhe a oportunidade de ganhar a vida com um trabalho produtivo.

Esse dispositivo, embora não se refira à segurança social diretamente, considera a solidariedade pressuposto fundamental de sua realização.

FRANKLIN DELANO ROOSEVELT, para responder à crise econômica começada em 1929, iniciou a política do **New Deal**, anunciando a doutrina do **Welfare State**, cujo princípio básico foi a luta contra a miséria, afirmando a aspiração de segurança social, e obtendo a 14 de agosto de 1935, do Congresso Americano, o **The Social Security Act**, pelo qual o Estado assumiu a responsabilidade nacional pela segurança social geral.

Em agosto de 1941, a Carta do Atlântico isso proclamou nos seus itens 5º e 6º.

A 20 de novembro de 1942, SIR WILLIAM H. BEVERIDGE, em relatório sobre os seguros sociais e serviços afins em vigor na Inglaterra, propôs um Plano de Segurança Social, conhecido como "*O Plano Beveridge*", uma diagnose da miséria, no qual demonstra que na Previdência Social estavam os alicerces dos programas de paz e de reconstrução nacional das ações beligerantes.

A segurança social foi enfatizada, em 1948, pela Carta da Organização dos Estados Americanos, assinada em Bogotá, na IX Conferência Internacional dos Estados Americanos (art. 29, "a") e no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Tudo isso evidencia cabalmente que a segurança social é uma tarefa política fundamental, universalmente considerada por todos os governos.

A conceitua CASSIO DE MESQUITA BARROS JUNIOR ("Security in South and Central America", in *Social Security and Medical Case*, Netherlands — Antilles, Kluwer Deventer, 1977, p. 61-2), como uma instituição que tem por objetivo evitar as necessidades humanas geradas pela miséria, doença, desigualdade e velhice. Assim, compreendida a "*segurança social*" constituiu um dos objetivos do desenvolvimento econômico, na medida em que, para este desenvolvimento, a capacidade produtiva é tão importante quanto a produção em si mesma, e não depende somente de fatores econômicos, mas, também, de fatores sociais, entre os quais está a produtividade da força do trabalho. Esta produtividade aumentará com a melhora do estado físico e mental do trabalhador, que deve, nessa perspectiva, estar protegido das contingências da doença, morte e desemprego. Porém, um sistema de "*segurança social*" efetivo somente é possível à custa de novos investimentos e a sua implantação, conseqüentemente, envolve o problema de opção entre "*investimento*" e "*consumo*".

Na verdade, a segurança social plena é um ideal ainda não atingido por nenhum país.

Constitui-se ela da união da Assistência e da Previdência Social (MOZART VICTOR RUSSOMANO, Comentários à Lei Orgânica, p. 26/28).

Enquanto a assistência, independe das condições pessoais e jurídicas do favorecido, atingindo a qualquer pessoa necessitada, sem qualquer custeio de parte esta, a previdência social, ao contrário, é dependente daquelas condições, atingindo seus filiados mediante custeio.

Ambas são cada vez mais ativadas no Estado moderno.

Essa realidade fez com que os municípios brasileiros regidos pelo regime estatutário — os regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, já são contribuintes obrigatórios do INPS — venham, desde 1946, reivindicando uma melhor previdência social, mas, sempre encontraram obstáculos para sua concretização.

As nossas prefeituras, por força constitucional (CF. art. 101) garantem a esses servidores, apenas, a aposentadoria; umas poucas, oferecem pensão aos seus dependentes; e pequeno número delas custeia os gastos com assistência médica, descontando a seguir na folha de pagamento.

Foi para atender os justos reclamos dessa classe de servidores públicos, que o Senhor Ministro da Previdência Social, encaminhou projeto de lei, com amplas justificativas, à Presidência da República, que, por sua vez, o remeteu ao Congresso Nacional, convertendo-se, finalmente, na Lei nº 6.887, de 10 de dezembro de 1980, publicada no D.O.U. de 11 de dezembro de 1980, páginas 24.790/91, alterando a nossa Lei Orgânica da Previdência Social — LOPS — (Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960), para ampliar a filiação e cobertura previdenciária, estendendo-a a uma classe tão mal protegida e que a tantos anos a reclamava.

Entre o mais, dispõe, atualmente a LOPS:

"Art. 3º — São excluídos do regime desta Lei:

I — os servidores civis e militares da União, dos Estados, Municípios e Territórios, e do Distrito Federal, bem como os das respectivas autarquias, que estejam sujeitos a regimes próprios de previdência, salvo se forem contribuintes da Previdência Social Urbana;

Parágrafo único — Os servidores de que trata o inciso I deste artigo, que tenham garantido apenas a aposentadoria pelo Estado ou Município, terão regime especial de contribuição, fazendo jus, pela Previdência Social Urbana, exclusivamente aos benefícios estabelecidos na alínea "f" do inciso I, nas alíneas "a", "b" e "c" do inciso II e no inciso III do artigo 22".

"Art. 69 — O custeio da previdência social será atendido pelas contribuições:

IV — dos servidores de que trata o parágrafo único do artigo 3º, na base de 4% (quatro por cento) do respectivo salário-de-contribuição".

A exegese desse dispositivo nos parece clara.

Assim, o citado art. 3º da LOPS, exclui do princípio da universalização da filiação previdenciária, os servidores públicos em geral que tenham regime próprio de previdência.

Por regime próprio de previdência, entende-se aquele que assegura, no mínimo, os dois benefícios clássicos: aposentadoria e pensão. (Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, artigo 5º, § 2º).

Destarte, os municipais que tiverem esse regime próprio, estarão excluídos do Sistema de Previdência Social Urbana, previsto na LOPS.

Agora, se o servidor municipal estatutário, não o tiver mas, somente, lhe assegurando o Município o direito à aposentadoria, consagrada no art. 101 da Constituição Federal, ficará sujeito ao referido Sistema e subordinado a um regime especial de contribuição sofrendo um desconto de 4% (quatro por cento) de sua remuneração (LOPS, arts. 69, IV e 173, I) com igual contribuição do Município.

Essa situação especial lhe garantirá a (ou) seus dependentes as seguintes prestações: — auxílio natalidade ("f" do inciso I), pensão e auxílios reclusão e funeral ("a", "b" e "c", do inciso II), assistência médica-odontológica e farmacêutica — essa dentro dos critérios do INPS —, reeducativa e de readaptação profissional (inciso III, tudo do art. 22 da LOPS).

Finalmente, cabe esclarecer que, de acordo com o que estabelece o art. 4º da lei em exame (nº 6.887/80), sua vigência deu-se a partir de 1º de janeiro de 1981, desde quando o servidor estatutário municipal, sem regime próprio de previdência é contribuinte obrigatório do Sistema de Previdência Social Urbana, sujeito a contribuição especial de 4% sobre sua remuneração e com a garantia das prestações supra-indicadas.

É o nosso parecer. S.M.J.

PORTO ALEGRE, 08 de julho de 1981.

DESMEMBRAMENTO DE TERRITÓRIO MUNICIPAL E ANEXAÇÃO A OUTRO MUNICÍPIO

JOSÉ HUGO V. CASTRO RAMOS
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor no curso de pós-graduação em Sociologia
e Ciências Políticas da UFRGS
Professor de Sociologia no curso de pós-graduação
em Sociologia da PUC
Doutor em Sociologia, Sorbonne, França

PARECER Nº 4787

DESMEMBRAMENTO DE TERRITÓRIO MUNICIPAL E ANEXAÇÃO A OUTRO MUNICÍPIO — Lei Complementar nº 39, de 10 de dezembro de 1980 — Inexistindo acordo das Câmaras Municipais, cabe a realização de plebiscito.

Vem ao exame desta Procuradoria-Geral, consulta do Deputado Federal TELMO KIRST sobre *"as exigências da lei para que um distrito do município de Rio Pardo-RS seja anexado e passe a pertencer ao de Santa Cruz do Sul-RS"*.

Em anexo, constam as Leis Orgânicas de ambos os municípios citados, bem como parecer da Assessoria Legislativa da Câmara dos Deputados onde são analisados dispositivos constitucionais e o conteúdo de diversas leis estaduais sobre a matéria, mormente aquelas que estabelecem Lei Orgânica Municipal editada pelos Estados.

Não foi examinada a legislação do Rio Grande do Sul.

É o relatório.

O artigo 14 da Carta Magna Federal estabeleceu, com efeito, o procedimento legal que deverá reger a criação de municípios e respectiva subdivisão em distritos:

"Art. 14 — Lei complementar estabelecerá os requisitos mínimos de população e renda pública, bem como a forma de consulta prévia às populações, para a criação de municípios."

Parágrafo único — A organização municipal, variável segundo as peculiaridades locais, a criação de municípios e a respectiva divisão em distritos dependerão de lei".

Formou-se consenso entre os comentaristas da Constituição, capitaneados pelo inolvidável PONTES DE MIRANDA, que a lei a que se refere o parágrafo único do artigo 14 é a lei estadual.

No caso do Rio Grande do Sul, encontramos um manancial de diplomas legislativos pertinentes à questão, onde aflora a Lei nº 4.054, de 29 de dezembro de 1960, como norma maior regulamentadora das alterações na divisão territorial do Estado.

Nela estão previstos os procedimentos básicos, desde as exigências de população e renda (hoje transferidas pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, para o âmbito da Lei Complementar) até a forma de apresentação do pedido para criação de município, a formação de comissões distritais ou zonais, culminando na realização do plebiscito e deliberação legislativa subsequente.

Consta, ainda, um capítulo especial que prevê a extinção de municípios em circunstâncias particulares.

Diversas outras normas que se sucederam alteraram detalhes operacionais, tais como a definição dos anos milésimos para verificação da população, da renda da realização do plebiscito, da organização das comissões, etc.

Exemplo dessas modificações é a Lei Estadual nº 7.522 de 9 de julho de 1981 que fixa prazo para criação de municípios (entre 24 e 6 meses anteriores à data da eleição municipal).

Em contraponto à fartura de regras para criação de novos municípios, deparamos com uma escassez de normas, prevendo o desmembramento de área de um município para anexação a outro.

Progressivamente, a esse respeito, foi-se construindo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a qual, sem subtrair a competência estadual para legislar sobre esse aspecto, considerou inconstitucional a redefinição territorial, representada por transferência de distritos ou áreas de um município para outro, sem efetivação da consulta plebiscitária.

Assim julgou, por exemplo, nas Representações nºs 957 e 989, de Goiás, nas sessões de 16 de março de 1977 e 1º de dezembro de 1978, respectivamente.

Recentemente, contudo, foi editada a Lei Complementar nº 39, de 10 de dezembro de 1980, que assim determinou:

"Art. 1º — O artigo 6º da Lei Complementar nº 28, de 18 de novembro de 1975, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 6º — A criação e qualquer alteração territorial do município somente serão feitas no período fixado na lei que dispõe em cada Estado, sobre organização municipal (Lei Orgânica dos Municípios).

Parágrafo único — A criação ou supressão de Distritos, Subdistritos e de suas sedes, bem como o desmembramento do seu território, no todo ou em parte, para anexação a outro município, dependerão sempre de aprovação das Câmaras Municipais interessadas, através de resolução aprovada, no mínimo, pela maioria absoluta dos seus membros".

Traz a Lei Complementar nº 39 duas inovações:

1) Omite a situação específica do Rio Grande do Sul, que conta com o regime de cartas próprias municipais, e onde a divisão territorial está regida por legislação diversa.

2) Impõe o requisito do consenso dos órgãos legislativos municipais envolvidos.

A idéia que transparece da nova regulamentação é a de que o consentimento popular necessário, e a manifestação local indispensável deixam de ser aferidos diretamente, como na hipótese do plebiscito, e passam a ser verificados por interposta pessoa, isto é, através das Câmaras Municipais.

Trata-se, em realidade, da criação de uma nova forma de eleição indireta, com os efeitos práticos às vantagens e desvantagens dessa modalidade eleitoral.

Há, contudo, uma particularidade importante.

Tratando-se de interesses conflitantes, de posições diametralmente opostas, de vez que um município perde território e população, enquanto outro ganha, é altamente provável que não se chegue, na absoluta maioria das vezes, a um consenso.

Nesta circunstância esbarramos no impasse.

Inexistindo acordo entre as Câmaras de Vereadores das comunidades envolvidas, como avançar na resolução do problema?

Esta tormentosa questão mereceu amplo debate na Unidade de Assistência Jurídica aos Municípios, da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, chegando-se à conclusão, por unanimidade, de que, inexistindo concordância das partes, cabe evoluir para o *"status quo ante"*, ou seja, aplicar a realização do plebiscito como medida capaz de solver o bloqueio institucional derivado do desacordo legislativo.

Retornar-se-ia, então, à fonte mais lúdima e irretorquível, que é a consulta popular.

Mesmo porque, a alternativa contrária de interpretação desembocaria na impossibilidade, pura e simples, de desmembramento e anexação de distritos ou subdistritos, o que violaria a autonomia municipal, a sua capacidade de auto-organização, permanentemente reconhecida pela Constituição Federal.

Outro não foi o epílogo do Parecer nº 4765 desta Casa, da lavra da Procuradora MARIA IZABEL ARAÚJO RIBEIRO FONYAT, aprovado pelo Senhor Procurador-Geral, e que fixou a orientação no sentido exposto da realização de plebiscito quando da divergência entre os legislativos locais.

Resta, apenas, concluir que nesta última situação, a realização da consulta às comunidades envolvidas seguirá os mesmos trâmites do plebiscito normal, previsto para a criação de novo município, conforme dispõe a Lei nº 4.054/60 nos artigos 16 a 27.

Oportuna, por fim, se nos afigura a sugestão de que o legislador federal, quiçá por iniciativa do próprio consulente, estabeleça uma outra legislação, mais condizente e realista, de molde a evitar os inevitáveis choques decorrentes da norma atual.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 29 de setembro de 1981.

TRABALHOS FORENSES

SALÁRIO DE AJUDANTE-SUBSTITUTO NO PERÍODO DE LICENÇA-SAÚDE

ARAMIS ANTÔNIO GARCEZ
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 37.170
PORTO ALEGRE

EMBARGANTE: VITÓRIO BEUREN
EMBARGADOS: OLIVAN BÖHRER E ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

IMPUGNAÇÃO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR RELATOR

EMÉRITOS JULGADORES

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu representante judicial ao fim assinado, nos autos em referência, impugnando as razões dos embargos opostos, diz a Vossas Excelências, data venia, o seguinte:

I. DOS FATOS

1. O Autor, Tabelião e Oficial dos Registros Especiais da Comarca de Soledade, através desta ação, busca exonerar-se do pagamento dos salários de seu Ajudante-Substituto (réu) durante o período em que este esteve em licença para tratamento da própria saúde. Embora sua pretensão tenha sido reconhecida no juízo "a quo", a sentença foi reformada com o provimento às apelações do réu, secundado pelo Estado do Rio Grande do Sul. Inconformado e com apoio no voto vencido do Presidente, opôs embargos infringentes ao acórdão da Egrégia 4ª Câmara Cível, pretendendo ver estabelecida a sentença de 1º grau.

2. Antes, o Autor havia intentado Ação Cautelar de Depósito Judicial (apensa). O feito foi suspenso para julgamento conjunto com a principal, da qual é dependente.

3. Admitidos e preparados os embargos, no prazo legal do artigo 191 do Código de Processo Civil, comparece o Estado do Rio Grande do Sul para impugná-los, pelas razões adiante deduzidas.

II. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A — PRELIMINARES

4. Não houve divergência no julgamento das preliminares suscitadas; o voto vencido cingiu-se à matéria de mérito, exclusivamente, cujo conhecimento é devolvido a esse Colendo Grupo Cível.

B — DO MÉRITO

5. A respeitável sentença de 1.^a instância, que o autor — ora embargante — pretende reconstituir, partiu de duas premissas para solucionar a questão de mérito:

a) a determinação do regime jurídico a que estava submetido o réu, como Ajudante-Substituto;

b) a natureza do benefício que é a licença para tratamento de saúde.

5.1. Com relação à primeira, concluiu que o réu é “Funcionário Público”.

5.2. Sobre a segunda entendeu que a licença para tratamento de saúde “é nitidamente previdenciária, constituindo-se o benefício em um direito constitucional aos trabalhadores, “ex vi” do disposto no artigo 165 da Constituição Federal”.

CONCLUSÕES CONFLITANTES ENTRE SI

6. Há evidente paradoxo entre as duas conclusões.

Se é “Funcionário Público”, não poderia ser invocada a **natureza previdenciária** da licença para tratamento de saúde, como um **benefício** elevado à categoria de direito constitucional do **trabalhador**.

7. Reitera o embargante a afirmativa da inicial de que o **Ajudante-Substituto é funcionário público efetivo e estável** e que há lacuna na legislação estadual no que concerne ao pagamento de licença-saúde ao mesmo.

7.1. Aliás, em exaustivo trabalho de pesquisa — que o ilustrado procurador do Autor denominou “um repasse cronológico da legislação” — fez-se um retrospecto que iniciou com a organização judiciária da lei estadual n.^o 10, de 16/12/1895 (fls. 6) e que serviu para a conclusão (fls. 12, item 14) de que “O ajudante ou ajudante-substituto dos ofícios de justiça, sempre nomeado pelo Governador do Estado — é **um funcionário público, provido em função, não em cargo público**”. E que “Inarredável a característica de ser, até então, um funcionário público, tanto que se lhe reconheceu o direito à aposentadoria”. (Lei n.^o 964, de 03/01/1950 — artigo 1.^o e artigo 6.^o).

7.2. Entretanto, continuou o ajudante-substituto com sua peculiar forma de remuneração: pago pelo titular do ofício, conforme contrato sujeito à homologação pelo Juiz de Direito da Comarca ou Diretor do Foro.

CONCEITO DOUTRINÁRIO E DEFINIÇÃO LEGAL DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO

8. Para o mestre Hely Lopes Meirelles,

“Funcionários Públicos são servidores legalmente investidos em cargos públicos da Administração Direta e sujeitos às normas do Estatuto da entidade estatal a que pertencem. O que caracteriza o funcionário público dos demais servidores é a titularidade de um cargo criado por lei, com denominação própria, em número certo e pago pelos cofres da entidade estatal em cuja estrutura se enquadra (cargo público). Pouco importa que o cargo seja de provimento efetivo ou em comissão: investido nele, o servidor é funcionário público, sob regime estatutário, portanto.” (in *Direito Administrativo Brasileiro* — 4.^a Ed., 1976. Revista dos Tribunais. São Paulo, p. 370. Grifou-se).

8.1. Esse conceito doutrinário é pacificamente aceito tanto que se transformou em direito legislado através da definição legal de funcionário público, assim no Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União (Lei n.^o 1.711, de 28/10/52 — artigo 2.^o) como no Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado (Lei n.^o 1.752, de 22/02/52 — artigo 2.^o).

9. O réu foi admitido em 1.^o/02/1956 (fls. 35). Portanto, já na vigência da Lei n.^o 1.752, de 22/02/52.

AJUDANTE-SUBSTITUTO NÃO É FUNCIONÁRIO PÚBLICO

10. O réu, em sua condição de Ajudante-Substituto, jamais ocupou cargo público (é o próprio autor quem admite que o mesmo foi provido em função, não em cargo público — fls. 12).

10.1. Os salários do réu sempre foram pagos pelo autor e não pelos cofres públicos estaduais.

10.2. Nem é estável em cargo de provimento efetivo.

A afirmativa do autor de que o réu “é funcionário público efetivo e estável” (fls. 241) evidencia um equívoco de conceitos.

É Hely Lopes Meirelles quem preleciona:

"Estabilidade é a garantia constitucional de permanência no serviço público, outorgada ao funcionário que, nomeado em caráter efetivo, tenha transposto o estágio probatório". E mais adiante:

"A nomeação em caráter efetivo é a condição primeira para a aquisição da estabilidade. A efetividade, embora se refira ao funcionário, é apenas um atributo do cargo, concernente à sua forma de provimento." (op. cit., p. 407).

E conclui o mestre:

"Não há de confundir efetividade com estabilidade, porque aquela é uma característica da nomeação, e esta é um atributo pessoal do ocupante do cargo, adquirido após a satisfação de certas condições de seu exercício. A efetividade é um pressuposto necessário da estabilidade. Sem efetividade não pode ser adquirida a estabilidade." (ibidem p. 408).

A efetividade sendo um atributo do cargo, que diz com sua forma de provimento, não pode existir no caso do réu, pela simples razão de que o mesmo não titulou cargo algum, muito menos de provimento efetivo.

Por essa mesma razão o mesmo não adquiriu estabilidade no serviço público, pois a titulação em cargo de provimento efetivo é pressuposto desta, ao lado do preenchimento dos requisitos relativos ao estágio probatório, nos primeiros dois anos de exercício. O réu **foi estabilizado na função, de forma anômala**, por força de lei.

10.3. É certo que o réu foi "nomeado" para a função de Ajudante-Substituto.

Mas também é certo que houve impropriedade de termos da lei ao prever nomeação, quando deveria, com mais rigor técnico, ter usado a expressão "designação", que seria a adequada para o caso: designação para a função e não nomeação para a função.

10.4. Também não conforta a tese do autor a assertiva de que o réu é funcionário público, tanto que se lhe reconheceu o **direito à aposentadoria**.

A aposentadoria não é elemento integrante do conceito de funcionário público, nem de sua definição legal, em cujos termos não está presente.

Aposentadoria é um direito do funcionário e não um pressuposto de sua existência.

E é um direito que não é privativo dos funcionários públicos. Outras categorias de agentes, públicos ou não, também se aposentam. Inclusive os trabalhadores regidos pela CLT.

10.5. Nem se diga que a aposentadoria dos servidores da justiça de um modo geral e dos Ajudantes-Substitutos em particular é idêntica à dos funcionários públicos.

Foi a Lei nº 964, de 03/01/1950 (citada, aliás, pelo autor) que veio assegurar aos mesmos **aposentadoria como garantia previdenciária**, segundo um sistema específico, com **reajustes periódicos e mediante contribuições obrigatórias** (2% sobre os proventos e 4% sobre as custas).

Essas contribuições, instituídas para atender aos encargos da aposentadoria, constituem a categoria conhecida no direito tributário como "contribuições parafiscais".

E o Código de Organização Judiciária de 1957 (Lei nº 3.119, de 14/02/57 — artigo 656, § 3º) manteve o sistema de **revisão periódica** dos proventos da aposentadoria.

Para os Ajudantes-Substitutos esse sistema, **a rigor**, deixou de existir desde o momento em que foi baixada a chamada Lei Orgânica da Previdência Social (Lei Federal nº 3.807, de 22/08/1960) já que os mesmos passaram a ser beneficiários obrigatórios do sistema previdenciário nacional.

Para os demais servidores da justiça o sistema previdenciário próprio de aposentadoria vigorou até a Lei nº 6.617, de 23/10/73, que modificou a Lei nº 5.255/66, respeitada a situação dos que não optaram pelo novo sistema, cujo direito adquirido foi ressalvado.

10.6. Portanto, o réu não preencheu nenhum dos requisitos para ser funcionário público: não foi nomeado para cargo público; não cumpriu estágio probatório em cargo de provimento efetivo e, portanto, não se tornou estável no serviço público estadual: foi considerado **estável na função**, por força de lei, não se podendo confundir essa estabilidade anômala com a estabilidade normal, do funcionário público, no serviço público, uma vez vencido o estágio probatório; não recebeu seus salários dos cofres públicos estaduais.

10.7. Assim, **NEM É FUNCIONÁRIO PÚBLICO, NEM É EFETIVO NEM ESTÁVEL NO SERVIÇO PÚBLICO**.

POSIÇÃO DO AJUDANTE-SUBSTITUTO COMO AGENTE PÚBLICO

11. Hely Lopes Meirelles (op. cit.) faz a mais completa classificação dos **Agentes Públicos**, que se dividem em agentes políticos, **agentes administrativos**, agentes honoríficos e **agentes delegados**.

Os **agentes administrativos**, por sua vez, se subdividem em **servidores públicos da Administração Direta**, servidores autárquicos e dirigentes paraestatais.

E os **servidores públicos da administração direta** se subdividem em **funcionários públicos nomeados (estatutários)**, servidores admitidos para serviços temporários, servidores contratados em regime especial para funções técnicas especializadas e servidores contratados no regime da CLT para funções comuns.

A categoria "Funcionário Público", como se vê, constitui subdivisão da subespécie servidores públicos da Administração Direta, da espécie agente administrativo, do gênero agente público.

O Ajudante-Substituto, por suas características e peculiaridades, nem é agente administrativo e muito menos funcionário público.

AJUDANTE-SUBSTITUTO É AGENTE DELEGADO

11.1. Segundo Hely Lopes Meirelles, agentes delegados:

"são particulares que recebem a incumbência da execução de determinada obra ou serviço público e a realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante. Esses agentes não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia, constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público. Nessa categoria se encontram os concessionários de permissionários de obras e serviços públicos, os serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, e demais pessoas que recebem delegação para a prática de alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo". (Op. Cit., p. 60/61 — grifei).

11.2. Essa, pois, a correta natureza jurídica do Ajudante-Substituto: não são servidores públicos nem representantes do Estado: constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público. Executam serviço público, por delegação do Estado, mas o fazem em nome próprio. Entretanto, devem observar as normas traçadas pelo delegante, sob cuja fiscalização permanente desenvolverão sua atividade.

11.3. É, pois, um **agente delegado** — espécie do gênero **Agente Público**.

REGIME PREVIDENCIÁRIO DO AJUDANTE-SUBSTITUTO

12. Inicialmente — como se viu no item 10.5. — os Ajudantes-Substitutos, exclusivamente para efeito de **aposentadoria**, ficaram submetidos a um **regime previdenciário próprio** (Lei nº 964/50).

12.1. A partir da Lei Orgânica da Previdência Social (Lei Federal nº 3.807/60), a rigor, os mesmos passaram a beneficiários e contribuintes obrigatórios da previdência social.

12.2. Não se afirme que incide, no caso, o disposto no artigo 3º, item I, da Lei nº 3.807/60, que excluiu do sistema "os servidores civis e militares da União, Estados, Municípios e dos Territórios, bem como os das respectivas autarquias, que estiverem sujeitos a regimes próprios de previdência".

E não incidiu por duas razões:

a) os Ajudantes-Substitutos não eram nem são "servidores civis dos Estados", como se demonstrou nos itens 10 e 11; são, isso sim, **agentes públicos delegados**.

b) mesmo que fossem "servidores civis dos Estados", não estavam sujeitos a regime próprio de previdência.

Estavam amparados, apenas, por regime **previdenciário próprio, para fins de aposentadoria** (vide item 10.5.).

E o próprio INPS sempre entendeu como "regime próprio de previdência social" o que assegurasse, pelo menos, os dois benefícios básicos: **aposentadoria e pensão**.

12.3. A Lei nº 5.255, de 30/07/66, contrariando a legislação federal, incluiu os servidores da justiça como associados obrigatórios do IPERGS.

Não poderia fazê-lo, contudo. Tanto porque conflitava com a lei federal, de maior hierarquia, como porque o IPERGS, mesmo aos que fossem servidores públicos, não assegurava aposentadoria; o benefício previsto na legislação do IPERGS era (como é até hoje), apenas a pensão.

12.4. Três dias depois, entretanto, entrou em vigor o novo Código de Organização Judiciária, por força da Lei nº 5.256, de 02/08/66, que determinou em seu artigo 797:

"Ficam os titulares de ofícios de justiça, remunerados por custas, ou por custas e vencimentos, obrigados a filiar, a Instituto de Aposentadoria e Pensões, contribuindo como empregadores, a quantos com eles mantenham contrato de trabalho, homologado ou não." (grifou-se).

Mais uma vez descabe razão a alegação feita pelo autor de que o réu não se enquadrava nessa situação por ser funcionário público.

12.5. E o Código de Organização Judiciária de 1970, baixado com a RESOLUÇÃO Nº 1, de 26/08/70, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, manteve essa mesma orientação.

12.6. Sem pertinência a argumentação de que o réu estaria incluído na "categoria especial" a que se refere o artigo 189 do COJE de 1970, porque tal dispositivo se refere aos que, nomeados na forma da legislação anterior, **titulavam cargos**, que **seriam extintos** à medida em que vagassem.

É de se perguntar: como se vai titular ou extinguir o que nunca existiu?

E, note-se mais uma vez, foi o próprio autor quem admitiu que o ajudante-substituto foi provido em função e não em cargo público (fls. 12 — item 14, letra a).

Ademais, ainda que se admitisse, "ad argumentandum", que o réu estava incluído na "categoria especial", mesmo assim não estaria desobrigado da filiação ao INPS, que decorre, inclusive, da legislação federal.

12.7. De outro lado, a disposição da Lei nº 5.255/66, que considerou associados obrigatórios do IPERGS, os servidores da justiça, mesmo os empregados, foi revogada pelo COJE que se lhe seguiu (Lei nº 5.256/66, conforme se disse no item 12.4.). E a revogação se deu tanto porque se trata de lei posterior, como de lei especial.

12.8. Apesar disso, havia interpretações contraditórias, até que a Lei nº 6.360, de 20/12/71, pôs fim às dúvidas sobre a filiação de "empregados" da Justiça à Previdência Social, excluindo-os da condição de associados obrigatórios do IPERGS e, conseqüentemente, possibilitando a sua inscrição no INPS.

12.9. Neste passo é oportuno transcrever-se parte da justificativa ao Projeto de Lei nº 112/71, que originou a Lei nº 6.360/71.

Não sendo servidores do Estado nem regidos pelos preceitos estatutários, defesa lhe é, por via de consequência e dentro do espírito da própria legislação previdenciária, a filiação a órgão estadual de previdência.

Por outro lado, inseridos na categoria de empregados por determinação do artigo 2º da Lei Orgânica de Previdência Social (Lei Federal nº 3.807, de 22/08/60), combinado com o artigo 7º da Consolidação das Leis do Trabalho, são os mesmos beneficiários obrigatórios do sistema previdenciário nacional, consoante acertadamente ordena, aliás, em seu artigo 228, o Código de Organização Judiciária do Estado.

Sobre harmonizar-se com a Constituição e com a legislação federal, o projeto se revela, nesta parte, inegavelmente oportuno, vindo corrigir disposição dissonante do contexto da Lei nº 5.255/66, inconciliável com a legislação estatutária e com a Lei Orgânica da Previdência Social". (O.O.E. de 20/12/71, p. 2).

12.9. Por fim, resta referir a Portaria nº 29, de 12/09/75, do Secretário da Previdência Social, baixada em cumprimento aos termos da Lei nº 5.890, de 08/06/73 e do Decreto nº 72.771, de 06/09/73 (Regulamento do Regime de Previdência Social), que dispôs em seu item 3, letra c, o seguinte:

"— são segurados obrigatórios do INPS, entre outros:

c) o pessoal contratado por titular de serventia da Justiça sob o regime da legislação trabalhista e qualquer pessoa que lhe preste serviços remunerados sob sua dependência, sem relação de emprego com o Estado."

12.10. Portanto, dúvida não resta de que o **regime previdenciário do Ajudante-Substituto** é o da **Previdência Social Nacional**.

AMBIGÜIDADES DO ORDENAMENTO JURÍDICO DETERMINARAM A PECULIAR SITUAÇÃO DE FATO DOS AJUDANTES-SUBSTITUTOS

13. Com efeito, embora os Ajudantes-Substitutos não sejam funcionários públicos, o certo é que a eles foram atribuídas algumas vantagens estatutárias, em sucessivas leis, especialmente pelo COJE de 1966.

13.1. De outra parte, a filiação obrigatória ao IPERGS — determinada pela Lei nº 5.255/66 — embora ilegal, criou situação de fato que não mais se alterou, em que pese a revogação posterior implícita pela própria Lei nº 5.256/66 (COJE) e expressa pela Lei nº 6.360/71 (vide itens 12.7 e 12.8).

Por isso, mesmo contrariando a doutrina, a lei e o próprio sistema previdenciário nacional, permaneceram os Ajudantes-Substitutos, até então admitidos, vinculados ao Instituto de Previdência do Estado — IPERGS.

E nessa situação se encontrava o réu, quando originou-se esta demanda.

NÃO HÁ LACUNA NA LEI NEM SUBSTITUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO ÔNUS DE REMUNERAR LICENÇA-SAÚDE

14. O autor-embargante pretende ver declarada a inexistência de vínculo com o réu, que o obrigue a remunerá-lo durante período de licença para tratamento de saúde, sob a alegação de que a lei não prevê tal pagamento.

E chegou a afirmar a fls. 15 (item 23), que houve "lacunas na legislação, entre as quais aquela que interessa primordialmente ao desate desta demanda: — jamais ficou estipulado de modo expresso em qualquer dessas leis, a partir de 1895, quem seria o responsável pelas vantagens pecuniárias do ajudante ou ajudante substituto no caso de seu afastamento do exercício das funções em decorrência de licença ou licenças para tratamento de saúde". (sic).

14.1. Data maxima venia, não podemos concordar com tal assertiva, face o que dispõe, **expressamente**, o artigo 799 do COJE de 1966 (Lei nº 5.256, de 02/08/66), ainda em vigor na parte estatutária dos servidores da justiça:

*Art. 799 — Enquanto os **auxiliares** e empregados da justiça não estiverem vinculados a entidade que **assegure integralmente os direitos previdenciários, tais como ônus caberão aos titulares dos cargos e funções, admitido o desconto da contribuição até no máximo permitido em lei, para entidade previdenciária e assistencial criada pelos servidores da Justiça.***

14.2. Ora, de acordo com o artigo 649, item III, letra a, da mesma Lei nº 5.256/66, os **ajudantes-substitutos** foram enquadrados na categoria dos **auxiliares da Justiça**.

Além disso, pelas razões já referidas, os ajudantes-substitutos, que se encontram na mesma situação do réu, permaneceram vinculados ao IPERGS, que só assegurou, como direito previdenciário, a **pensão**.

Houvesse sido cumprida a lei e os mesmos estariam filiados ao Sistema Previdenciário Nacional, que lhes asseguraria o **direito previdenciário ao auxílio-doença**.

14.3. Como isso não ocorreu, incidiu a previsão do artigo 799 acima transcrito, pois os referidos auxiliares da Justiça jamais se vincularam a entidade que lhes assegurasse o direito previdenciário ao auxílio-doença, **cabendo assim, aos titulares dos cargos (caso do autor) suportar o ônus de tais direitos.**

E não importa que tal direito se apresente com o "nomem juris" de Licença para Tratamento de Saúde, face a peculiaridade da situação jurídica dos ajudantes-substitutos, como foi exaustivamente demonstrado.

Não há, pois, a lacuna apontada na lei, nem se verifica a inversão do ônus de remunerar licença-saúde.

14.4. Há, isso sim, previsão expressa de que o ônus do pagamento de licença-saúde, ausente entidade previdenciária que o assegure, incumbe, sem dúvida, ao titular do cargo. No caso, o autor-embargante.

14.5. E não havendo lacuna na lei, não há porque invocar-se solução pelo processo de integração analógica, não tendo sentido o recurso do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

III. DO PEDIDO

ANTE O EXPOSTO, espera o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL sejam rejeitados os Embargos opostos, mantendo-se o venerando acórdão embargado, com o que se estará reiterando o império da JUSTIÇA!

PORTO ALEGRE, 26 de janeiro de 1982.

CORREÇÃO MONETÁRIA DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CONTESTAÇÃO

REJANE BRASIL FILIPPI
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA SEGUNDA VARA
DA FAZENDA PÚBLICA

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos da Ação Consignatória que
lhe move SUL AMÉRICA AGRÍCOLA S. A., vem, em contestação, dizer a Vossa
Excelência o que segue:

1. Em 26 de dezembro de 1978, a demandante aumentou seu capital social, arquivada a respectiva ata na Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul.
2. À época, a SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS conferiu à loja de sua propriedade no Edifício Aplub, sito nesta Capital na Rua Riachuelo nº 1247, Esquina Largo João Amorim de Albuquerque nº 30, o valor de Cr\$ 4.680.000,00.
3. Por força do artigo 36 do C. T. N. não incidiu o imposto de transmissão sobre a operação citada.
4. Em momento posterior, segundo a Autora, caracterizou-se a hipótese de incidência prevista no "caput" do artigo 37 do C. T. N. por ter se verificado atividade preponderante de comercialização imobiliária, nos termos dos parágrafos 1º, 2º e 3º do mesmo dispositivo.
5. Pretendeu pagar, então, o imposto devido, esbarrando na oposição do Fisco que manifestou desejo de receber o respectivo valor acrescido de correção monetária. Por este motivo promoveu contra o Estado do Rio Grande do Sul a presente ação.

INTRODUÇÃO

SÉCULO XX — ERA DA INFLAÇÃO

6. A inflação é fenômeno antigo, ligado a abundância do meio circulante e seu conseqüente, a elevação geral dos preços.

No século XX, o fenômeno acentuou-se e AMÍLCAR ARAÚJO FALCÃO (A inflação e suas conseqüências sobre a Ordem Jurídica) escreveu que ela *"atingiu quase todos os países, adquirindo caráter duradouro, às vezes endêmico, apresentando-se com uma profundidade e intensidade sem precedentes"*.

No Brasil, o problema atinge limites extremos, cujas conseqüências são até o momento incalculáveis, com reflexos na ordem jurídica. A opção brasileira face ao fenômeno da depreciação da moeda foi a de *"criar um direito transitório tendente a minorar ou suavizar certas conseqüências jurídicas da inflação"*, sendo a correção monetária dos débitos e valores em moeda a técnica para alcançar este objetivo.

Depois de definir a **moeda** como mecanismo do Estado, que a imprime e lhe atribui valor determinado (valor impositus), *"de modo que ela passa a exercer aquele seu poder aquisitivo indiferenciado, que se traduz pela fungibilidade absoluta, pela perfeita neutralidade e pela liquidez contratual"*, o tributarista esclarece que a este poder aquisitivo geral da moeda, se opõe o poder aquisitivo específico, traduzido em cada relação de troca, *"pela relação entre o número de unidades monetárias e a quantidade de bens que se permutam um pelo outro. É este poder de compra efetivo que constitui o valor da moeda"*. (Pág. 55)

7. AMÍLCAR ARAÚJO FALCÃO cita algumas vicissitudes que provocam a inflação na ordem jurídica:

- a) aniquilamento dos credores de quantias fixas a prazo longo e médio;
- b) a ocorrência simétrica de um enriquecimento de devedores, que lucram pelo simples decurso do tempo que medeia entre o obrigar-se e o prestar.

Para neutralizar o fator tempo e a instável realidade monetária, introduziu-se nos contratos *"instrumento básico do comércio jurídico no mundo liberal e capitalista"*, uma fórmula de reajustamento ou revisão do valor das prestações. E, assim, começaram a ser utilizadas no direito brasileiro soluções para a cambiante moeda nacional.

Elaboram-se várias teorias, a da imprevisão, da teoria da base do negócio e da teoria das dívidas de valor, todas procurando solucionar casos de contratos que tivessem perdido seu fundamento econômico face à inflação.

Oestas, a mais aceita pela doutrina e jurisprudência foi a teoria das dívidas de valor, que distingue entre dívidas consistentes em uma quantia certa em dinheiro e dívidas que, embora expressas em moeda, têm no entanto, por objeto proporcionar a obtenção ou recuperação de bens, objetos ou valores determinados.

A teoria das dívidas de valor, embora abranja multiplicidade de casos (alimentos, indenização de danos por ato ilícito, etc.) aos quais não mais se aplica o nominalismo monetário, não solucionou integralmente a questão.

Paralelamente, a indexação passou a ser convencionalizada ou legalmente estabelecida através de índices de revisão automática correspondentes à depreciação da moeda (ORTN, salário mínimo). Com o decurso do tempo e acentuando-se o fenômeno da inflação, a correção monetária, como solução, comunicou-se aos demais institutos, tanto de direito público, como privado; *"cada vez"*, assinala o articulista, *"que o fator tempo interferia no pagamento de quantias expressas 'in pecunia' ou na determinação do valor dos bens, traduzido em moeda"*. Surgem, aos poucos, leis especiais que instituem a correção monetária em áreas específicas (desapropriação, alimentos, etc.).

A margem da legislação continua lentamente o trabalho construtivo da jurisprudência.

A LEI E O DIREITO JUDICIÁRIO

8. ARNOLO WALO foi assíduo comentador do tema correção monetária; ao analisá-lo mais uma vez no artigo *"A correção monetária na jurisprudência do S. T. F."*, (in Rev. PGE, 23/59), fez muito oportunamente interessante preâmbulo. Salienta ele que no Estado de Direito, *"cabe também à Suprema Corte o insubstituível papel de modernizar o direito, ou seja, adaptá-lo às novas condições sociais e econômicas e às aspirações do nosso tempo. Essa é a conclusão que se impôs em recente exame comparativo das funções dos tribunais supremos de vários países, nos quais se salienta que clarificar a norma jurídica importa sempre em modernizá-la, funcionando, na realidade o litígio entre as partes como simples pretexto a que a mais alta Corte do país possa, no interesse do direito, ou seja, no de todos os cidadãos, orientar os demais tribunais, encaminhando e retificando, sempre que necessário, a evolução do direito judiciário"*.

Ao justificar a sobrevivência de diplomas legislativos, como nosso Código Civil e Comercial, graças ao tratamento construtivo e modernizador do magistrado aos textos legais, o civilista se coloca em nítida oposição ao positivismo jurídico, que impõe ao juiz aplicação do direito como passagem da regra abstrata ao fato concreto por simples processo dedutivo.

Afinal, outro jurista, este professor da Universidade de Bruxelas, ao elaborar teorias relativas ao raciocínio judiciário (CH. Perelman, in *Méthodes du Droit, Logique Juridique, Nouvelle Rhétorique 2^e édition, Dalloz, 1979*), já sustentava que o sistema jurídico não é um sistema fechado, isolado do contexto cultural e político no qual se insere, ao invés dele sofre impulsionamentos constantes.

A elaboração do direito judiciário obedece a verdadeiro processo dialético, construindo sínteses entre a **legislação**, que evolui e se transforma respondendo às necessidades do meio político, econômico e social, e as decisões convincentes e satisfatórias quanto ao direito, porque juridicamente bem motivadas.

"Esta dialética, comprometida pela procura de uma solução convincente, instauradora da paz social, porque, a um só tempo razoável e conforme ao direito, coloca o poder judiciário em uma relação nova por referência ao Poder Legislativo.

Nem inteiramente subordinada, nem simplesmente oposta ao Poder Legislativo, ele (o Poder Judiciário) constitui um aspecto complementar indispensável, que lhe impõe um papel não somente jurídico, mas também político, o de harmonizar a ordem jurídica de origem legislativa com as idéias dominantes sobre o que é justo e equitativo em um meio dado. É a razão pela qual a aplicação do direito, a passagem da regra abstrata ao caso concreto não é um simples processo dedutivo, mas uma adaptação constante dos dispositivos legais aos valores em conflito nas controvérsias judiciais" (obra citada, p. 84).

9. Salienta-se sobretudo, o papel da jurisprudência como fonte criadora do direito em um país como o nosso onde, ao lado da legislação básica, tradicional, cuja estrutura, forma e instituições se mantêm inalteradas, floresceram leis esparsas e numerosas decorrentes de urgentes transformações no campo sócio-econômico. É um fenômeno comum aos ordenamentos jurídicos latino-americanos, consoante assinala o jurista mexicano EDUARDO MONREAL. (El Derecho como obstáculo al Cambio Social, siglo vinte e uno Editores, 5ª ed.)

Para que se possa fazer do direito instrumento adequado às necessidades das novas realidades sociais, políticas e econômicas surgidas da industrialização, tornaram-se necessários diplomas legais editados com caráter de urgência, que carecem de organicidade, têm defeituosa formulação técnica e não se harmonizam com o ordenamento sistematizado.

São as leis que regulam as sociedades anônimas, as relações de inquilinato, o arrendamento rural, o loteamento urbano, as desapropriações, a correção monetária, além de outras de cunho marcadamente social que visam o reconhecimento do direito das classes trabalhadoras, assistência e previdência social.

Essas leis coexistem com a legislação tradicional básica mas se trata de coexistência *"paralela sin que se produz a entra ambas una fusión o integración en un ordenamento sistemático único"* (op. cit. p. 24).

O que sucede? Uma ruptura no sistema jurídico nacional: conserva-se de um lado o sistema básico tradicional e se incorporam leis novas de sentido e conteúdo estranho e às vezes incompatível com a legislação codificada.

Para cimentar e harmonizar o conjunto de leis novas com o direito tradicional, há o trabalho da jurisprudência no sentido de abolir a dissociação e promover a interpretação de ambos os segmentos legislativos.

10. Quanto ao tema específico, correção monetária, informa o citado ARNOLD WALD, que o Supremo Tribunal Federal superou *"as divergências existentes em seu seio"*, realizando magnífica construção, através de inúmeras decisões sempre precedidas de amplo debate e que desembocaram na sua posição atual, que pode ser assim sintetizada:

"a) podem as partes livremente convencionar a correção monetária desde que não exista vedação expressa por norma de ordem pública;

b) a correção monetária não se confunde com os juros, pois ela é a atualização da própria dívida (31A);

c) em todos os casos de responsabilidade civil cabe a correção monetária. Embora a Súmula n.º 562 só se refira aos danos materiais causados por atos ilícitos, o entendimento do Supremo abrange, atualmente, qualquer tipo de dano causado, tanto nas hipóteses de responsabilidade delitual, extracontratual ou aquiliana, como nos casos de responsabilidade contratual;

d) nas desapropriações, o atraso da administração no pagamento da indenização devida justifica a correção monetária, não obstante o disposto na Súmula n.º 416;

e) a correção deve incidir até o efetivo pagamento de débito ou da indenização (Súmula n.º 561);

f) admite-se a correção monetária em virtude de aplicação analógica da lei, não se exigindo, pois, lei expressa para que a correção possa incidir". (art. cit. p. 69).

CORREÇÃO MONETÁRIA E OS OÊBITOS FISCAIS

11. Em tema tributário, a Lei Federal n.º 4.357/64 que instituiu a correção monetária foi editada em 16 de julho de 1964, permitindo até então inexistente atualização dos débitos fiscais. A lei do Estado do Rio Grande do Sul, precursora da correção monetária e que reproduz no seu artigo 4º, parágrafo único, a disposição do artigo 7º da lei federal, é a 4.757, de 9 de julho de 1964.

Outras leis posteriormente surgiram expressando a tendência de sair do nominalismo para o realismo monetário em matéria fiscal. Como por exemplo, o Decreto-Lei n.858, de 11 de setembro de 1969, que dispõe sobre a correção monetária dos débitos fiscais do falido.

Em relação aos demais temas, como a incidência da correção monetária da multa, já em 1977 o Supremo Tribunal Federal, repeliu o recurso interposto por con-

tribuinte, concluindo superado o dissídio jurisprudencial e decidindo no sentido de que "a correção monetária incide também sobre a multa fiscal, e não somente sobre o tributo. Reexame do tema pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Dissídio jurisprudencial superado". (Acórdão publicado na RTJ nº 81, p. 878/879).

Somente em 1980 foi editada Lei Estadual (nº 7.349/80) que determina a correção monetária no que se refere a multas lançadas por infrações.

Em 1980, no RE 84.578, de São Paulo (publicado na Revista Lex, p. 89, nº 20), a Primeira Turma da Suprema Corte decidiu aplicar **por analogia** a norma tributária do Estado-membro que concede a correção monetária para o caso previsto em seu texto aos **casos de restituição do indébito tributário**.

Assim, além de considerar inteiramente legítima a incidência da correção monetária sobre imposto e multa, o Supremo dá provimento a vários recursos visando a realização de nova avaliação de bens em processos de inventário e partilha, face à desatualização dos bens encontrados na primeira. A repetição da avaliação, até então só permitida nos expressos casos do artigo 1.010 do CPC (dolo, erro, etc.), passou a prevalecer:

"Imposto de transmissão causa mortis. Inventário. A jurisprudência do STF consagra o princípio da atualização do valor tributável, de modo a justificar-se, quando envelhecida significativamente a primeira, a realização de nova avaliação". (Rev. LEX, nº 30, p. 276, RE 93.707, RJ)

Significativamente, afirma o Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, em RE 80.093-Pleno DJ-2/1/77, que a correção monetária serve tão-somente para exprimir, por cifra diversa, o mesmo valor intrínseco.

De resto, vale sublinhar em rápidos traços a natureza da correção monetária, de modo a extremá-la da noção de mora, de ressarcimento ou sanção de ato ilícito.

A correção monetária de débitos fiscais não se configura:

a) como penalidade para o contribuinte, por descumprimento de deveres legais cuja ação ou omissão é contrária à lei;

b) não se relaciona com a mora, ou seja, atraso na prestação da obrigação tributária.

No primeiro caso, se impõe a aplicação de penalidade pecuniária (multa fiscal), no segundo, cabe a imposição de multa moratória (mora fiscal).

12. Na correção monetária prevalece a **nota da desvalorização da moeda** num período de tempo determinado e a necessidade de atualização dos valores a se-

rem pagos ao erário em função das alterações do poder aquisitivo no mesmo período. Tal correção é feita com a adoção de números-índices que correspondem à depreciação da moeda. Inexistindo variação da moeda, a correção não pode ser aplicada.

HECTOR B. VILLEGAS, professor da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Córdoba (Argentina) em artigo publicado na RDT nº 2, out/dez 1977, ao analisar a introdução no direito tributário argentino do sistema de correção monetária explica, precisamente, que as somas que se devam pagar como consequência de se aplicar a correção monetária não têm caráter de "penalidades y por ello es que durante periodos de estabilidad monetaria y con inflación cero, no se produciria incremento en las deudas derivado deste mecanismo. Tanto la existencia misma como la cuantia del incremento por indexación dependen, no de circunstancias relacionadas con la conducta omissiva o fraudulenta del deudor, sino de algo ajeno a el como es la marcha estabilizada o no de la economia. Es cierto que en algunos casos la corrección monetaria se origina, al igual que la penalidad, en un incumplimiento del deudor, pero contrariamente a lo que ocurre con la penalidad, el reajuste por indexación esta siempre condicionado a que el signo monetario se desvalorice por inflación. Además, mientras la penalidad es siempre consecuencia de violación a un mandato normativo, la indexación tributaria puede aplicarse aun cuando no haya violación alguna..." (p. 10).

INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 36 E 37 DO CTN

13. A norma jurídica tributária descreve fatos, situações de fato, conjunto de situações de fato, a cuja ocorrência na realidade o legislador vincula o nascimento de uma obrigação tributária.

Ocorre a incidência da norma quando concretamente acontecidos os fatos descritos na sua hipótese de incidência, relacionados com pessoa nela prevista, irradiando-se imediatamente efeitos jurídicos: a relação jurídica tributária eminentemente obrigacional, com seu conteúdo específico de direito e dever; de um lado, o direito subjetivo público do Estado de haver o tributo, e de outro o dever jurídico do sujeito passivo de prestá-lo. Tem-se configurado o tributo na sua acepção dinâmica, que PAULO DE BARROS CARVALHO (Teoria da norma tributária, p. 60/61, 2ª ed.) identifica com o próprio vínculo jurídico estabelecido entre o Estado (de regra o sujeito ativo) e o sujeito passivo.

Não-incidência é conceito relacionado com incidência e tem lugar quando os elementos descritos na lei não se concretizam, impedindo o surgimento da obrigação tributária.

"Ocorre a incidência da lei tributária", assinala JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES (in Isenções Tributárias, 2ª ed., 1980, p. 197, Ed. Sugestões Literárias), "quando

determinada pessoa ou coisa se encontra dentro do campo coberto pela tributação; dá-se a não incidência, diversamente, quando determinada pessoa ou coisa se encontra fora do campo de incidência da regra jurídica de tributação".

SOUTO MAIOR, ao estudar as isenções tributárias, considera o fenômeno de não incidência como fenômeno amplo, que abrange a não incidência legalmente qualificada (isenções), a constitucionalmente qualificada (imunidades) e, por fim, a não incidência pura e simples, que ocorre "quando inexistentes os pressupostos de fatos idôneos para desencadear a incidência automática e infalível" da norma sobre o seu fato gerador.

Ocorre, porém, em certos casos, que por simples expediente de técnica legislativa, o legislador refere a circunstância de ordem pessoal material, atos, fatos ou acontecimentos, esclarece ainda o tributarista, a fim de qualificá-los, não como fatos jurídicos (fatos geradores) mas para deixar claro que eles não estão abrangidos pela tributação.

Precisamente, a técnica usada pelo legislador no CTN ao definir no artigo 36 que o imposto sobre transmissão de bens imóveis e direitos a ele relativos (cuja h. i. está traçada no artigo anterior), **não incide** sobre a transmissão de bens ou direitos referidos no artigo anterior, nas seguintes situações:

"I — quando efetuada (a transmissão) para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito;

II — quando decorrente da incorporação ou da fusão de uma pessoa jurídica por outra ou com outra".

A norma do artigo 36 do CTN contempla hipótese de não incidência pura e simples para o fim de explicitar o suporte fático do tributo, declarando fatos (transmissão de imóveis destinada à incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital, etc.) não para considerá-los sujeitos ao tributo, mas para estabelecer que são irrelevantes, que não ingressaram no mundo jurídico.

Da interpretação conjunta, porém, dos artigos 36 e 37, resulta em considerar que a idéia do legislador expressa nos dispositivos consiste na fixação de um requisito para que ocorra a não sujeição ao imposto em questão de imóveis e direitos a ele relativos nos casos que estatui.

Já que a razão de ser da não-incidência do tributo nos casos de incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito, etc., (I, e II, art. 36) reside em promover o favorecimento da empresa, no sentido de sua capitalização, suprime-se este, por dispensável, quando a empresa se dedicar à comercialização imobiliária.

Daí porque o artigo 37 dispõe expressamente **que não se aplica o disposto no artigo anterior**, relativo a não-incidência, quando "a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação da propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição".

Configurada a prática preponderante pela pessoa jurídica adquirente de atos jurídicos de compra e venda e locação, incide o artigo 35 do CTN, ou seja, retorna-se à regra geral que faz incidir o tributo sobre as transmissões de imóveis, etc. Diante da **atividade específica e preponderante**, exaure-se a não-incidência, enquadrando-se a pessoa jurídica no fato gerador previsto em lei.

Pergunta-se: que fato gerador? Ocorrido em que época? Trata-se de um único fato gerador da obrigação tributária, ou seja, a transmissão imobiliária, ocorrida quando da conferência do imóvel ao aumento de capital promovido pela demandante.

Eis aqui o fato gerador típico (fattispecie típica) que dá lugar ao surgimento da obrigação tributária; é o pressuposto relevante para a produção desse efeito jurídico.

No caso dos autos, o fato gerador ocorreu no dia em que a demandante publicou a ata relativa ao aumento de capital para a qual concorreu o imóvel (Loja 12 da Rua João Amorim de Albuquerque) no valor de Cr\$ 4.680.000,00, ou seja, em 26 de dezembro de 1978.

Esta interpretação é a mais razoável e lógica, e se torna elucidada face ao § 3º do artigo 37 que expressamente **determina a aplicação da lei em vigor à época da aquisição**, reportando-se, pois, à época da ocorrência do fato gerador:

"Verificada a preponderância referida nesse artigo, tornar-se-á devido o imposto, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nesta data".

E seria incorreto argumentar que se transferiu para momento futuro a verificação da incidência ou não dos tributos como quer a demandante. E que, somente após o "decorso dos prazos legais, a partir da aquisição, é que nascerá a obrigação tributária". (inicial, fls. 7), ou seja, dos prazos previstos nos parágrafos 2º e 3º do art. 37.

Ora, os parágrafos 1º e 2º do art. 37 fornecem apenas meios e critérios para que o fisco estadual possa apurar o fato consistente no exercício de atividade preponderante de compra e venda ou locação de imóveis descrita no "caput" do mesmo artigo.

"§ 1º — Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo quando mais de 50% da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 anos anteriores e nos 2 anos subsequentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo.

§ 2º — Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior, levando em conta os 3 primeiros anos seguintes à data da aquisição”.

O elemento **tempo**, e outras circunstâncias mencionadas nos parágrafos citados não são constitutivos do fato gerador do imposto, são elementos exteriores ao fato gerador do imposto de transmissão que se define pelos aspectos tracados na sua hipótese de incidência; transmissão da propriedade de bens imóveis ou direitos a ele relativos (intervivos, causa mortis, etc.).

A integralização do aumento de capital mediante a incorporação da sala nº 12 do Largo João Amorim Albuquerque ao patrimônio da pessoa jurídica adquirente constitui o momento eleito pelo legislador para considerar configurado o fato gerador da obrigação tributária, apurada a base de cálculo (valor da transmissão à época), e a alíquota estabelecida na lei então vigente.

13. Assentado, pois, que o fato gerado da obrigação tributária tenha ocorrido no ano de 1978, e que, embora a ele se aplique a lei definidora da base de cálculo e alíquota (1%) vigente à época, torna-se perfeitamente lógico e cabível a indexação do montante de tributo assim apurado. Tanto mais, que o artigo 97, § 2º do CTN, que aqui pode analogicamente aplicar-se, estatui que *“não constitui majoração do tributo para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo”*. Em síntese: o princípio da reserva da lei tributária formal e material que rege a majoração de tributos não se considera afetado na hipótese de correção monetária, quer do quantum a pagar, quer da própria base de cálculo.

Trata-se, além disso, de orientação já firmada pelo STF que afastou-se, lenta mas definitivamente, do apego ao princípio da reserva da lei, admitindo, como bem afirma Arnold Wald, não só que a correção monetária não se confunde com os juros, pois que ela é a atualização da própria dívida, mas que também ela é admitida *“em virtude de aplicação analógica da lei, não se exigindo lei expressa para que a correção possa incidir”*.

No caso dos débitos fiscais, existe lei de caráter geral (Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964), bem como Lei Estadual nº 4.757, de 9 de julho de 1964, que determina a correção monetária dos débitos fiscais.

15. Finalmente, a atualização do tributo que recai sobre a transmissão imobiliária referente ao imóvel adquirido pela demandante não afronta o artigo 37 do CTN, que não a impede, proibindo, apenas a nova avaliação do bem transferido.

Demonstrado que a correção monetária não **altera** o valor do tributo, entende-se ser ela plenamente cabível no caso sob pena de causar a inflação o aniquilamento do credor (no caso o fisco estadual) e de conduzir ao ilícito enriquecimento do devedor.

O lucro do último consistiria na perda do valor aquisitivo da moeda constatada no período de 1978 até a presente data.

Note-se que o bem em questão, segundo avaliação, procedida em 24 de março de 1982, possui o valor atual de Cr\$ 25.627.500,00 (doc. anexo).

Requer a realização de prova pericial para o fim de apurar a ocorrência da preponderância da atividade prevista no artigo 37 do CTN.

Pede a improcedência da ação, condenada a autora nas cominações legais.

PORTO ALEGRE, 29 de abril de 1982.

AÇÃO DE USUCAPIÃO

CONTESTAÇÃO

ADNOR GOULART
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE DOM PEDRITO/RS.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pelo Procurador signatário, CONTESTANDO a AÇÃO DE USUCAPIÃO ajuizada por ALBERTO DUARTE FERNANDES e s/m ILDA CORREA FERNANDES vem respeitosamente perante V. Exa., para dizer e finalmente requerer o quanto segue:

PRELIMINARMENTE

É nulo todo o processado, até o presente momento, eis que o ora contestante não foi cientificado da realização da audiência de justificação de posse.

Com efeito, o instrumento que deve ser utilizado para dar ciência ao Estado é a CARTA PRECATÓRIA, e não a que foi utilizada pelos autores, seja a CARTA PELO CORREIO.

Sobre o assunto, assim se pronuncia SÉRGIO S. FADEL:

"A citação (cientificação) por CARTA PRECATÓRIA (grifei) da Fazenda Pública da União, do ESTADO (grifei) do Distrito Federal, do Território ou do Município, conforme o caso, para que manifestem interesse na causa, é absolutamente necessária "(in "Código de Processo Civil Comentado", arts. 890 a 1. 220, Tomo V, 1974, José Konfino - Editor, p. 81).

Não bastasse a utilização de instrumento inadequado à consecução do fim de que se cogita, verifica-se, ainda que, às fls. 18 dos autos, consta um aviso de recebimento, cujo destinatário é o Senhor Consultor-Geral do Estado (a designação correta é Procurador-Geral do Estado), tendo sido o recibo assinado, 30.03.1980, por uma pessoa chamada "TÂNIA". Conclui-se daí, que, nem por esse meio houve a cientificação, pois, aponta-nos a melhor doutrina deva ser a mesma, pessoal.

Afora isso, soa o artigo 2º da lei nº 5.898, de 23 de dezembro de 1969:

"O Estado será citado na pessoa de seu Consultor-geral (hoje Procurador-Geral)".

2) Nulo é, ainda, o presente feito, desde a sua origem, em vista de o imóvel objeto desta ação pertencer ao domínio do Estado do Rio Grande do Sul, e não terem

sido cumpridas as determinações legais pertinentes à citação do proprietário, na hipótese de o imóvel usucapiendo estar transcrito no Ofício de Imóveis, em nome de outrem.

Enuncia, a respeito, o artigo 942, II, do Estatuto Processual Brasileiro:

“Art. 942 — O autor, expondo na petição inicial o fundamento do pedido e juntando planta do imóvel, requererá:

I —
II — A CITAÇÃO PESSOAL DAQUELE EM CUJO NOME ESTEJA TRANSCRITO O IMÓVEL USUCAPIENDO (grifei), bem como dos confiantes e, por edital, dos réus ausentes, incertos desconhecidos, observado, quanto ao prazo o disposto no art. 232, item IV”.

No mesmo sentido, reiterados pronunciamentos de nossos Tribunais, como é o caso dos Acórdãos nºs 4.588 e 583, ambos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, e 7.304 do Tribunal de Alçada de Minas Gerais

Ressalve-se, de início que, face à ausência da citação determinada no regramento acima estampado, o prazo para que os postulantes contestem a ação, ainda não teve seu curso iniciado.

Induvidoso, ainda, é que, a ausência da citação a que alude o dispositivo em relevo, inutiliza todos os atos praticados, **ex vi** do artigo 214 da Lei Processual.

Aliás, a respeito do assunto, o requerente não encontrou sequer uma opinião discordante entre os autores.

Quanto à titularidade do domínio do terreno, por parte do Poder Público Estadual, é ela incontestável, à vista dos elementos de fato e de direito que, a seguir apresentará:

Primeiramente, do exame da certidão do Registro de Imóveis, constante de fls. 7 (sete) dos autos, constata-se que os autores não provaram a inexistência de transcrição da área.

Se tal certidão não é positiva, negativa também não é!

E, caso houvesse o Cartório do Registro de Imóveis consignado em dito documento a realidade dos fatos, apareceria pré-falado bem, como integrando um todo maior, de propriedade do Estado do Rio Grande do Sul

De fato, através de Formal de Partilha, expedido pelo Juízo da Comarca de Dom Pedrito, foi adjudicada ao ora peticionário (DOC. nº 1), parte dos bens ficados por falecimento de RUFINO SILVEIRA DE SENNE, para a satisfação dos créditos fazendários daquele.

A Carta de Adjudicação, extraída em 20.07.1932, foi transcrita no Cartório do Registro de Imóveis da mesma Comarca, às fls. 95, do Livro 3-H, sob o número de ordem 1.490, em 26 de setembro de 1932 (DOC. Nº 2).

Como o imóvel adjudicado estava em Condomínio com os demais herdeiros sucessores do aludido espólio, providenciaram os mesmos na divisão da área, consignando-a em Escritura Pública de Divisão e Localização, lavrada no 2º Tabelionato, sempre da mesma Comarca, em 15.07.1939, a qual FOI AVERBADA À MARGEM DO REGISTRO ANTES CITADO, (DOC. Nº 2) tocando ao Estado do Rio Grande do Sul, a seguinte gleba:

“UM TERRENO de forma irregular, com a área total de 3.085,00 metros quadrados, medindo 33,20 metros de frente ao **Sul**, à rua Moreira Cesar; limitando, à **Oeste**, onde mede 61,00 metros de extensão da frente ao fundo, com imóvel do Dr. José Tude de Godoy; e, pela divisa **Leste**, 26,40 metros, na direção **Sul-Norte**, a partir do alinhamento da rua Moreira Cesar; daí, na direção **Oeste-Leste**, medindo 26,40 metros, sempre dividindo com propriedade de Belo Melo, até encontrar a propriedade de Trajano Pereira; continua daí, novamente na direção **Sul-Norte**, numa extensão de 11,00 metros, e depois, novamente na direção **Oeste-Leste**, com 24,20 metros, sempre dividindo com propriedade de Trajano Pereira; finalmente, na direção **Sul-Norte**, numa extensão de 26,40 metros, dividindo com imóvel de Alfredo Echeverria, até encontrar, ao **Norte**, a estrada de rodagem que vai desta cidade a São Sebastião e Bagé, em cujo alinhamento mede 82,70 metros”.

Conforme o requerente frisou alhures, o imóvel, cuja declaração de propriedade pretendem os autores, está localizado dentro de um todo maior, pertencente ao Domínio Público Estadual. E aqui está a causa, em vista de que não existe coincidência absoluta entre a descrição do terreno do Estado e a que consta da inicial.

Afora isso, não se perca de vista que a Escritura de Divisão a que acima se fez referência, data de 15.07.1939 e, por consequência, é extremamente provável tenha havido alienações, por parte dos antigos lindeiros da área do Estado. Ora, a descrição feita pelos autores, certamente citou os atuais possuidores das terras que limitam com o terreno usucapiendo.

Não bastassem tais circunstâncias, o mapa juntado pelos autores (fls. 9), no que respeita as ruas que formam o quarteirão onde se situa o terreno, está incorreta com exceção da rua Moreira Cesar. Quanto às demais, houve confusão das denomi-

nações. Senão vejamos: a artéria que aparece no mapa como sendo a rua Pedro Cezarino, na realidade é a Coronel Jacinto Pereira; a que ali consta como Jacinto Pereira, é a Pedro Cezarino; a que é denominada pelos autores como rua Marechal Deodoro é, na realidade, a estrada que vai de Dom Pedrito a São Sebastião e Bagé.

Tal confusão, somada aos fatos anteriormente apontados, fazem com que, aparentemente se esteja diante de imóveis localizados em lugares diversos.

Para desfazer essa impressão, os postulantes juntam ao presente, um mapa que espelha realidade dos fatos (DOC. N.º 3), e onde fica extrema de dúvida, que os autores estão tentando usucapir terras do domínio público estadual.

3) Argúe, ainda, o peticionário, a nulidade da citação dos confrontantes, pelos seguintes motivos:

a) Os confinantes, Dr. José Tude de Godoy e s/m foram citados na pessoa de sua filha (cf. doc. de fls. 22-verso), alegando o Sr. Oficial de Justiça "encontrarem-se os mesmos enfermos e acamados".

Ora, o artigo 942, II, do Código de Processo Civil é claro ao determinar que a citação dos confinantes deva ser pessoal; logo, nula é a citação dos lindeiros em causa, em vista da forma como foi levada a termo.

b) Quanto ao confrontante Macário Maciel, citado na pessoa de seu procurador, não declinou o Sr. Oficial de Justiça se lhe foi exibido o correspondente mandado, e, caso tenha sido, se no mesmo estavam declarados expressamente os poderes para receber a citação.

Além de que, como os autores não qualificaram os confrontantes, torna-se impossível averiguar qual o estado civil de aludido cidadão; se casado, teria que ter sido citada sua esposa, pena de nulidade do ato citatório.

c) Tocante aos lindeiros Sucessão de Machado e Turíbio dos Santos, omitiu o serventuário em foco qualquer menção à condição de representante legal de pre-falados espólios, não se sabendo, em consequência, se a pessoa citada (D. Flordelina Machado V. dos Santos) estava ou não investida dos poderes inerentes à posição de inventariante.

Se não estava, obviamente que sua citação é nula, **pleno jure**.

d) Finalmente, no que respeita à confinante, LUCIANA DOS SANTOS, certifica o funcionário em tela que

"Deixo de citar Luciana dos Santos, que não reside no local, e segundo informaram os moradores não tem propriedade ali, não sendo até a presente data possível sua localização".

Aqui, a hipótese nem é de nulidade, e sim, de inexistência de citação; mas, de qualquer maneira, claro está que tal ausência viciou todos os atos posteriores.

FACE O EXPOSTO, REQUER a V. Exa., declare a nulidade de todos os atos até o momento praticados, para os efeitos e sanções cominadas pela lei.

Por derradeiro, é de serem julgados os autores carecedores de ação, por pretenderem ver declarada a prescrição aquisitiva sobre objeto juridicamente impossível.

Efetivamente, está provado, à sociedade, que o prédio sobre o qual versa a presente ação é do domínio público.

Diz o artigo 145, II da Lei Civil Brasileira:

"É nulo o ato jurídico:

- I —
- II — quando for ilícito, ou impossível, seu objeto".

Doutrinariamente, é consagrada a dicotomia, segundo a qual, a impossibilidade do objeto, tanto pode ser física, como jurídica, sendo que, esta última é aquela que se consubstancia no fato de tal bem contrariar a lei, a ordem pública ou os bons costumes.

Em consequência, na hipótese vertente incide, com toda força, o artigo 295, I e o inciso III de seu parágrafo único, do texto processual pátrio, **verbis**:

"Art. 295. A petição inicial será indeferida:

- I — quando for inepta;
 - II —
 - III —
 - IV —
 - V —
 - VI —
- § único. Considera-se inepta a petição inicial quando:
- I —
 - II —
 - III — o pedido for juridicamente impossível;
 - IV —

Está-se, aqui, em presença de típica situação configuradora de carência de ação.

Discorrendo sobre disposição de idêntico conteúdo da presente, e que se continha em nosso Estatuto Processual anterior, assim prelecionava JOSÉ FREDERICO MARQUES:

"A impossibilidade jurídica do pedido está implicitamente prevista no artigo 160 quando o texto se refere à petição manifestamente inepta como causa de indeferimento liminar do pedido do autor para instaurar-se o processo. O caso mais patente de petição inepta de modo manifesto, é justamente o que contém pedido não apto a produzir efeitos jurídicos por assentar-se em pretensão não admitida pelo direito objetivo.

Faltando quaisquer das condições mencionadas, o JUIZ DECIDIRÁ PELA CARÊNCIA DA AÇÃO (grifei).

Sem que o autor proponha a ação com a observância das condições mencionadas, não tem ele, como nota BULOW, o poder de agir, o que corresponde ao conceito difundido na prática forense da carência de ação "(in Instituições de Direito Processual Civil", Vol. II, 3ª edição revista, Forense, Rio, p. 42).

E não se diga que a alegação dos ora requerentes é desarrazoada, acenando-se com a possibilidade de aquisição de bens públicos pela incidência da prescrição aquisitiva sobre os mesmos.

Afirmção nesse sentido não encontra agasalho, quer na lei, na doutrina ou nos reiterados pronunciamentos de nossos Pretórios.

Assim, diz CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

"Diante da incerteza na interpretação, e dos riscos a que se achavam expostos bens públicos, sujeitos ao apossamento privado, que as dificuldades de fiscalização não conseguiam evitar, o legislador cogitou especialmente do problema, afirmando a imprescritibilidade através dos decretos n.ºs 19.924, de 27 de abril de 1931, e 22.785, de 31 de maio de 1933, ficando expresso que os bens públicos, qualquer que seja a sua natureza, não são passíveis de usucapião "(in Instituições de Direito Civil", vol. I, Forense, Rio, 3ª edição, p. 264).

Não é outra a lição de CLÓVIS BEVILÁQUA, em sua obra "Código Civil" (Vol. I, Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1916, p. 319), na qual ensina:

"Os bens públicos, em face do que prescreve o art. 67, são isentos de usucapião, porque não podem sahir do patrimônio da pessoa jurídica de direito público, senão pela forma, que a lei prescreve, e o usucapião pressuppõe um bem capaz de ser, livremente alienado".

Nas palavras de SILVIO RODRIGUES, discorrendo sobre os bens excogitados,

"De sua condição de inalienáveis decorre a impossibilidade de serem usucapidos. A matéria, até 1933, suscitava controvérsia, quer na doutrina,

quer na jurisprudência. Todavia o problema foi resolvido pelo Decreto 22.785, de 31 de maio de 1933, que determinou não serem objeto de usucapião os bens públicos de qualquer natureza "(in "Direito Civil" — Parte Geral, Volume I, 5ª edição, revista e atualizada, edição Saraiva, 1974, p. 119).

No mesmo sentido, ORLANDO GOMES, em "Introdução ao Direito Civil" (edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1957, p. 243), *verbis*.

"Contra os bens públicos não corre a prescrição aquisitiva. Nem mesmo os bens dominiais podem ser adquiridos por usucapião. A regra é de direito positivo".

Ainda, HELY LOPES MEIRELLES, ao dissertar sobre a imprescritibilidade, impenhorabilidade e oneração dos bens públicos, versa:

"Imprescritibilidade — A imprescritibilidade dos bens públicos decorre como consequência lógica de sua inalienabilidade originária. E é fácil demonstrar a assertiva: se os bens públicos são originariamente inalienáveis, segue-se que ninguém os pode adquirir enquanto guardarem essa condição. Daí não ser possível a invocação de usucapião sobre eles. É princípio jurídico, de aceitação universal, que não há direito contra direito, ou, por outras palavras, não se adquire direito em desconformidade com o Direito.

A despeito disso, por longo tempo, lavrou fundo a divergência jurisprudencial, até os Decretos federais 19.924, 22.785 e 710, respectivamente de 27.04.1931, 31.05.1933 e 17.09.1938, cortaram a dúvida, reiterando a imprescritibilidade dos bens públicos, seja qual for a sua natureza (art. 2º do Decreto 22.785). Hoje é remansosa a jurisprudência nesse sentido, quer do Supremo Tribunal Federal, quer das cortes estaduais "(in "Direito Administrativo Brasileiro", 4ª edição, atualizada, editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976, p. 493).

Aliás, é de se ressaltar que a matéria está sumulada pela Corte Suprema do país (SÚMULA 340), nos seguintes termos:

"Desde a vigência do Código Civil, os bens dominiais como nos demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião".

ANTE TODO O EXPOSTO,

REQUER o postulante sejam declarados os autores carecedores de ação, com a consequente extinção do processo, sem o julgamento do mérito.

NO MÉRITO

Não pode prosperar o pedido dos autores, por não satisfazer os pressupostos de fato e de direito, exigíveis para que sejam acolhida sua pretensão, consoante se provará no curso do feito.

Embora as testemunhas inquiridas na audiência de justificação de posse tenham afirmado a posse vintenária dos requeridos, sobre o imóvel objeto do pedido, carecem de credibilidade suas palavras, em vista do que certificou o Sr. Oficial de Justiça, a respeito de um dos lindeiros da área, seja, D. Luciana dos Santos (fls. 22-verso).

Como antes mencionado, certifica aquele serventuário que deixou de citá-la, por não residir no local, e segundo informações dos vizinhos, nem ter, ali, propriedade.

Que posse vintenária é essa, em que os pretendentes à declaração de domínio, sequer conhecem seus extremantes? Se a área sobre a qual alegam possuir a posse **ad usucapionem** fosse de grandes dimensões, talvez ainda se justificasse seu equívoco, mas, por sua pouca extensão, somente um fato o explica: o de que, se em algum momento detiveram tal posse a duração da mesma não foi em tempo suficiente, nem para que conhecessem seus extremantes.

ANTE O EXPOSTO,

REITERA, o peticionário seja acolhida por V. Exa. a preliminar argüida, para o fim de ser declarado extinto o processo, sem o julgamento do mérito, ou se, **ad argumentandum**, assim não entender V. Exa. adquiridas sejam as preliminares de nulidades levantadas, com a subsequente repetição de todos os atos processuais, para, a final, ser julgada improcedente a ação, com a condenação dos autores nas custas processuais, verba advocatícia, e demais cominações de lei.

PROTESTA pela produção de todo o gênero de provas em direito permitido, especialmente, a pericial.

P. Oeferimento.

PORTO ALEGRE, 04 de junho de 1980.

NULIDADE DE OPÇÃO PELO PLANO DE CARREIRA DO MAGISTÉRIO POR FALTA DO REQUISITO EFETIVIDADE CONTESTAÇÃO

MÁRCIA PÔRTO CASTRO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu representante judicial, nos autos da Ação Ordinária nº 74.197/80, movida por HELLYET NORMA FLECK DA SILVEIRA, vem, respeitosamente em CONTESTAÇÃO, expor e a final requerer como segue:

1. Oiz a autora que é professora, ingressando no Magistério Público Estadual em 1957, por concurso. Permaneceu como professora primária até 1966. Antes de exonerar-se como professora primária passou a trabalhar, em caráter interino no Ensino Médio II. Ao entrar em vigor a Lei nº 6.672/74, optou pelo Plano de Carreira. Agora, em 1980, por ato "ex officio" da Administração foi desligada do Plano de Carreira e incluída no Quadro do Magistério em extinção, pela sua condição de interina. Entende que em janeiro de 1967 já era estável, em "consequência deixou de ser interina". Ainda, a Carta Federal de 1967 veio a encontrar a A. com cerca de dez anos de serviço, gozando da estabilidade constitucional. E, ainda, se não for o caso, teria direito a estabilidade prevista no art. 492 da CLT.

Assim move a presente ação para que seja declarado nulo o ato da Administração que a desligou do Plano de Carreira e estável no Cargo de Professor, Nível 5, Classe C, da Secretaria da Educação, condenado o Estado a reintegrá-la no Plano, pagando-lhe a diferença com juros e correção monetária, custas e honorários advocatícios.

2. O presente pedido, como se verá, não merece acolhida por falta de fundamento jurídico.

A ação foi julgada improcedente em 12.05.82 (DOE de 23.06.82). A 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça negou provimento e apelação da autora por unanimidade, confirmando a sentença.

A Autora foi transferida para o cargo do Quadro de Carreira do Magistério, através do ato registrado no Boletim nº 2.753, publicado no Diário Oficial de 15 de outubro de 1974.

Nesta época a A. era detentora de um cargo interino e uma função que não lhe dava o direito de optar pelo Plano de Carreira. Houve equívoco pelo expediente de opção onde ficou registrado que a A. desejava transferir o cargo efetivo para a carreira e rescindir o contrato.

Comprovado o erro da opção, a A. foi chamada a apresentar documento que comprovasse sua condição de efetiva (fl. 27 dos informes) que não possuía. A Lei nº 6.672/74 exige, no seu art. 156, para a transferência para o Quadro de Carreira, a efetividade. Logo, como a requerente não era detentora de **cargo efetivo**, há que se considerar nulo, sem efeito o ato que a transferiu.

O art. 156 dispõe:

"Art. 156 — O primeiro provimento dos cargos do Quadro de Carreira do Magistério Público, instituído pelo art. 148 desta Lei, será feito pela transferência dos professores **efetivos**, ocupantes dos cargos que integram o Quadro Único do Magistério Público Estadual, criado pela Lei nº 6.181, de 8 de janeiro de 1971, que optarem expressamente pelo Quadro de Carreira e atenderem as exigências previstas nesta Lei, dispensada a exigência de prova de habilitação prevista no parágrafo único do art. 34 desta Lei.

§ 1º - Os **professores efetivos** que optarem (...)"

3. Verifica-se que o que a Lei nº 6.672/74 exige é a efetividade. É irrelevante que a A. tenha ou não a estabilidade constitucional, ou a prevista na CLT, como alega na inicial. A estabilidade não se confunde com a efetividade, e nossa jurisprudência está repleta de arestos com esse entendimento, conforme se pode destacar:

"A estabilidade do art. 177, § 2º, da Constituição Federal não implica em efetividade. "(Ag. nº 65.257-SP, STF, DJU 16.10.75, pág. 7.531).

"Não tem direito à efetividade quem não ocupa cargo, mas apenas exerce função precária". (RE nº 75.763-MG, DJU 03.12.76, pág. 10.472).

"A estabilidade assegurada no art. 177, § 2º, da Constituição Federal não importa em efetividade, no cargo, como tem decidido reiteradas vezes o STF. Nada impede, contudo que a legislação local a conceda". (RE 87, 108—0—SP, STF, DJU 2.6.78, pág. 3.936).

"Com efeito os conceitos de estabilidade e de efetividade são inconfundíveis e a decisão do Egrégio Tribunal "a quo" está em conformidade com as decisões dessa Corte RE nºs 75.615, 75.636, RTJ 68/836 e RE 74.442". (RTJ 68/782)

Assim, a Autora, que não era efetiva, não poderia ter optado pelo Plano de Carreira, sendo nulo o ato administrativo, que a transferiu para o referido Plano. Nestas circunstâncias, a Administração pode anular o ato, eivado de vício. Neste sentido, a Súmula 473 nos seguintes termos:

"A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos".

Sobre a matéria HELY LOPES MEIRELLES esclarece:

"Pacífica é hoje, a tese de que, se a Administração praticou ato ilegal pode anulá-lo por seus próprios meios (STF, Súmula 473). Para anulação do ato ilegal (não confundir com ato inconveniente ou inoportuno, que rende ensejo à revogação e não à anulação) não se exige formalidades especiais, nem há prazo determinado para a invalidação salvo quando norma legal o fixar expressamente. O essencial é que a autoridade que o invalidar demonstre a nulidade com que foi praticado. Evidenciada a infração à lei, fica justificada a anulação administrativa".

E ainda:

"A faculdade de anular os atos ilegais é ampla para a Administração, podendo ser exercida de ofício, pelo mesmo agente que o praticou, como por autoridade superior que venha a ter conhecimento da ilegalidade através de recurso interno, ou mesmo por avocação, nos casos regulamentares". (HELY LOPES MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, 6ª edição, fl. 178).

Não tem cabimento, assim, o pedido da Autora. Os documentos oriundos da Secretaria da Educação comprovam o equívoco havido.

POR TODO EXPOSTO o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL pede seja julgada totalmente improcedente a ação e condenada a Autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

Protesta por todo gênero de provas em direito admitidas, e anexa informações e documentos da Secretaria da Educação.

Nestes termos pede deferimento.

PORTO ALEGRE, 14 de julho de 1980.

CONTRA-RAZÕES

APELANTE: HELLYET NORMA FLECK DA SILVEIRA
APELADO: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PELO APELADO — ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EGRÉGIA CÂMARA CÍVEL:

1. A Autora moveu a presente ação ordinária visando a anulação do ato que a desligou do Plano de Carreira do Magistério e a diferença dos vencimentos, com juros e correção monetária, custas e honorários advocatícios.

O Magistrado julgou improcedente a ação e condenou a vencida à satisfação das custas processuais e honorários advocatícios que arbitrou em 10% do valor da causa.

2. A Autora, inconformada, vem apelar da sentença "a quo". Repisando os argumentos da petição inicial e da réplica pede seja declarado nulo o ato da Administração que a desligou do Plano de Carreira dado que já era estável no cargo de Professor de Nível 5 — Classe C.

Sem razão entretanto.

3. Não merece reparos a sentença recorrida que bem apreciou a matéria dos autos.

Inicialmente, reitera os argumentos constantes da contestação de fls. aduzindo ainda:

Examinando-se detidamente os documentos da Autora verifica-se que à época da opção ela não era estável e muito menos efetiva em cargo público.

Refere o A. na petição inicial ocasionando o equívoco, que a Autora desligara-se do cargo de professora de Ensino Primário em 1966; em consequência, somando o tempo anterior de professora primária nomeada, estável, efetiva, deveria ter sido estabilizada pela Constituição de 1967.

Todavia, conforme documento constante a fl. 31 e verso dos Autos, a Autora exonerou-se do cargo que ocupava, "sponte sua" em 1968. No decorrer dos anos de 1967 e 1968, permaneceu em licença para tratar de interesses.

Assim "data venia", não poderia ser beneficiada pela Constituição de 1967, artigo 177, § 2º, porque na época detinha cargo de professora primária.

E, nem poderia somar ao cargo interino o tempo que tinha no cargo anterior, porque quando fora nomeada no cargo interino, constou acumulação com o cargo de Professor de Ensino Primário.

Mas, mesmo, que se acate o entendimento da Autora, de que é estável, mesmo assim, isso não lhe beneficia, porque seria uma estabilidade no serviço público, e não em cargo efetivo.

O que a Lei nº 6.672/74 exige é a efetividade, conforme artigo 156, que dispõe:

"Art. 156 — O primeiro provimento dos cargos do Quadro de Carreira do Magistério Público, instituído pelo artigo 48 desta Lei, será feito pela transferência dos professores efetivos, ocupantes dos cargos que integram o Quadro Único do Magistério Público Estadual criado pela Lei nº 6.181, de 8 de janeiro de 1971, que optarem expressamente pelo Quadro de Carreira e atenderem as exigências previstas nesta Lei, dispensada a exigência de prova de habilitação prevista no parágrafo único do artigo 34". (grifei).

Conforme esclarece CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

"ESTABILIDADE é direito do funcionário à permanência no serviço público, não, necessariamente, no cargo. Com efeito, antes da Carta Constitucional de 1967, havia servidores equiparados aos funcionários, os chamados "extranumerários", que recebiam estabilidade, apesar de não possuírem cargos. Isto é, haviam sido admitidos sem concurso para exercerem "funções". Não havia cargos criados para serem preenchidos e, não obstante, tais servidores vieram a ingressar no serviço público recebendo estabilidade, isto é, direito de permanência nele".

"Além disso, a própria Carta de 1967 conferiu, no artigo 177, § 2º, estabilidade aos servidores da União, Estados e Municípios e respectivas autarquias, que contassem cinco anos de serviço público à data da promulgação daquele documento (24 de janeiro de 1967). Dentre estes, alguns eram servidores, embora não funcionários, outros eram funcionários interinos, nomeados sem concurso, às vezes ocupando cargos vagos enquanto se aguardava concurso ou preenchendo em substituição, cargo do qual o titular se encontrava transitoriamente afastado. Todos vieram a adquirir estabilidade, mas apenas no serviço público.

Portanto, a estabilidade é direito de permanência no serviço público. Já a EFETIVAÇÃO é a estabilidade em um cargo, obviamente de provimento efetivo". (Apontamento sobre os agentes e órgãos públicos, fls. 23/24, 2ª Tiragem, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO).

Faltando à Autora o requisito indispensável, ou seja, o provimento em cargo efetivo, cabia à Administração anular o ato administrativo, conforme doutrina e jurisprudência sobre a matéria, inclusive sumulada.

POR TODO EXPOSTO, o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL espera seja negado provimento a apelação e confirmada a sentença de 1.ª instância por seus próprios e jurídicos fundamentos.

PORTO ALEGRE, 25 de novembro de 1981.

ACORDO DE REVERSÃO UNIÃO-ESTADO-REDE: UM NOVO ENFOQUE CONTESTAÇÃO

CAIO MARTINS LEAL
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA PRIMEIRA VARA
DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos da ação ordinária que lhe movem ALBERICO BONES e Outros (proc. n.º 106.533), vem perante Vossa Excelência, muito respeitosamente, por seu representante judicial firmatário, CONTESTANDO o mencionado feito, dizer e, ao final, requerer o que se segue:

1. Pleiteiam os AA., ferroviários inativos, o pagamento de diferenças de proventos que, segundo eles, estariam sendo pagas "a menor".

2. Tais diferenças, segundo os Autores, resultariam de dois fatos, a saber: (a) de as gratificações adicionais a que fariam jus vir sendo calculadas e pagas sobre as vantagens das posições funcionais por eles ocupadas no Estado quando de suas inativações, e não sobre a remuneração, maior, atribuída e paga pela Rede Ferroviária Federal S/A às funções que ali desempenhavam quando em atividade, e (b) de os reajustes da diferença de proventos virem sendo feitos à base de 70% dos aumentos deferidos aos servidores em atividade.

3. Invocam, em suma, o Acordo de Reversão celebrado entre o Estado e a União, mediante o qual foram eles cedidos à Rede Ferroviária Federal S/A, e a Lei n.º 3.096/56 (Lei Peracchi), que assegurou a equiparação dos proventos da inatividade à remuneração da atividade.

PRELIMINARMENTE

4. Falta à inicial o requisito do art. 282, III, do CPC ("verbo": "fato"), pois, pleiteando a alteração das diferenças de proventos que lhes teriam sido deferidas, os Autores não indicam os valores dessas diferenças, nem como e com base em que

remuneração teriam elas sido inicialmente fixadas, nem os reajustamentos que sofreram, deixando, outrossim, de esclarecer desde quando os direitos teriam sido lesionados e o "quantum" pleiteado por cada um, fatos que, como é evidente, eram e são relevantíssimos para saber-se (a) a correção ou não da colocação da inicial, (b) a extensão do pedido, que tem direta repercussão no valor da causa e inclusive (c) arguir-se, se for o caso, a prescrição.

Note-se: quase todos os Autores aposentaram-se há mais de cinco anos da propositura da ação, pelo que, se os direitos pleiteados datam da época das aposentações, estão eles irremediavelmente prescritos e como tais devem ser declarados.

5. De outra parte, a inicial não satisfaz também o requisito do art. 283 do CPC, pois a elas não se anexaram os documentos comprobatórios dos fatos referidos no item anterior, principalmente os atos de fixação das diferenças de proventos, bem como dos proventos auferidos pelos Autores na Previdência Social desde suas aposentações até hoje, documentos que, como também é evidente, eram e são indispensáveis à propositura da ação.

6. Assim, como se vê, nos termos em que está posta e instruída, a inicial não tem condições de ensejar ao Réu uma plena defesa, razão pela qual se impõe sua complementação (art. 284, CPC), reabrindo-se, após o prazo para a contestação.

AINDA PRELIMINARMENTE

7. Os mesmos direitos pleiteados na presente demanda, conforme se pode verificar pelos documentos anexos, são objeto da ação declaratória nº 106.118, que tramita por essa MM. Vara, onde se pleiteia sejam eles declarados.

8. Trata-se, pois, de continência de ações, visto como o objeto da presente, que busca a condenação, é mais amplo e abrange o daquela (CPC, art. 104).

9. Impõe-se, assim, a reunião dos processos a fim de serem decididos simultaneamente (CPC, art. 105).

MÉRITO

10. De qualquer forma, inobstante o Réu não tenha condições de bem deduzir sua defesa, o que — e por isso desde já se protesta — só poderá ser feito após a complementação da inicial, no mérito a demanda parece totalmente improcedente.

Uma coisa cumpre, preliminarmente, ficar assentada: o direito que assiste ao servidor ferroviário, pelo menos contra o Réu, é tão-só à diferença a maior, se houver, entre as vantagens a ele atribuídas **pelo Estado** (= previstas na legislação **estadual**) à data da aposentadoria e o valor dessa no órgão da previdência social.

12. Este, com efeito, o art. 189 da Lei nº 2.061, de 13 de abril de 1953 (Estatuto dos Ferroviários), "verbis":

"O servidor público ferroviário terá direito, quando aposentado pela instituição de previdência social a que estiver vinculado, à diferença entre os proventos pagos por essa instituição e o estipêndio total percebido à data da aposentadoria, considerando-se este à razão de tantos trinta avos quantos forem os anos de serviço, até o máximo de trinta."

13. Daí resulta, pois, que, aposentado o servidor, e, se for o caso, fixada a diferença a que ele tem direito, para o que, aí sim, se não de levar em conta gratificações, avanços, etc., não mais se pode falar em outro direito (v.g.: avanços, gratificações, etc.) que não a diferença. É a essa, e tão-só a essa, que o servidor faz jus, e há de ser essa, e tão-só essa, sem qualquer consideração à remuneração que lhe serviu de base para a fixação, que há de ser revisada.

Aliás, quanto a este último aspecto, é expresso o art. 196, da Lei nº 2.061/53, "verbis":

"É assegurado aos servidores públicos ferroviários aposentados, aumento **da diferença de proventos** (...)"

14. Assim, "data venia", não é exato afirmar-se que o Estado em alguma vez pagou aos Autores, na inatividade, avanços, gratificações adicionais, etc. Se pagou, pagou erradamente, e inclusive caberia a devolução.

15. De outra parte, a pretensão de calcular-se a diferença a que se refere o art. 189 da Lei nº 2.061/53 com base na remuneração, maior, **fixada e paga pela Rede Ferroviária Federal S/A** (entidade privada!), e não nas vantagens, menores, outorgadas pela legislação estadual, encontra óbice constitucional intransponível.

É que o Estado não pode responder por vantagens pecuniárias desconhecidas de sua legislação, que, de resto, atualmente, por importarem aumento de despesa, dependem até da iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo.

16. Nem de modo contrário estabeleceu a lei ou mesmo o tão invocado Acordo de Reversão, que não é outorgativo de direito a terceiros, obrigando apenas as partes convenientes, nem poderia ser, pois isso — o cálculo de vantagens (= da diferença de proventos a que se refere o art. 189 da Lei nº 2.061/53) com base em remuneração não fixada pela lei estadual — importaria autêntica delegação a outrem (Re-de, União, etc.) da competência do Estado, **irrenunciável** (CIRNE LIMA, "Princípios", pág. 141) e **indelegável** (Constituição Federal de 1946, art. 36, § 2º, sob cuja vigência foi celebrado o Acordo de Reversão, e Emenda 1/69, art. 6º, parágrafo único), de fixar o "quantum" das vantagens pecuniárias de seus servidores.

17. Cabe, pois, assentar: os servidores cedidos à Rede, como funcionários do Estado que são, regem-se estatutariamente e só podem adquirir contra o Estado direitos que a **lei estadual** lhes outorgar e, tratando-se de vantagens pecuniárias, em "quantum" nela fixado. Isso não obsta, como é evidente, que a Rede lhes remunere a mais e, até, ela ou a União, lhes outorgue outros direitos, como parece ter-se feito na Lei Federal nº 3.887/61, mas tais encargos são da responsabilidade única e exclusiva da Rede, ou da União, conforme o caso, e, assim, **só contra ela exigíveis**.

18. A complementação assegurada pelo art. 189 do Estatuto dos Ferrovários é, deste modo, relativa aos estipêndios fixados na **lei estadual** para a posição funcional titulada pelo servidor **no Estado**, não abrangendo a remuneração a maior porventura percebida da Rede, com a qual o Estado **nada tem**.

19. Ora, na espécie, ao que se sabe, os Autores sequer fizeram jus, **contra o Contestante**, a qualquer diferença, pois as vantagens a eles deferidas pela legislação estadual em razão de suas posições funcionais no Estado nas ocasiões de suas aposentadorias eram **inferiores** aos benefícios auferidos da previdência social.

20. Por fim, quanto à invocação da Lei nº 3.096/56 (Lei Peracchi), é ela totalmente improcedente.

Em primeiro porque, conforme se disse, os Autores não fizeram jus a qualquer diferença de proventos e, como tal, não poderiam haver o que reajustar.

Em segundo porque, nos termos da pacífica jurisprudência do Pretório Excelso, não mais pode subsistir equiparação do tipo consubstanciada naquele Diploma (de proventos da inatividade à remuneração da atividade) em face da proibição contida no art. 98, parágrafo único, da Emenda Constitucional 1/69, que, aliás, é repetição do art. 96 da Constituição de 1967 (cf. R.T.J. 63/592, 70/853 e 78/252), sendo de notar, além disso, que os ferroviários **sequer sofreram o desconto a que alude, ou melhor, aludia a mencionada lei**.

Em terceiro porque a pretensão de perceber-se o mesmo que os empregados em atividade na Rede Ferroviária Federal S/A, os quais percebem uma remuneração, **paga pela Rede** (entidade privada!), maior que a deferida pela lei estadual, esbarra no fato de que, conforme se viu, inclusive por dispositivo constitucional, o Estado não pode responder por vantagens desconhecidas de sua legislação.

21. Desta forma, como se vê, é totalmente improcedente a demanda.

ISTO POSTO, REQUER se digne Vossa Excelência determinar aos AA. que, no prazo de 10 (dez) dias, complementem a inicial nos termos supradeduzidos, sob pena de extinção do processo, o que desde já REQUER, reabrindo-se após o prazo pa-

ra a contestação, ou, se assim não entender, o que não se admite, julgar a ação integralmente improcedente com a condenação dos Autores nas custas processuais, honorários advocatícios e demais cominações de estilo.

REQUER, outrossim, a reunião do presente processo ao 106.118 para ser com ele decidido simultaneamente em face da continência (art. 105, CPC).

PROTESTA por todos os meios de prova em direito permitidos, documentos, testemunhas, perícias, etc., e REQUER se digne intimar a co-ré REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A para que informe (a) se foi efetivado algum desconto na remuneração dos AA. para fins da Lei nº 3.096/56 (Lei Peracchi) e (b) se vem pagando vantagens trabalhistas aos funcionários a ela cedidos nos termos do Acordo de Reversão e, em caso positivo, desde quando, quais e qual o fundamento desse pagamento.

Nestes Termos Pede Deferimento.

PORTO ALEGRE, 9 de junho de 1980.

SENTENÇA

Vistos:

I — ALBERICO BONES, ARMANDO PEREIRA ALVES, CECILIO RAFFIN, EYMAR BRUM, HANS GUIDO SCHWARZ, JULIO ALFREDO CRESPO LORENZO NI, LEONCIO KEISERMAN, MODERATO VISINTAINER, NEY FORTUNATI PEREIRA, RUBEN DI PRIMIO LEITÃO, TELMO JARDIM DE OLIVEIRA e SINVAL GASTÃO RABELLO DA SILVA, todos qualificados na inicial, ajuizaram ação contra o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, narrando que exerceram como titulares cargos de provimento efetivos de engenheiro, neles aposentados como titulares de cargo em comissão, pelo exercício de funções de confiança por mais de cinco (5) anos. Com exceção de Ruben Di Primio Leitão, Sinval Gastão Rabello da Silva e Telmo Jardim de Oliveira, todos os restantes autores, embora aposentados depois de 15.3.68, estão amparados pelas disposições do artigo 177, § 1º, da Constituição Federal de 1967.

Os demandantes, por força de Termo de Reversão da VIFER à União, foram cedidos em 1959 à Rede Ferroviária Federal S/A, resguardados seus direitos estatutários, cabendo ao Estado arcar com os atinentes à inatividade, conforme naquele Termo se comprometeu.

Após cedidos pelo Estado, os autores passaram a classificarem-se na RFFSA segundo quadro de pessoal previsto na Portaria Ministerial nº 512, de 29.6.57, tendo permanecido inalterável a classificação dos cargos no quadro estadual, eis quadro em extinção.

Ao se inativarem, os autores têm direito ao recebimento da gratificação adicional de 25%, conforme não se lhes negou. Todavia, esse percentual vem sendo calculado sobre o valor dos vencimentos que os demandantes teriam de acordo com o cargo que exerciam no Estado, ao tempo de sua cessão, e não sobre o valor dos vencimentos do cargo que efetivamente exerciam na Rede à data da aposentação.

Por outro lado, aplicando-se também aos ferroviários as disposições da Lei Peracchi, eis diploma vigente quando do mencionado Termo de Reversão, têm eles direito a reajustes de proventos à razão de 100% dos reajustes dos vencimentos do pessoal em atividade. Isso não vem sendo atendido, outrossim, pelo réu, que vem pagando tais reajustes à razão de 70%, fundado no antigo Estatuto dos Ferroviários, revogado nessa parte pela referida Lei Peracchi.

Então, buscam os requerentes a condenação do réu ao pagamento regular dessas vantagens, inclusive aquelas vencidas e não atingidas pela prescrição, estas acrescidas de juros moratórios e verbas de sucumbência, tudo como se apure em liquidação.

II — Citado, o Estado ofereceu contestação. Argui preliminar de inépcia da inicial, eis não indicadora dos valores das diferenças pleiteadas, nem do modo como foram fixadas e com base em que remuneração. Repercutindo tais elementos na fixação do valor da causa e na eventual invocação de prescrição, a inicial deve ser indeferida, ou complementada. Sustenta ainda não foram com ela acostados documentos comprobatórios do pedido. Ainda em preliminar, alogou continência desta ação com outra, declaratória, movida pelos mesmos autores contra o contestante, com idêntico objeto.

No mérito, afirma que o dever do Estado é limitado ao pagamento da diferença, a maior, se houver, entre as vantagens atribuídas pela legislação estadual ao servidor ferroviário, à data de sua inativação, e aquelas percebidas pelo mesmo servidor da instituição de previdência à qual está vinculado.

Se a RFFSA atribuía aos autores vencimentos mais elevados do que aqueles atribuídos segundo legislação estadual, o réu não pode ser compelido a atender tais diferenças, eis só constitucionalmente obrigado a pagar vencimentos fixados em sua legislação. O contrário configuraria delegação de poder, vedada na Lei Maior.

A equiparação criada pela Lei Peracchi deve cessar em face da vedação lançada no artigo 98, § único, da Constituição Federal.

III — Os autores responderam a defesa, determinando-se diligências para requisição de documentos. Atendidas, exarou parecer o órgão do Ministério Público, pela procedência da ação.

Sem provas a produzir na audiência, vieram os autos conclusos, para julgamento antecipado.

IV — No atinente às preliminares da contestação refira-se improcederem. A pretensão se dirige à declaração de direito a diferenças de proventos, cumulada com condenação a pagamento das atrasadas impagas, segundo se apure em liquidação de sentença. Os autores juntaram prova documental de sua situação funcional e requereram informações através de requisição judicial, não tocante aos critérios ora obedecidos na fixação de seus proventos. Era o que lhes competia fazer, pois a lei processual ainda conhece a possibilidade de pedido ilíquido (artigo 286, *caput*, parte final). De outra parte, se a relação jurídico-material se compõe na fase de conhecimento, sua projeção financeira pode ser relegada para liquidação, como é curial.

No concernente à invocação de inépcia, ainda, tratando-se de lide contra pessoa de direito público, a requisição de documento comprobatório dos fatos alegados pelo particular é prática tradicional e tranqüila, sendo esse o caminho trilhado, *in casu*, pelos autores. Veja-se o documento de folhas 67/68.

Aliás, a iliquidez do pedido não impedia o réu de impugnar o valor da causa, se o quisesse. E a mesma razão não o impedia de alegar prescrição. Notável, no particular, a circunstância de que a própria postulação excluiu parcelas atingidas pelo quinquênio extintivo (fls. 5). E se a prescrição que o contestante desejava arguir era a do fundamento da ação, bastava que observasse a discriminação de datas da inativação dos demandantes, lançada a folhas 2/3.

Por sua repetição em diversas ações do tipo da aqui decidenda, os argumentos das preliminares vêm do estereótipo de defesa que o contestante montou, não tendo realmente a relevância por ele querida.

Apenas no relativo à prefacial de continência mostrou-se a defesa própria, eis efetivamente ocorrente o problema. Os autores, entretanto, desistiram da ação (um processo apenso), resultando prejudicado o incidente.

V — No mérito, vê-se que os autores eram engenheiros da Viação Férrea do Rio Grande do Sul (folhas 8 a 21), tendo sido cedidos à Rede Ferroviária Federal S/A por força do Termo de Reversão dos bens da VIFER à União. Todos se inativaram por tempo de serviço, incorporando gratificação de cargo em comissão (fls. 21). Com exceção de três deles (Sinval Gastão Rabello da Silva, Telmo Jardim de Oliveira e Ruben Di Primio Leitão), estão ao abrigo do artigo 177, § 1º, da Constituição Federal de 1967, portanto seus proventos não se limitam pelo teto da remuneração dos servidores em atividade.

O Termo de Reversão é convênio, firmado entre o Estado e a União, tendo sido aprovado pelo Decreto Legislativo Estadual 1.400/60 e pela Lei Federal nº 3.887, de 8.2.61. Por isto, dito convênio se integra na legislação estadual, não sendo desconhecido à mesma. Se o Estado por ele obrigou-se, não pode alegar exoneração de dever nele contido.

Ora, a cláusula 4.^a do Termo de Reversão assegurou a todos os ferroviários cedidos a manutenção da condição de servidores públicos estaduais, bem assim os direitos, vantagens e prerrogativas a eles então, ou futuramente, assegurados.

Deste modo, as Leis Estaduais 2.061/53 e 3.096/56 (Estatuto dos Ferroviários e Lei Peracchi), por vigentes ao tempo da lavratura do convênio, nele evidentemente se integraram, pois o Estado não podia desconhecê-las. O artigo 189, da citada Lei 2.061, garantia ao ferroviário aposentado a diferença dos proventos pagos pela Previdência Social e o valor dos estipêndios totais que recebesse à data da aposentadoria. E a Lei Peracchi assegurava a revisão dos proventos à razão de 100% dos aumentos concedidos ao pessoal em atividade.

Sendo assim, ineludível o direito dos ferroviários de perceberem, na inatividade, proventos iguais aos vencimentos dos servidores em atividade. Quando o INPS não cobrisse tal quantia, ao Estado incumbiria o dever de complementar a diferença (cláusula 11.^a do Termo de Reversão).

Ademais, tendo os ferroviários direito às gratificações de 15% e 25%, respectivamente, aos 15 e 25 anos de serviço, tais percentuais só podem incidir sobre os vencimentos ou salários efetivamente percebidos quando da aquisição de tais direitos.

Se o Estado manteve paralisado o quadro de seus ferroviários cedidos, que passaram a receber na RFFSA salários maiores do que aqueles previstos nas tabelas de vencimentos estaduais, não pode querer fazer prevalecer os últimos, para base de cálculo dos adicionais, pena de frustrar o direito à sua percepção. Nesse sentido, iterativa jurisprudência deste Estado, que o signatário inclusive se excusa de reproduzir.

O documento de folhas 67/68 torna certa a narrativa dos fatos lançada na inicial e deixa à calva a ilegalidade da conduta do réu, lesiva aos direitos dos autores. Lá se diz que a União se considera desobrigada a reajustar proventos segundo as normas da Lei Peracchi, circunstância que leva a calcular tais reajustes à razão de 70% daqueles concedidos aos ferroviários em atividade, sempre que a majoração decorra de "aumentos empresariais". Também lá se afirma que as gratificações adicionais são calculadas sobre o valor dos "vencimentos correspondentes às tabelas estaduais atualizadas".

Como se viu, tais práticas atingem direitos dos demandantes, lesão que deve ser declarada nesta sentença, com os consentâneos decorrentes.

A vedação de equiparação de vencimentos, prevista no artigo 98, § único, da CF, nada tem a ver com a espécie. Lá se proíbe dita equiparação para cargos diferentes, aqui se trata de equiparação, para o mesmo cargo e servidor, dos proventos de aposentadoria com os vencimentos da atividade.

Outrossim, há que consignar sujeitam-se três dos autores — já nominados — ao teto-limite do valor dos vencimentos pagos aos ferroviários de igual posição em atividade, por norma constitucional. Os demais se acham ao abrigo da ressalva do artigo 177, § 1.^o, da Constituição Federal, como restou incontroverso.

VI — Diferenças de proventos de aposentadoria constituem verbas de eminente natureza salarial, sujeitando-se então à atualização de seus valores, através da aplicação de índices de correção monetária, independente de pedido expresso, pois tal atualização é integrativa da pretensão de pagamento. Deve ela ser feita pela incidência dos índices das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, computados da data dos respectivos vencimentos, ou seja, mês a mês.

Finalmente, não se litigando sobre revisão de ato de aposentadoria, mas pedido de pagamento de valores impagos pela Administração, a prescrição quinquenal incidirá apenas sobre as parcelas desatendidas há mais de cinco anos antes da data da citação.

As prestações vencidas vencerão também juros moratórios legais, contados da citação.

VII — Ante o exposto, julgo a ação procedente e condeno o réu a pagar aos autores as gratificações adicionais, a que fazem jus, calculadas sobre o valor efetivo dos vencimentos por eles percebidos na RFFSA quando se inativaram, declarando ainda o direito dos demandantes à revisão de seus proventos à razão de 100% dos reajustes dos servidores em atividade, do mesmo grupo funcional. Condeno outrossim o Estado a pagar aos autores as diferenças vencidas, não alcançadas pela prescrição (5 anos antes da citação), como se apure em liquidação da sentença, acrescidas de correção monetária a juros moratórios, como acima disciplinado. Condeno o réu finalmente ao pagamento das custas processuais despendidas pelos vencedores, e dos honorários advocatícios, que arbitro em 10% do valor do débito vencido, mais uma anuidade do vincendo.

Declaro incidente a vedação constitucional do artigo 102, § 2.^o, da CF, em relação aos autores Ruben Di Primio Leitão, Sinval Gastão Rabello da Silva e Telmo Jardim de Oliveira, que não poderão perceber na inatividade mais do que recebem os correspondentes cargos da ativa.

Intimem-se.

Decorrido o prazo de recurso voluntário, enviem-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, para o necessário reexame.

P. Alegre, 3 de novembro de 1980.

IVO GABRIEL DA CUNHA
Juiz de Direito

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos da ação ordinária que lhe movem ALBERICO BONES e OUTROS (proc. nº 106.533), vem perante Vossa Excelência, muito respeitosamente, por seu representante judicial firmatário, opor EMBARGOS DE DECLARAÇÃO à respeitável sentença de fls. 126-34 em razão dos fatos e fundamentos abaixo expostos.

1. Julgou-se procedente a ação (cf. sentença).

Ocorre, no entanto, que, inobstante bem lançado, o respeitável decisório contém algumas omissões que, principalmente para fins de prequestionamento (Súmulas 282 e 356 do S.T.F.), forcem o Réu a opor-lhe embargos de declaração (CPC, art. 464, II).

2. Em primeiro lugar, a sentença não enfrentou o argumento, longamente deduzido pelo Réu, segundo o qual não lhe seria possível responder perante seus funcionários (entre os quais se incluem os ferroviários) por vantagens pecuniárias cujo quanto não tivesse sido fixado em lei estadual, pois, caso contrário, estar-se-ia admitindo vedada delegação da competência, (CF, art. 6º). Daí, pois, para salvá-lo da inconstitucionalidade, dever ser o Acordo de Reversão interpretado como gerador de obrigações apenas **entre as partes convenientes** (RFFSA, Estado, União) (cf. contestação itens 15-9, fls. 31-3).

Nem cabe sustentar, "*data venia*", conforme se fez em outras oportunidades, que o argumento teria recebido o devido exame ao afirmar-se que o Acordo de Reversão tem força de lei estadual em virtude de sua aprovação pela Assembleia Legislativa, pelo que, lhes sendo posterior, teria incorporado as Leis nºs 2.061/53 e 3.096/56 (cf. sentença, fls. 82), pois ... **este não foi o argumento do Embargante!** O Estado não negou, admitiu até, pudesse o Acordo de Reversão ser tido como lei! Sustentou-se, isto sim, que nem o Acordo, nem a Lei nº 2.061/53, nem a Lei nº 3.096/56, nem, de resto, qualquer lei ou mesmo norma **constitucional** estadual, poderiam e podem determinar resposta o Estado, perante seus funcionários, por vantagens cujo quanto não esteja fixado (= quantificado em cruzeiros) em ... **lei estadual**, lei, aliás, agora, ... de **iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo!**

E, "*data venia*", parece ao Embargante, a este argumento não se deu resposta, pois para tanto seria necessário, pelo menos, que se tivesse afirmado, dizendo-se obviamente o porquê, que o Estado pode cometer a outrem (inclusive empresa pri-

vada!) aquela fixação! Que nada há de inconstitucional, desde que haja um Convênio e desde que nele se preveja o direito de o Estado ressarcir-se (a isso tem-se dado grande relevância no processo!), em que, por exemplo, os médicos funcionários estaduais tenham todas ou algumas de suas vantagens fixadas pela... AMRIGS (entidade privada... como a RFFSA!) e, mais, se e quando essa bem entender (os empregados da RFFSA têm seus salários reajustados se e quando o entende a empresa)! Era necessário que se dissesse, e se justificasse, que isso não configura delegação de competência, nem lesa o princípio de contabilidade pública segundo o qual as despesas do Estado carecem de previsão orçamentária, sendo fixadas e distribuídas equitativamente (o Estado não tem apenas ferroviários inativos a remunerar!) e, principalmente, ... **em função da receita estimada!**

Esta resposta, no entanto, lamentavelmente, a respeitável sentença não deu. E, como tal, omitiu-se quanto ao argumento.

3. Por fim, silenciou também a sentença quanto à dedução das diferenças de proventos deferidas dos valores dos benefícios previdenciários efetivamente percebidos pelos Autores, o que, por expresso em lei (lei nº 5.892, de 23 de dezembro de 1969), se impõe declarado.

Cumprir notar que o Embargante não suscitou essa questão na contestação porque dependia, ela também, de conhecerem-se os valores cuja indicação pleiteou-se nas preliminares. Pretendia fazê-lo, assim, quando, complementada a inicial, fosse reaberto o prazo para a resposta. De qualquer forma, tendo-se acolhido de plano a demanda, sem qualquer conhecimento quer dos benefícios previdenciários quer das remunerações-paradigma, cumpria fosse aposta a ressalva, que, de resto, é matéria de direito e conhecível de ofício.

ISTO POSTO, REQUER se digne Vossa Excelência ACOLHER os presentes embargos para suprir as omissões acima apontadas.

Nestes termos pede deferimento

Porto Alegre, 21 de novembro de 1980.

DESPACHO

Vistos, etc.

Inexistem as apontadas omissões na sentença.

O argumento sustentado no item 2 dos embargos foi examinado no segundo parágrafo de fls. 82 (fls. 5, da sentença). Ali se abordou a existência de previsão le-

gislativa estadual para o pagamento das vantagens pleiteadas pelos autores, excluindo-se por improcedente a acenada inconstitucionalidade dita na contestação. A desconformidade do embargante, pois, não se cinge a omissão do julgado embargado, mas se manifesta ante os fundamentos da decisão, assunto evidentemente adequado ao recurso de apelação.

Duanto à questão da dedução dos valores percebidos da previdência social, para efeito de atribuir-se o **quantum** das diferenças a que fazem jus os demandantes, como o próprio embargante reconhece, a matéria não foi questionada nos autos. Tratando-se de condenação ilíquida, poderá ela ser objeto de exame em eventuais embargos à execução.

Rejeito os embargos de declaração.
Intimem-se.

P. Alegre, 28 de novembro de 1980.

IVD GABRIEL DA CUNHA
Juiz de Direito

APELAÇÃO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA PRIMEIRA VARA
DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos da ação ordinária que lhe movem ALBERICO BONES e DUTRDS (proc. n.º 106.533), vem perante Vossa Excelência, muito respeitosamente, por seu representante judicial firmatário, dizer que, não se conformando, "data venia", com a respeitável sentença de fls. 78-85, dela deseja apelar, como apela, para o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, pelo que REDUER se digne Vossa Excelência, recebida a presente com as razões que a acompanham, dar-lhe o processamento legal.

PDRTO ALEGRE, 4 de fevereiro de 1981.

RAZÕES DE APELAÇÃO

APELAÇÃO CÍVEL N.º
APELANTE: ESTADD DD RIO GRANDE DD SUL
APELADDS: ALBERICO BONES e OUTRDS

Pelo Apelante
ESTADD DD RIO GRANDE DO SUL
EGRÉGIA CÂMARA:

I — DA DECISÃO RECORRIDA

1. Houve por bem a respeitável sentença de fls. 78-85, rejeitando as preliminares de falta de requisitos (não de inépcia!) da inicial e excluindo a Rede Ferroviária Federal S/A da lide, julgar a ação procedente contra o Estado (cf. sentença, fls. 78-85).

2. "Data venia", sobre nulo o processo a partir da inicial e, quando não, a sentença mesma, no mérito a ação é totalmente improcedente.

II — DA NULIDADE DO PROCESSO

3. O Apelante arguiu na contestação preliminar de falta de requisitos (não de inépcia!) da inicial em virtude de os Autores, pedindo a revisão da complementação de proventos do artigo 189 da Lei n.º 2.061/53, não haverem indicado, entre outras coisas, (a) os valores das complementações inicialmente fixadas (se fixadas!) e de sua evolução, (b) os valores que entendiam deveriam estar percebendo, (c) os valores das remunerações — paradigma que, segundo eles, deveriam servir de base para calcularem-se as complementações (v.g., se fosse o caso, remuneração da Rede, benefícios do INPS, etc.) e (d) as épocas do início das lesões aos direitos, etc. (cf. contestação, item 4, fls. 27-8).

Esses fatos, como se sustentou, eram imprescindíveis à inicial, eis que absolutamente necessários à boa formulação da defesa.

Em primeiro, porque, tirante a questão da impossibilidade constitucional de o Estado responder por vantagens cujo quanto não houvesse de ser fixado em lei (lei, de resto, atualmente, de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo), os Apelados só fariam jus à complementação do artigo 189 **se os benefícios previdenciários fossem inferiores às remunerações-paradigma**, pelo que uns e outros se constituíam elementos integrantes da "causa petendi" da demanda e, como tais, deveriam vir expostos na inicial. Há diferença? Ninguém sabe nem nunca ninguém soube! Como poderia então o Apelante impugnar o direito mesmo às complementações pleiteadas se não sabia, e não sabe, porque não se indicaram, os termos de que se pretende extrai-las? "Data venia", relegar para liquidação a prova desses fatos é jogar para lá a demonstração mesma do direito reivindicado. Note-se: não só do "quantum", mas do "an debeatur"!

Em segundo, porque sem ter conhecimento deles, o Apelante viu-se impossibilitado de verificar a ocorrência ou não da prescrição e, até, se fosse o caso, de impugnar o valor da causa, que também é defesa.

III — DA NULIDADE DA SENTENÇA

4. De outro lado, a respeitável sentença apelada é ela mesma nula e, quando assim não se entenda de fazê-lo com o processo, como tal deve ser declarada.

Isto porque foi **omissa** na análise do mais importante argumento do Apelante e na indicação do elemento de prova em que se fundou para ter por demonstrados os fatos constitutivos dos direitos pleiteados.

5. Com efeito, a sentença absteve-se de analisar o argumento da impossibilidade constitucional de responder o Apelante, perante seus funcionários, por vantagens pecuniárias cujo quanto não estivesse fixado em lei estadual.

Esse argumento, conforme se pode verificar, inobstante longamente deduzido na contestação (cf. contestação, itens 15-8, fls. 31-3), mereceu da sentença o mais completo... **desconhecimento!** E, opostos embargos para obter sua apreciação, declarou-se que tal matéria foi... *"examinada no 2º parágrafo de fls. 82 (fls. 5 da sentença)"* (cf., fls. 91).

Ora, na passagem indicada a sentença limitou-se a afirmar:

"O Termo de Reversão é convênio, firmado entre o Estado e a União, tendo sido aprovado pelo Decreto Legislativo Estadual 1.400/60 e pela Lei Federal n.º 3.887, de 8 de fevereiro de 1961. Por isto, dito convênio se integra na legislação estadual, não sendo desconhecido à mesma. Se o Estado por ele obrigou-se, não pode alegar exoneração de dever nele contido" (fls. 82).

Isso, no entanto, "data venia", não foi e não é enfrentar o indigitado argumento. Ninguém negou, admitiu-se até, que o Termo de Reversão possa ser tido como lei estadual. O que se sustentou, isto sim, é que nem a lei, mais, sequer norma **constitucional** estadual, poderia determinar que o Estado respondesse por vantagens pecuniárias de seus funcionários não fixadas em lei estadual. A este argumento, sim, é que a douta sentença apelada deveria ter respondido. E, lamentavelmente, **não o fez.**

6. Assim sendo, é nula a sentença, pois a análise e resolução das questões propostas pelas partes são uns de seus requisitos **essenciais** (CPC, artigo 458, II e III).

IV — DA PRESCRIÇÃO

7. Surpreendido com o não acolhimento das preliminares que suscitou, pois aguardava a complementação da inicial para inclusive arguir, se fosse o caso, a prescrição, não resta outra alternativa ao Apelante, a fim de resguardar seus direitos e pô-los a salvo de quaisquer discussões, que argui-la, como efetivamente a argui, ... **condicionalmente (!)**, ou seja, para o caso de os Apelados estejam pleiteando retificação da fixação inicial das complementações de proventos.

Se for este o caso, a pretensão está prescrita e como tal deve ser declarada, eis que inativados os mencionados servidores em data anterior ao quinquênio antecedente à propositura da ação.

V — DO MÉRITO

8. No mérito, cabe notar antes de tudo a absoluta falta de prova dos fatos constitutivos dos direitos deferidos pela sentença, prova que, como é óbvio, **incumbia aos Apelados**, Autores (CPC, 333, I). Não se demonstraram, aliás, como se viu, sequer se indicaram, (a) os valores dos vencimentos dos Apelados nas ocasiões de suas aposentadorias e (b) os valores dessas. Ora, nos termos do artigo 189 da Lei n.º 2.061/53, ... **só se aqueles fossem superiores a esses surgiria o direito à complementação!** Em outras palavras: declarou-se o direito — mas, note-se, a ação não é declaratória! — e condenou-se à sua reparação... **sem prova de ter sido ele lesionado!** Diga-se melhor: de ...**sequer ter existido!**

Aliás, a própria sentença tropeçou na falta de prova, pois não indicou — e nem poderia fazê-lo, eis que ...**inexistente!** — o elemento dos autos em que se fundou para julgar demonstrados os fatos constitutivos dos direitos.

9. Tirante, no entanto, o aspecto da prova, que, só ele, seria suficiente para determinar a improcedência da demanda, outro ponto, importantíssimo, cumpre assentar: o direito que assiste ao servidor ferroviário, **pelo menos contra o Apelante**, é tão só a diferença a maior, se houver, entre as vantagens a ele atribuídas **pelo Estado** (= previstas na legislação estadual) à data da aposentadoria e o valor dessa no órgão da previdência social (art. 189, Lei n.º 2.061/53).

10. Certo, parecem sustentar os Apelados que a diferença a que alude o artigo 189 deve ser calculada tomando por base a remuneração, bem maior, **fixada e paga pela Rede Ferroviária Federal S/A** (entidade privada!), e não as vantagens, menores, deferidas pela legislação estadual.

11. "Data venia", no entanto, assim não pode ser.

12. Em primeiro lugar, porque, ao contrário do que se afirma, isso não estabelece o tão invocado Acordo de Reversão, que, sobre não ser outorgativo de direitos a terceiros (v.g.: servidores), vinculando apenas as partes convenientes (União, Estado, Rede), se limita a assegurar aos servidores cedidos, na cláusula quarta, a qualidade de servidor público ferroviário do Estado, reconhecendo-lhes os direitos que lhes eram ou viessem a ser **legalmente** (note-se: a remuneração paga pela Rede **sequer é fixada em lei**) assegurados, direitos, no entanto, que, como é óbvio, **contra o Estado**, só poderiam ser os previstos na legislação estadual.

13. De outra parte, ainda quando o Acordo de Reversão tivesse dito expressamente o que parecem sustentar os Apelados, ou seja, que o cálculo da diferença prevista no artigo 189 da Lei n.º 2.061/53 deveria ser feito com base na remuneração

fixada e paga pela Rede (entidade privada!), não poderia ele ser aplicado, pois, então, seria manifestamente inconstitucional por violar o princípio da irrenunciabilidade e indelegabilidade das competências (cf. CIRNE LIMA, "Princípios", p. 141, Constituição de 1946, artigo 36, § 2º, sob cuja vigência foi celebrado o Acordo de Reversão, e Emenda nº 1/69, artigo 6º, parágrafo único).

É que, então, mediante o Acordo, o Estado não mais estaria fazendo do que atribuir a outrem (Rede, União, etc.) o poder, irrenunciável e indelegável, de fixar o "quantum" de vantagens pecuniárias de seus funcionários, no caso o "quantum" da diferença a que alude o artigo 189 da Lei nº 2.061/53.

Na verdade, parece evidente que se "A" (Estado-membro) responde perante "B" (funcionário estadual) por uma vantagem pecuniária cujo quanto é calculado com base em remuneração fixada por "C" (outro que não "A"), quem de fato fixa aquele "quantum" é ... "C". Isso, no entanto, no nosso sistema constitucional, é simplesmente ... **impossível** (!), pois, vedada a delegação, o quanto das vantagens pecuniárias dos funcionários deve ser fixado **em lei da entidade a que pertencem**.

Ainda aqui, porém, dado o princípio segundo o qual "*é dever precípua do Juiz 'its our plain duty' — adotar a exegese que salve a lei da inconstitucionalidade*" (C. A. LUCIO BITTENCOURT, "O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis", p. 94), o Acordo de Reversão só poderia ser interpretado como não atributivo de direito a terceiros (v.g., funcionários), mas vinculante apenas das partes convenientes (União, Estado e Rede), que, como se viu, em última análise, é o que ele efetivamente é.

14. Impõe-se, pois, fixar: os servidores cedidos à Rede, como funcionários de Estado que são, regem-se estatutariamente e só podem adquirir contra o Estado direitos que a **lei estadual** lhes outorgar. Isso não obsta, como é evidente, que a Rede lhes remunere a mais e, até, ela ou a União, lhes outorguem outros direitos, como parece ter-se feito na Lei Federal 3.887/61, mas tais encargos são da responsabilidade única e exclusiva da Rede ou da União, conforme o caso, e, assim, **só contra elas exigíveis**.

Cumpra, no entanto, notar, para desfazer equívocos: O Apelante não nega possa pagar aos ferroviários diferença de proventos superior à resultante da aplicação dos padrões estaduais. Poderá fazê-lo, uma vez que isso decorra de lei federal ou de ato da Rede aumentando salários, pois a tanto se obrigou mediante o Acordo (cf. cláusula 11ª, "caput"). Ao fazê-lo, no entanto, o faz — e aqui o ponto fundamental — como obrigado **perante a União a não perante os servidores**. Em duas palavras: esses... **não têm o direito de exigir-lha tal pagamento**. Só a **União**, que, aliás, para tanto, obrigou-se, no próprio Convênio, sinalagmaticamente, a... **consignar no orçamento as dotações necessárias** (cf. cláusula 11ª, § 3º, "in fine").

Na verdade, sobre inconstitucional, e sobre destruir o sinalagma do Acordo (o Estado só tem o dever de pagar além do padrão estadual — dever, repita-se, para com a União — se essa consiganar), o entendimento de que o Estado deve responder (= está obrigado), perante os servidores, pela vantagem do artigo 189 calculada segundo a remuneração da RFFSA ou da União, gera situações de flagrante injustiça. Principalmente para os funcionários não-cedidos ou devolvidos (o Acordo prevê também a devolução, cláusulas 5ª e 9ª, § 3º), que, prestando serviço **no e para o Estado** (serviço **estadual** "stricto sensu"), e com as mesmas qualificações funcionais dos cedidos, vêem-se colocados face ao Estado em posição pecuniária inferior (= sem os direitos, contra o Estado, que os cedidos têm), aquinhoados que foram aqueles, **sem lei** (!), **sem ponderação orçamentária** (!), **sem aferição das possibilidades do erário estadual** (!), por uma remuneração fixada por outrem e, como é óbvio, em função das disponibilidades do orçamento... **desse outrem** (!).

15. Nem se alegue que os vencimentos dos servidores cedidos não poderiam ficar cristalizados à época do Acordo de Reversão, pois, segundo a lei estadual, **nunca o ficaram** (cf., v.g., Lei nº 5.603, de 17 de maio de 1968, artigo 6º, e **todas** as relativas a aumentos de vencimentos). O Estado, repare-se o equívoco,... **não se omitiu legislativamente em relação aos ferroviários!**

Mas, ainda que a lei estadual nunca tivesse feito referência à revisão dos vencimentos dos ferroviários cedidos, é óbvio que, atento ao princípio da indelegabilidade das competências, tal revisão deveria ser feita por aplicação analógica das leis relativas aos demais servidores **estaduais**, e não, nunca, aplicando-se a remuneração fixada pela Rede (entidade privada!) para os ... **seus empregados!**

16. Assim, para sustentar o que sustenta, o Apelante não pretende tomar por base os vencimentos e vantagens da época do Acordo de Reversão, mas **os das datas das aposentações**. Deverão, no entanto, sê-lo, isto sim, até por disposição constitucional, os fixados na **lei estadual**.

17. **Mes, não é só. Também a Lei nº 3.096/56 (Lei Peracchi), invocada no decisório "a quo" como razão de decidir, não poderia ter sido aplicada.**

Em primeiro porque, nos termos da pacífica jurisprudência do Pretório Excelso, não mais pode subsistir equiparação do tipo da ali consubstanciada em face da proibição contida no artigo 98, parágrafo único, da Emenda Constitucional nº 1/69, que, aliás, é repetição do artigo 96 da Constituição de 1967 (R.T.J. 63/592, 70/365, 75/853, 78/252), sendo, além disso, de notar que os Apelados **sequer sofreram o desconto a que alude, ou melhor, aludia a mencionada lei**.

Em segundo, porque, conforme se pode verificar, os Apelados não demonstraram que os valores de suas aposentadorias na Previdência Social tenham sido em algum momento inferiores aos vencimentos e vantagens, inclusive gratificações adicionais, deferidos pela legislação estadual às posições funcionais de que eram detentores no Estado quando de suas inativações.

Em terceiro, porque se as pretensões eram de, por aplicação da Lei Peracchi, perceber-se o mesmo que os funcionários em atividade na RFFSA, os quais, como já se disse, percebem uma remuneração, **fixada e paga pela Rede** (entidade privada), maior do que a deferida pela lei estadual, isso esbarraria em que, como se viu, o Estado não pode responder por vantagens desconhecidas de sua legislação. De qualquer forma, como já se disse e redisse, nem isso — a diferença entre a remuneração da Rede e as aposentadorias — ficou demonstrado.

18. Mas, ainda não é só. A consideração dos reajustes dos benefícios previdenciários nas revisões das complementações é expressamente imposta em lei (cf. Lei n.º 5.892, de 23 de dezembro de 1969, artigo 5.º) e, como tal, deveria ter sido determinada na sentença.

19. Por fim, incabível também a correção monetária, que, como se sabe, depende de autorização legislativa, inócurre na espécie.

Desta forma, ESPERA o Apelante haja por bem essa Egrégia Câmara DAR PROVIMENTO à apelação para decretar a nulidade do processo e determinar a complementação da inicial nos termos deduzidos na contestação, reabrindo-se após o prazo para a resposta, ou, se assim não entender, para decretar a nulidade da sentença e determinar a prolação de outra ou, se ainda assim não entender, para julgar a ação totalmente improcedente nos termos supradeduzidos como medida de

JUSTIÇA!

PORTO ALEGRE, 4 de fevereiro de 1981.

ACÓRDÃO

Ferroviários. Termo de Reversão.

Têm direito, os ferroviários amparados pelo Termo de Reversão, à gratificação adicional calculada sobre os vencimentos efetivamente recebidos, bem como a vantagens integrais na inatividade.

Precedentes jurisprudenciais.

APELAÇÃO CÍVEL
N.º 37.876

DR. JUIZ DE DIREITO DA 1.ª VARA DA
FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL,
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,
ALBERICO BONES; ARMANDO PEREIRA
ALVES e CECÍLIO RAFFIN e OUTROS,

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL
PORTO ALEGRE

APRESENTANTE;
APELANTE;

APELADOS.

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os juizes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade, rejeitadas as preliminares, em negar provimento à apelação interposta pelo Estado do Rio Grande do Sul, mantida a sentença, o que decidem pelos fundamentos e nos termos expostos nas notas taquigráficas em anexo, que incorporam ao presente aresto.

Custas como de lei.

Participou, também, do julgamento o eminente Desembargador PIO FIORI DE AZEVEDO.

Porto Alegre, 06 de outubro de 1981.

DES. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO,
Presidente e Relator.

DES. TULIO MEDINA MARTINS.

RELATÓRIO

O SR. PRESIDENTE (DES. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO — RELATOR)

— Cuida-se de ação ordinária proposta por ALBERICO BONES e Outros contra o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Alegam os autores terem sido titulares do cargo efetivo de "engenheiro", e aposentados como titulares de cargo em comissão, investidos há mais de cinco anos. Com exceção de Ruben Di Primio Leitão, Sinval Gastão Rabelo da Silva e Telmo Jardim de Oliveira, todos os demais, embora aposentados em data posterior a 15.03.68, estavam amparados pelas disposições do art. 177, § 1.º da Constituição Federal de 1967. Eles foram, em 1959, cedidos à Rede Ferroviária Federal S/A, e passaram a classificar-se segundo quadro de pessoal previsto na Portaria Ministerial n.º 512/57, ficando inalterável a classificação dos cargos no quadro estadual. Porém, a gratificação adicional de 25%, a que eles têm direito ao se inativarem, vem sendo calculada sobre o valor dos vencimentos que teriam no Estado, à época de sua cessão, e não sobre o valor dos vencimentos dos cargos que exerciam na Rede, quando da aposentadoria. Requerem, também, os autores, o reajuste de proventos à razão de 100% dos reajustes dos vencimentos do pessoal em atividade, devido à Lei Peracchi, e não à razão de 70%, como vem lhes pagando o Estado.

Contestou o réu (fls. 26/35) arguindo, preliminarmente, a falta de indicação, na inicial, dos valores das diferenças pleiteadas, e a falta de documentos comprobatórios dos fatos referidos. Alega, também, continência de ações, pedindo a reunião dos processos para serem decididos simultaneamente.

No mérito, alega que o direito que assiste ao servidor ferroviário contra o Estado é o pagamento da diferença à maior, se houver, entre as vantagens atribuídas pela legislação estadual à data da aposentadoria e o valor dessa no órgão da previdência social. E a equiparação criada pela Lei Peracchi deve cessar devido a vedação do art. 98, parágrafo único da C.F..

Manifestou-se o MP pela procedência parcial da ação, repelidas as preliminares.

O magistrado julgou procedente a ação e condenou o réu a pagar aos autores as gratificações adicionais, a que fazem jus, calculadas sobre o valor efetivo dos vencimentos por eles percebidos na RFFSA quando se inativaram, declarando ainda o direito dos demandantes à revisão de seus proventos a razão de 100% dos reajustes dos servidores em atividade, do mesmo grupo funcional. Condenou, ainda, o Estado a pagar aos autores as diferenças vencidas, não alcançadas pela prescrição, acrescidas de correção monetária e juros moratórios.

O Estado do RS interpôs embargos de declaração, que foram rejeitados, e apelou (fls. 92/106), alegando nulidade do processo por falta de requisitos da inicial, e também a nulidade da sentença, por omissa na análise e resolução das questões propostas. Alega, ainda, absoluta falta de prova dos fatos constitutivos do direito deferido pela sentença, e reitera as teses da contestação.

Contra-razões à fls. 108/109.

O MP, em ambas as instâncias, opina pela manutenção da sentença.

Subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O SR. PRESIDENTE (DES. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO — RELATOR)

— No que tange às preliminares suscitadas pelo Estado, desejo reportar-me à bem lançada sentença, do ilustre juiz Gabriel da Cunha, para rejeitá-las.

Disse o magistrado:

“A pretensão se dirige à declaração de direito à diferença de proventos, cumulada com condenação a pagamento das atrasadas impagas, segundo se apure em liquidação de sentença. Os autores juntaram prova documental de sua situação funcional e requereram informações através de requisição judicial no tocante aos critérios ora obedecidos na fixação de seus proventos. Era o que lhes competia fazer, pois a lei processual ainda conhece a possibilidade do pedido ilíquido (art. 286, *caput*, parte final). De outra parte, se a relação jurídico-material se compõe na fase de conhecimento, sua projeção financeira pode ser relegada para liquidação, como é curial.

No concernente à invocação de inépcia, ainda, tratando-se de lide contra pessoa de direito público, a requisição de documentos comprobatórios dos fatos alegados pelo particular é prática tradicional e tranqüila, sendo esse o caminho trilhado, *in casu*, pelos autores. Veja-se o documento de fls. 67/68.

Aliás, a iliquidez do pedido não impedia o réu de impugnar o valor da causa, se o quisesse. E a mesma razão não o impedia de alegar prescrição. Notável, no particular, a circunstância de que a própria postulação excluiu parcelas atingidas pelo quinquênio extintivo (fls. 5). E se a prescrição que o contestante desejava arguir era a do fundamento da ação, bastava que observasse a discriminação de datas da inativação dos demandantes, lançada a fls. 2/3.

Por sua repetição em diversas ações do tipo da aqui decida, os argumentos das preliminares vêm do estereótipo de defesa que o contestante montou, não tendo realmente a relevância por ele querida.

Apenas no relativo à prefacial de continência mostrou-se a defesa própria, eis efetivamente ocorrente o problema. Os autores, entretanto, desistiram da ação (*ut* processo apenso), resultando prejudicado o incidente”.

O magistrado julgou procedente a ação e condenou o Estado a pagar aos autores as gratificações adicionais a que fazem jus, calculadas sobre o valor efetivo dos vencimentos por eles percebidos na Rede Ferroviária Federal quando se inativaram, declarando ainda o direito dos demandantes à revisão de seus proventos à razão de 100% dos reajustes dos servidores em atividade do mesmo grupo funcional.

O magistrado referiu que “o termo de reversão é convênio firmado entre o Estado e a União, tendo sido aprovado pelo Decreto Legislativo Estadual nº 1.400/60 e pela Lei Federal nº 3.877, de 08.02.61. Por isso dito convênio se integra na legislação estadual, não sendo desconhecido à mesma. Se o Estado por ele obrigou-se, não pode alegar exoneração de dever nele contido”.

Refere, a seguir, que a Cláusula 4ª do Termo de Reversão assegurou a todos os ferroviários cedidos à Rede a manutenção na condição de servidores públicos estaduais, e os direitos, vantagens e prerrogativas a eles então ou futuramente assegurados. (enquanto servidores públicos).

E prossegue: “Deste modo, as Leis Estaduais nº 2.061/53 e 3.096/53 (Estatuto dos Ferroviários e Lei Peracchi), por vigentes ao tempo da lavratura do convênio, nele evidentemente se integraram, pois o Estado não podia desconhecê-las. O art. 189 da citada Lei nº 2.061 garantia ao ferroviário aposentado a diferença dos proventos pagos pela previdência social e o valor dos estípedios totais que recebesse à data da aposentadoria. E a Lei Peracchi assegurava a revisão dos proventos à razão de 100% dos aumentos concedidos ao pessoal em atividade. “Sendo assim” — prossegue o Juiz — “ineludível o direito dos ferroviários de perceber, na inatividade, proventos iguais aos vencimentos dos servidores em atividade. Quando o INPS não cobrir tal quantia, ao Estado incumbe o dever de complementar a diferença (cláusula 11ª do Termo de Reversão). Ademais, tendo os ferroviários o direito às gratificações de 15% e 25%, respectivamente, aos 15 e 25 anos de serviço, tais percentuais

só podem incidir sobre os vencimentos ou salários efetivamente percebidos quando da aquisição de tais direitos. Se o Estado manteve paralisado o quadro de seus ferroviários cedidos, que passaram a receber na Rede Ferroviária Federal salários maiores do que aqueles previstos nas tabelas de vencimentos estaduais, não pode querer fazer prevalecerem os últimos para a base de cálculo dos adicionais, pena de frustrar o direito à sua percepção. Neste sentido iterativa jurisprudência deste Estado, que o signatário inclusive se escusa de reproduzir".

Adiante, o juiz sustenta que a vedação do art. 98, parágrafo único, da Constituição Federal, nada tem a ver com a espécie: "Lá se proíbe dita equiparação para cargos diferentes. Aqui se trata de equiparação para o mesmo cargo e servidor, dos proventos de aposentadoria com os vencimentos da atividade". E mandou ainda que as diferenças de proventos, como são verbas de natureza salarial, fossem atualizadas em seus valores através dos índices de correção monetária das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional.

A matéria já foi apreciada por esta 1ª Câmara Cível, em acórdão (cópia a fls. 47) sob a seguinte ementa:

"Ferroviários. Proventos.

Reconhecidos aos ferroviários do Rio Grande do Sul os direitos assegurados pelas Leis Estaduais nº 2061/53 e 3096/53, fazem jus à gratificação adicional calculada sobre os vencimentos efetivamente percebidos e a vantagens integrais na inatividade.

Revisões. Satisfeitos até 15.03.68 os pressupostos para aposentadoria previstos nas referidas leis, nas revisões das diferenças de proventos não se lhes pode descontar majoração posteriores da parcela paga pela previdência social. Aplicação dos art. 189 e 195 da Lei nº 2.061/53, Lei nº 3.096/53, e art. 177, § 3º, da Constituição de 1967".

Deste acórdão foi relator o eminente Des. Cristiano Graeff Júnior, o qual declarou considerar que "entre os direitos, vantagens e prerrogativas que são assegurados aos funcionários e que foram garantidos na reversão, figura o de perceberem as gratificações adicionais 'sobre vencimento ou salário a partir da data que completarem, respectivamente, 15 e 25 anos de efetivo serviço público.' Dúvida não existe de que o autor faz jus à gratificação de 25%, que deve obviamente recair 'sobre o vencimento ou salário' que efetivamente perceber na ocasião em que completar o período respectivo de tempo de serviço. Pretender tomar por base um salário ou vencimento congelado pela reversão é interpretar às avessas a garantia assegurada ao servidor. A gratificação incide sobre o salário real, é um 'plus' que acompanha as variações salariais, decorra o ato da apelante ou de quem quer que seja".

Quanto à revisão de proventos disse o Des. Cristiano: "A revisão dos proventos da inatividade deve se fazer na proporção de 100%, como estipula a chamada Lei

Peracchi (3.096/53), vigente à época da reversão e para a qual contribuía o apelante. Essa lei, no particular, derogou o art. 196 da Lei nº 2.061/53, que mandava proceder à revisão à base apenas de 70%".

Reporto-me, outrossim, ao acórdão proferido pela egrégia 3ª Câmara Cível, na Apelação Cível nº 29.083, de 30.03.78, Relator o eminente Des. Paulo Boeckel Velloso, e assim ementado:

"Ferroviário. Amparado pelas cláusulas do Termo de Reversão, tem direito à percepção de gratificação adicional não só sobre a parte que lhe paga o Tesouro, como também a outra, paga pela Rede". E o Des. Velloso, em seu voto, refere que: "A gratificação adicional deve incidir sobre vencimento e salário realmente percebido pelo servidor, e não apenas sobre determinada parcela. Tal garantia resultou não somente da cláusula 6ª do Termo de Reversão, como em decorrência da Lei Estadual nº 3.096/53. Também tem sido reconhecido de modo uniforme, em numerosos julgados, o direito que tem o ferroviário aposentado, nas condições em que dá conta esta ação, de receber integral reajustamento de proventos em relação aos servidores em exercício, sem a restrição do art. 5º da Lei nº 5.892/69 (benefícios pagos pelo INPS), reconhecendo-se a seu favor o benefício da dupla aposentadoria, ao menos com respeito aos servidores que já houvessem satisfeito até 15.03.68 as condições do art. 177, § 1º, da Constituição do Brasil de 1967".

Como, aliás, foi salientado da tribuna, pelo ilustre Procurador do Estado, o argumento maior do apelante é aquele de que, ainda quando o acordo de reversão houvesse dito que o cálculo da diferença, previsto no art. 189 da Lei nº 2.061/53, deveria ser feito com base na remuneração fixada e paga pela Rede, entidade privada, não poderia ele ser aplicado, pois, então, seria manifestamente inconstitucional por violar o princípio da irrenunciabilidade e da indelegabilidade das competências. E se sustenta (fls. 101) que, "mediante o acordo, o Estado não mais estaria fazendo do que atribuir a outrem (Rede, União, etc.) o poder irrenunciável e indelegável, de fixar o 'quântum' de vantagens pecuniárias de seus funcionários, no caso o 'quântum' da diferença a que alude o art. 189 da Lei nº 2.061/53".

Entretanto, mais adiante, as razões de apelação do Estado do Rio Grande do Sul salientam: "Cumpro, no entanto, notar, para desfazer equívocos: o apelante não nega possa pagar aos ferroviários diferença de proventos superior à resultante da aplicação dos padrões estaduais. Poderá fazê-lo, uma vez que isso decorra de lei federal ou de ato da Rede aumentando salários, pois a tanto se obrigou mediante o Acordo (cf. cláusula 11ª, 'caput'). Ao fazê-lo, no entanto, o faz" — e aqui o ponto fundamental — como obrigado perante a União e não perante os servidores. Em duas palavras: esses não tem o direito de exigir tal pagamento. **Só a União**, que, aliás, para tanto obrigou-se, no próprio Convênio, sinalagmáticamente, a consignar no orçamento as dotações necessárias (cf. cláusulas 11ª § 3º, 'in fine')".

Tenho para mim, entretanto, que tendo o Estado assumido, em convênio sob o plácito da colenda Assembléia Legislativa, determinadas obrigações constantes deste Termo de Reversão, neste Termo constando atribuição de direitos e vantagens a terceiros — no caso aos funcionários ferroviários —, a esses funcionários assiste o direito de invocar essas cláusulas perante quem se obrigou a pagar-lhes aquelas vantagens, ressalvado naturalmente ao Estado, como também consta do convênio, reembolsar-se junto à União.

Em suma, o meu voto é, rejeitadas as preliminares, por negar provimento à apelação, mas não sem reconhecer o excelente trabalho jurídico apresentado pelo ilustre Procurador do Estado, bel. Caio Martins Leal.

O DES. TULIO MEDINA MARTINS — Estou inteiramente de acordo. Também tenho que a questão é bastante conhecida nesta Corte, sendo numerosos os arestos a respeito permitindo-me não invocar precedentes.

O DES. PIO FIORI DE AZEVEDO — Não obstante o brilho da sustentação oral, ainda permaneço fiel a julgamentos anteriores, em que me posicionei nos termos em que V. Ex.^{as} o fizeram agora.

Acompanho os votos dos eminentes Relator e Revisor.

O SR. PRESIDENTE (DES. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO — RELATOR) — Apelação Cível nº 37.876, de Porto Alegre — “A UNANIMIDADE, REJEITADAS AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO, MANTIDA A SENTENÇA”.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

R.h.

J. Intimem-se os recorridos, abrindo-se-lhes vista, pelo de cinco (5) dias, para impugnam o cabimento do recurso. Em 10. fevereiro. 1982.

Vice-Presidente

OBJETO: RECURSO EXTRAORDINÁRIO (CF, art. 119, III, “a”, “c” e “d”, e RISTF, art. 308, “caput”) (Violação à Constituição, Acolhimento de Ato de Governo Local Contestado Face à Carta Magna e Relevância da Questão Federal).

Em sessão plenária realizada em 15/09/82, o Supremo Tribunal Federal acolheu a arguição de relevância de questão federal, determinando o processamento do recurso extraordinário (DJU de 21.09.82 p. 9249).

Questões Constitucionais e Federais Relevantes

Impossibilidade de prever-se, em lei ou tratado, seja o quanto das vantagens pecuniárias dos funcionários calculado com base em remuneração não prevista em lei e fixada por entidade outra que não a do servidor, máximo quando a outra é... **empresa privada** (!). Violação do princípio de que as vantagens pecuniárias dos funcionários devem ser fixadas **em lei da entidade a que pertencem** e do que veda a delegação de poderes (CF, art. 6º, parágrafo único, art. 65, comb. c/art. 13, I e V).

Impossibilidade de reconhecer-se, após a Carta de 1967, equiparação de proventos da inatividade à renumeração da atividade (CF/1967, art. 96, e EC 1/69, art. 98, parágrafo único comb. c/art. 13, V).

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, nos autos da apelação cível nº 37.876, em que figura como Apelante sendo Apelados **ALBERICO BONES e OUTROS**, vem perante Vossa Excelência, muito respeitosamente, por seu representante judicial firmatário, interpor **RECURSO EXTRAORDINÁRIO** contra o venerando aresto de fls. 121-31, que negou provimento à apelação, em razão dos fatos e fundamentos abaixo expostos.

a) Da Decisão Recorrida

1. Trata-se o presente feito de ação em que os Autores, funcionários estaduais cedidos à Rede Ferroviária Federal em face do Acordo de Reversão União — Estado-Rede pretendem o reajuste de que alegam (sem provar!) perceber do Estado com base no art. 189 da Lei nº 2.061/53 (diferença entre os vencimentos da atividade e a aposentadoria previdenciária), que estaria sendo paga a menos.

2. Tal diferença, segundo os Autores, resultaria de dois fatos, a saber: (a) de as gratificações adicionais a que fariam jus virem sendo calculadas sobre as vantagens das posições funcionais por eles ocupadas no Estado quando de suas inativações e não sobre a remuneração, maior, **atribuída e paga pela Rede** às funções que ali desempenhavam quando em atividade e (b) de os reajustes da vantagem a que alude o art. 189 da Lei nº 2.061/53 virem sendo feitos à base de 70% dos aumentos **concedidos pela Rede** aos servidores que ali se encontram em atividade.

Isso, nos termos da inicial, contrariaria não só o Acordo de Reversão, mediante o qual a cessão do Autor à Rede fora **com todas as vantagens asseguradas**, como a Lei Estadual nº 3.096/56 (Lei Peracchi), onde se prevê a equiparação dos proventos da inatividade à remuneração da atividade.

3. O Estado, ora Recorrente, contestou a demanda, alegando, entre outras coisas, (a) que os Autores nunca fizeram jus à vantagem do art. 189 da Lei nº 2.061/53, visto como as vantagens a eles deferidas pela lei estadual da época da inativação eram **inferiores** à sua aposentadoria previdenciária, (b) que o Acordo de

Reversão não atribuía aos funcionários cedidos direito contra o Estado a que a vantagem do artigo 189 fosse calculada tomando por base a remuneração, maior, fixada e paga pela Rede, (c) que, ademais, se assim tivesse disposto o Ajuste, seria ele **inconstitucional**, como tal devendo ser declarado, pois, então, o Estado não mais teria feito que delegar à Rede sua competência **privativa** — exercível, de resto, **mediante lei** — de fixar o quanto das vantagens pecuniárias de seus funcionários, afrontando os artigos 6º, parágrafo único, e 65 da Constituição Federal, e, por fim, (d) que a equiparação pretendida, consagrada na Lei nº 3.096/56, não mais podia subsistir em face do parágrafo único do artigo 98 da Carta Magna, repetição, aliás, do artigo 96 da Constituição de 1967 (cf. contestação; fls. 18 a 27).

Restou **incontroverso** nos autos que as vantagens a que os Autores faziam jus do Estado, segundo a legislação estadual da data da inativação (note-se: não da época do Ajuste, que previa vantagens **menores**), eram **inferiores** ao valor de sua aposentadoria previdenciária.

4. A sentença de primeiro grau julgou a ação procedente, aplicando a Lei nº 3.096/56 e rejeitando o argumento de que o deferimento da vantagem do artigo 189 da Lei nº 2.061/53 com base na remuneração da Rede importaria vedada delegação de competência (cf. sentença, fls. 36-40).

5. O Estado recorreu, reiterando suas colocações, e aduzindo mais: que não se pretendia calcular a vantagem do artigo 189 da Lei nº 2.061/53 tomando por base uma remuneração cristalizada pela reversão, mas, isto sim, as vantagens deferidas ao servidor pela lei estadual **da época da inativação**, pois, e isto era um dado fundamental, os vencimentos dos funcionários cedidos **nunca deixaram de ser atualizados pela lei estadual**, contemplados que foram **sempre** com as leis de aumento (v.g. Lei estadual nº 5.603, de 17 de maio de 1968, artigo 6º, e muitas outras) (cf. razões, item 15, fl. 103).

6. O venerando acórdão recorrido, negando provimento à apelação, rejeitou os argumentos do Estado e confirmou a sentença de primeiro grau (cf. acórdão, fls. 121-31).

7. "Data venia", no entanto, em assim fazendo, (a) deu ao Acordo de Reversão uma interpretação que o põe em conflito com a Constituição Federal, mais especialmente com as regras que vedam a delegação de poder e estabelece que o "quantum" das vantagens pecuniárias dos funcionários (no caso a diferença a que alude o artigo 189 da Lei nº 2.061/53) deve ser previsto em lei da entidade a que pertencem (CF, artigos 6º, parágrafo único, e 65), (b) admitiu equiparação de proventos da inatividade à remuneração da atividade, o que é vedado pelo parágrafo único do artigo 98 da Constituição Federal (c) deu por válidos os atos do governo local que consagram essas disposições contestadas face à Carta Federal, e (d), dissentiu, na interpretação de tais temas, da orientação de outros tribunais do País, especialmente o Supremo Tribunal Federal.

8. Cabível, pois, contra o aresto, recurso extraordinário (CF, artigo 119, III, "a", "c" e "d").

b) Do Cabimento Pela Letra "a"

b.a.) **Da Violação ao Princípio da Fixação em Lei do Quanto das Vantagens Pecuniárias dos Funcionários e ao que Veda a Delegação de Poderes** (CF, artigo 6º, parágrafo único, e artigo 65).

9. Entendeu o venerando acórdão, em face do Acordo de Reversão, que para os funcionários cedidos à Rede, como são os Autores, a vantagem do artigo 189 da Lei nº 2.061/53 (diferença entre os vencimentos da atividade e a aposentadoria previdenciária), deve ser calculada tomando por base a remuneração, maior, fixada e paga pela Rede aos seus empregados (e inclusive, enquanto em atividade, aos Autores), e não nas vantagens, menores, previstas na lei estadual.

10. "Data venia", no entanto, com isso, deu ao Acordo uma interpretação que o põe em conflito com a Constituição Federal, violando, ele mesmo, a mencionada Carta.

11. Isto porque, então, mediante o Convênio, o Estado não mais teria feito que **delegar** à RFFSA sua competência privativa — exercível, de resto, **mediante lei** e, mais, agora, mediante lei de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo — de fixar o "quantum" das vantagens de seus funcionários (como eram e são os Autores), no caso a diferença a que alude o artigo 189 da Lei nº 2.061/53. A diferença de proventos, calculada sobre a remuneração estabelecida pela Rede, seria, então, na verdade, fixada pela RFFSA (entidade privada), em flagrante afronta aos princípios constitucionais citados, que estão contidos no artigo 6º, parágrafo único, e artigo 65 da Carta Federal e são aplicáveis aos Estados-membros por força do artigo 13, I e V daquela Carta.

12. Cumpre, porém, precisar a colocação: o Recorrente não sustenta a inconstitucionalidade do Acordo, mas não a sustenta exatamente porque entende que ele é fonte de obrigações apenas **para e entre as partes convenientes** (Rede, União e Estado) e, como tal, não cria para os funcionários estaduais cedidos direito a haver **do Estado** vantagens cujo "quantum" não tenha sido fixado em lei estadual. Se tal tivesse feito — e assim entendeu o acórdão recorrido, donde o cabimento do recurso também pela letra "c" do permissivo constitucional —, a inconstitucionalidade resumiria, fosse ele simples tratado, lei ou, até, norma **constitucional** estadual, pois nenhuma regra pode sobrepor-se às normas cogentes da Constituição Federal.

Daí porque, também, não ter qualquer significado o fato, que muitos pretendem lhe tenha dado força de lei estadual (o que é discutibilíssimo!), de ter sido o Acordo aprovado por ato da Assembléia Legislativa, pois, repita-se ainda uma vez, norma constitucional estadual que fosse, não poderia ele dispor como entendeu o aresto, ou seja, outorgar vantagens cujo "quantum" não houvesse de ser fixado em lei estadual.

De outra parte, e em razão mesmo do exposto, cabe também fixar: o Recorrente não sustenta não possa pagar aos ferroviários diferença de proventos superior à resultante da aplicação dos padrões fixados em lei estadual. Poderá fazê-lo, uma vez que isso decorra da legislação federal, pois a tanto se obrigou, **perante a União**, mediante o Acordo. Ao fazê-lo, no entanto, o faz — e aqui o ponto fundamental como obrigado **perante a União e não perante os servidores**, que, esses, repita-se, sob pena de violarem-se os princípios constitucionais citados, não podem adquirir contra o Estado vantagens cujo "quantum" não tenha sido fixado em lei estadual. Só a União, **como credora do Estado pelo Acordo**, poderia exigir tal pagamento. Não os servidores, que, note-se, são "tertius" em relação ao Ajuste.

13. Na verdade, não parece admissível no nosso sistema constitucional, onde se exige que o "quantum" das vantagens pecuniárias dos funcionários seja fixado em lei, onde se reconhece competência privativa às entidades jurídico-políticas para legislar sobre o seu direito administrativo, onde se veda expressamente a delegação de competência e, principalmente, onde se garante, imune a emendas, o princípio federativo, que, como tal, é indisponível **inclusive para as unidades federadas**, não parece admissível num tal sistema constitucional, possa o Estado responder por vantagens pecuniárias de funcionários cujo "quantum" tenha sido fixado não em lei estadual, mas em ato de... **outrem** (Rede, União, etc.), absolutamente estranho ao Estado.

Mais do que inconstitucional, isso gera situações de flagrante injustiça, principalmente para os funcionários não-cedidos ou devolvidos (o Acordo prevê também a devolução), que, prestando serviço **no e para o Estado** (serviço estadual "stricto sensu"), e com as mesmas qualificações funcionais dos cedidos, vêem-se colocados face ao Estado em posição pecuniária inferior, aquinhoados que foram aqueles, **sem lei (!), sem ponderação orçamentária (!), sem aferição das possibilidades do erário estadual (!)**, por uma remuneração fixada por **outrem** (Rede, União, etc.) e, como é óbvio, e tanto mais grave, em função das disponibilidades do orçamento **desse outrem (!)**.

Não se nega que os ferroviários possam fazer jus aos mesmos direitos de que gozam os demais servidores da Rede, principalmente em face da Lei nº 3.887/61. Mas tais direitos só poderão ser exigíveis... **contra quem os outorgou** (Rede, União, etc.) e não, nunca, à míngua de lei estadual, contra o Estado. Aliás, a própria Justiça do Trabalho vem reconhecendo esta superposição de vantagens, deferindo aos funcionários cedidos, **contra a Rede**, verbas tipicamente trabalhistas (13º salários, etc.).

b.b.) Violação do Artigo 98, Parágrafo Único, da Constituição Federal.

14. O venerando acórdão recorrido, para deferir o pedido dos AA., aplicou o artigo 1º da Lei nº 3.096/56 (Lei Peracchi), que assim dispõe (ou, segundo a colocação do Recorrente, dispunha), "verbis":

"Os servidores civis e militares do Estado, quando em inatividade, por aposentadoria, reserva ou reforma, perceberão, sempre, proventos iguais aos vencimentos que, em qualquer época, venham a perceber os servidores em atividade, da mesma categoria, posto ou graduação, respeitada a proporcionalidade do tempo de serviço".

15. Ora, ao assim fazer, parece claro que o aresto violou o artigo 98, parágrafo único, da Carta Constitucional vigente, pois admitiu equiparação vedada por aquele dispositivo, que, aliás, é repetição do artigo 96 da Constituição de 1967.

16. Na verdade, o que passou a exigir-se a partir de 1967 é que, no tocante à remuneração, para cada categoria de pessoal do serviço público haja provimento legislativo **específico**, evitando-se repercussões não visadas e forçando-se o legislador a deter-se no exame das remunerações que defere.

Ora, é inegável que, inobstante não se desvincule do serviço público, o servidor que se aposenta sofre uma tal modificação na sua relação com a Administração (v.g.: cessação dos deveres de comparecimento ao serviço e desempenho das atribuições, afastamento do cargo, que inclusive deixa de titular, etc.) que é de ser considerado como integrante de **outra** categoria, a dos inativos, que não aquela por ele integrada quando em atividade (cf. s/as modificações operadas pela aposentadoria, ALMIRO DO COUTO E SILVA, "Atos de Direito Administrativo Praticados Por Particulares e Direitos Formativos", "in" Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do RGS, vol. 9, págs. 27-8).

17. Nem se alegue, de outra parte, a existência de direito adquirido à equiparação, pois, como se sabe, os direitos adquiridos — e já é muito discutível, tendo em vista a natureza estatutária da relação de função pública, que se adquira direito a equiparações de remuneração — os direitos adquiridos não podem subsistir contra a Constituição, que corta, cerce, tudo o que contra ela se põe.

c) Do Cabimento Pela Letra "C"

18. O venerando aresto recorrido, conforme foi demonstrado acima, deu ao Acordo de Reversão União-Estado-Rede uma interpretação que o põe em conflito com a Constituição Federal, pois, segundo a exegese do acórdão, mediante o Ajuste, o Estado teria (a) admitido a existência de vantagens de funcionários seus cujo "quantum" não houvesse de ser fixado em lei e (b) delegado à Rede Ferroviária Federal S/A sua competência privativa para fixar aquele "quantum".

19. Ora, se se entender que o Acordo deve ser interpretado assim (o Recorrente, "data venia", tendo em vista o princípio de que a interpretação não deve conduzir à inconstitucionalidade, entende que não, que o Ajuste deve ser interpretado como criador de direitos e obrigações apenas **entre as partes convenientes**), então é

certo que se trata ele de "ato de governo local contestado em face da Constituição" (o Estado não poderia admitir vantagens cujo "quantum" não houvesse de ser fixado em lei estadual, nem delegar poderes para fixar aquele "quantum"), pelo que, tendo-o julgado válido, o venerando aresto é passível de recurso extraordinário também pela letra "c" do permissivo constitucional.

20. De outra parte, o cabimento do recurso por essa alínea tem também suporte no fato de ter-se aplicado, julgando-a válida, a Lei estadual n.º 3.096/56, que equipara os proventos da inatividade à remuneração da atividade, contestada em face do parágrafo único do artigo 98 da Constituição Federal, que veda "vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público".

d) Do Cabimento Pela Letra "d"

21. Mas, cabível pelas letras "a" e "c", o apelo extraordinário tem cabimento também pela alínea "d" do inciso III do artigo 119 da Constituição Federal.

22. Com efeito, ao aplicar o artigo 1.º da Lei n.º 3.096/56, entendendo subsistente a equiparação ali consubstanciada, o aresto recorrido divergiu, de modo flagrante, da jurisprudência dos demais tribunais do País, especialmente o Supremo Tribunal Federal, que, em virtude do parágrafo único do artigo 98 da Carta Federal, não a admitem.

23. Eis, com efeito, as decisões:

"Toda a questão se resume em saber se continua em vigor o preceito do artigo 1.º da Lei estadual n.º 3.096/56, de 3 de novembro de 1961, assim concebido: 'A revisão dos proventos aposentados do Estado de Minas Gerais se processa pela presente lei, ficando permanentemente equiparados e igualados aos da atividade do cargo ou função correspondente ao em que se deu a aposentadoria' (grifo do acórdão). / (...) Assim, tenho que nada impede ao Estado de Minas Gerais aumentar, por lei especial ou geral, os proventos dos inativos, na mesma proporção dos vencimentos dos servidores em atividade, porém, não aceito a subsistência de uma equiparação automática e permanente por lei ordinária incompatível com os preceitos constitucionais federais, quando o texto constitucional estadual, por conter o mesmo princípio, foi declarado inconstitucional" (RE 78.429, MG, Rel. Min. COROEL RO GUERRA, "in" R.T.J. 81/783-5).

E, no mesmo sentido, o RE 67.175, ES, (R.T.J. 70/365), RE 79.694, ES, (R.T.J. 75/853), a Rp 861, MG (R.T.J. 63/592), a Rp 754, GE (R.T.J. 50.218), a Rp 755, RJ (R.T.J. 52/501) e muitos outros.

24. Assim, como se vê, está manifestamente comprovado o dissídio: enquanto as decisões supra-referidas repelem equiparação do tipo da consubstanciada na Lei n.º 3.096/56 (de inativos a ativos), o aresto recorrido considera válida a equiparação, aplicando a lei local.

d.a.) Da Relevância da Questão Federal

25. O tema da equiparação de remuneração no serviço público tem, indiscutivelmente, relevância que transcende os limites da presente demanda e, como tal, qualifica-se como suficiente para fundar o recurso extraordinário.

26. A inovação, certa ou errada, introduzida pela Constituição de 1967 (artigo 96) e reiterada na Emenda 1/69 (artigo 98, parágrafo único) tem gravíssima repercussão, não se podendo afastá-la sem negar um dos princípios básicos do atual direito administrativo brasileiro. Pretende-se que, em qualquer remuneração que defira, o legislador não se veja surpreendido com o deferimento de uma outra, a equiparada, que não quis outorgar.

27. Daí, pois, a relevância da questão, que é argüida pelo Recorrente nos termos e para os efeitos dos artigos 325 e 328 do RISTF.

ISTO POSTO, REOUEER se digne Vossa Excelência ADMITIR o presente recurso, abrindo-se vistas às partes para as razões, e DETERMINAR O PROCESSAMENTO DA ARGÜIÇÃO OE RELEVÂNCIA, nos termos e para os efeitos dos arts. 325 e 328 do RISTF, havendo por bem o Egrégio Supremo Tribunal Federal conhecê-lo e dar-lhe provimento para o efeito de julgar a ação integralmente improcedente, declarando-se especialmente, além das outras colocações sustentadas, que o Acordo de Reversão União-Estado-Rede não cria para os funcionários cedidos, contra o Estado, direito à vantagem cujo quanto não esteja fixado em lei estadual ou, se se entender que cria, declarando-se-lhe a inconstitucionalidade.

REOUEER, outrossim, o traslado das seguintes peças para o instrumento da relevância:

- a) Inicial
- b) Contestação
- c) Sentença de primeiro grau
- d) Petição de embargos de declaração contra sentença de 1.º grau
- e) Decisão dos embargos de declaração na sentença de 1.º grau
- f) Apelação e razões de apelação, fls. 92-106
- g) Relatório de segundo grau, fls. 116-7
- h) Acórdão recorrido, fls. 121-31

Nestes termos pede deferimento.

PORTO ALEGRE, 8 de fevereiro de 1982.
(segunda-feira)

CAIO MARTINS LEAL
PROCURADOR DO ESTADO

DESPACHO DENEGATÓRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO NOS
AUTOS DA APELAÇÃO CÍVEL
Nº 37.876

ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL,
ALBERICO BONES; ARMANDO PEREIRA ALVES e CECÍLIO RAFFIN e OUTROS,

1ª CÂMARA CÍVEL
PORTO ALEGRE

RECORRENTE:

RECORRIDOS.

I. Inconformado com a decisão da Egrégia 1ª Câmara Cível deste Tribunal, o Estado do Rio Grande do Sul recorre extraordinariamente, com fundamento no artigo 119, inciso III, letras **a**, **c** e **d**, da Constituição Federal.

Consigna a ementa do v. acórdão (fl. 121): "*Ferrovários. Termo de Reversão.*

Têm direito, os ferroviários amparados pelo Termo de Reversão, à gratificação adicional calculada sobre os vencimentos efetivamente recebidos, bem como as vantagens integrais na inatividade. Precedentes jurisprudenciais".

Alega o recorrente que a decisão da 1ª Câmara Cível negou vigência aos artigos 6º, parágrafo único, 65 e 98, parágrafo único, da Constituição Federal, deu por válidos atos do governo local contestados em face da Constituição Federal (no caso o Acordo de Reversão e a Lei nº 3.096/56), divergindo ainda da orientação de outros tribunais e do próprio Supremo Tribunal Federal.

Argúi a relevância da questão federal.

O recurso não foi impugnado.

Em parecer, opina o Dr. Procurador Geral da Justiça pela inadmissão do recurso extraordinário por ser ele intempestivo.

II. **Data venia** não me parece que o recurso seja intempestivo, pois decisão recente do STF determina que o prazo para interpor recurso extraordinário não flui durante as férias forenses, tal como ocorre no presente caso (RE nº 94.537-RTJ 98/1237).

Passo então ao exame da questão suscitada.

Argumenta o recorrente que o v. acórdão impugnado teria violado os artigos 6º, parágrafo único e 65, da Constituição Federal, ou seja, interpretou o Acordo de

Reversão contra as regras constitucionais que vedam a delegação de poderes. Sustenta que a vantagem dos funcionários (no caso a diferença a que alude o artigo 189 da Lei nº 2.061/53) deve ser estabelecida pela entidade a que pertencem os servidores e, não, por outrem. No caso, o Estado recorrente teria delegado à Rede sua competência privativa de fixar o **quantum** de vantagens a serem atribuídas a seus funcionários. Calculada que foi a diferença que o Estado deveria suportar, sem que o fosse mediante lei, estar-se-ia afrontando ao mandamento constitucional.

Não procedem tais alegações, de vez que não há qualquer delegação de poderes. Compete à RFFSA apenas a elaboração dos cálculos das diferenças de proventos. A fixação dos percentuais de aumento de pessoal da atividade, feita através de provimento legislativo estadual e por força de mandamento constitucional, é estendida aos inativos. Ao Estado compete o pagamento dos proventos dos inativos e, posteriormente, o débito das parcelas correspondentes à União Federal.

Sustenta ainda o recorrente ofensa ao art. 98, parágrafo único, da Constituição Federal, eis que o v. acórdão recorrido aplicando o art. 1º da Lei nº 3.096/56 (Lei Peracchi), admitiu a equiparação vedada por mandamento constitucional.

Não merece acolhida a assertiva, porque o disposto no art. 98, parágrafo único da Constituição Federal, não possui pertinência à espécie, não se cogitando **in casu**, de equiparação de funções ou cargos, cingindo-se a discussão em torno de proventos. Aliás, a esse respeito já está consagrada a jurisprudência da Suprema Corte, no sentido de que dita norma constitucional diz respeito, tão somente, à igualdade remuneratória de cargos ou funções diversas e não atinge a regra que estende aos inativos idêntico aumento concedido aos servidores em atividade, cuja matéria está inserida no art. 102, do mesmo diploma constitucional (RE nº 85.380, RTJ 79/663).

Não se verificando portanto qualquer vulneração ao texto constitucional, incide na espécie os óbices regimentais contidos no art. 325, IV, "d" e VIII do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

No presente caso, postula-se o pagamento de vantagem pecuniária em razão da existência de vínculo estatutário, ausente qualquer discussão em torno da subsistência da própria relação jurídica (RISTF, art. 325, IV, "d").

De outra parte, à causa foi atribuída, em 18 de março de 1980, o valor de Cr\$ 100.000,00. Uniformes as decisões nas instâncias ordinárias, constata-se que o valor definindo a alçada recursal é de Cr\$ 293.280,00, já que em março de 1980, o MSMVP era de Cr\$ 2.932,80 — Dec. 84.135, de 31/10/1979 (RISTF, art. 325, VIII).

Em face dos óbices regimentais, não pode prosperar o apelo extremo.

III. Isto posto, **NEGO SEGUIMENTO** ao recurso extraordinário.

Processe-se a arguição de relevância da questão federal, observadas as cautelas legais.

Porto Alegre, 12 de abril de 1982.

DES. PAULO BOECKEL VELLOSO,
Vice-Presidente.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu representante judicial firmatário, vem perante Vossa Excelência, muito respeitosamente, interpor AGRAVO DE INSTRUMENTO contra o respeitável despacho inadmissório do recurso extraordinário interposto pelo ora Agravante nos autos da apelação cível n.º 37.876, em que figura como Apelante sendo Apelados ALBERICO BONES e OUTROS, fazendo-o em razão dos fatos e fundamentos abaixo expostos.

I — DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

1. O Agravante interpôs recurso extraordinário contra o venerando acórdão que, negando provimento à apelação, (a) determinou, por aplicação do Acordo de Reversão União-Estado-Rede, fosse pago pelo Estado aos Agravados proventos **calculados com base na remuneração atribuída pela Rede Ferroviária Federal S/A aos seus empregados** (os Agravados, antecipe-se, são... **funcionários estaduais "stricto sensu"**) e (b) determinou, por aplicação da Lei n.º 3.096/56 (Lei Peracchi), que estabelece a equiparação dos proventos da inatividade à remuneração da atividade, fossem ditos proventos reajustados na proporção de 100% dos reajustes concedidos pela Rede Ferroviária Federal S/A ao seu pessoal.

2. O recurso fundou-se nas letras "a", "c" (frise-se: **também na letra "c"**) e "d" do inciso III do artigo 119 da Constituição do Brasil, alegando-se ter o aresto recorrido.

(a) violado os artigos 6.º, parágrafo único, 65 e 98, parágrafo único, da Constituição do Brasil, aplicáveis aos Estados-membros por força do artigo 13, I e V, da referida Carta, nos quais (a.a.) se veda a delegação de competência legislativa, (a.b.) se determina sejam as vantagens pecuniárias dos funcionários fixadas (= quantificadas em cruzeiros) **em lei e, mais, em lei de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo** (artigo 65) e (a.c.) se proíbe equiparação de qualquer natureza para efeito de remuneração do pessoal do serviço público, inclusive de inativos a ativos (artigo 98, parágrafo único), o que fundava o cabimento pela alínea "a" (cf. rec. extr., alínea "b", itens 9-17, fls. 151-7);

(b) julgada válida a Lei estadual n.º 3.096/56 contesta em face do artigo 98, parágrafo único, da Constituição Federal e julgado válido o Acordo de Reversão União-Estado-Rede com um significado — o de criar para o Estado obrigação de pagar a seus funcionários proventos fixados em ato da RFFSA — contestado em face do artigo 6.º, parágrafo único, o artigo 65 daquela Carta, o que ensejava o cabimento pela alínea "c" (cf. rec. extr., alínea "c", itens 18-20, fls. 157-9); e

(c) dissêntido da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que entende abrangida na vedação do artigo 98, parágrafo único, da Constituição do Brasil também equiparações de proventos da inatividade à remuneração da atividade, o que impunha o seguimento pela letra "d" (cf. rec. extr., alínea "d", itens 21-4, fls. 159-61). Como o conhecimento do recurso por este fundamento encontrava os óbices (note-se: **só aqui invocáveis!**) do artigo 325, IV, "d", e VIII do RISTF, o Agravante arguiu em relação ao ponto, para afastá-los, a relevância da questão federal (cf. rec. extr., alínea "d.a.", itens 25-7, fls. 161).

II — DO DESPACHO AGRAVADO

4. O despacho agravado, no entanto, negou seguimento ao recurso.

Fê-lo porque, entendendo não configurada qualquer violação ao texto constitucional, incidiriam na espécie os óbices do artigo 325, IV, "d", e VIII do RISTF. O acórdão recorrido — sustentou-se no despacho — não violará o princípio da indelegabilidade das competências legislativas porque à REDE competiria exclusivamente a "elaboração dos cálculos dos proventos", nem muito menos contrariado o parágrafo único do artigo 98 da Constituição porque a equiparação dos proventos da inatividade à remuneração da atividade "não possui pertinência à espécie, não se cogitando "in casu" de equiparação de funções e cargos, cingindo-se a discussão em torno de proventos" (cf. despacho, fls. 169).

Nada disse o despacho acerca da invocada violação do artigo 65 da Constituição Federal, que exige seja fixado em lei o "quantum" das vantagens pecuniárias dos funcionários (o ato da Rede que fixa a remuneração de seus empregados... **não é lei!**), nem acerca do cabimento do recurso pela letra "c", pressuposto sobre que, como se sabe, **não incidem vetos regimentais** (CF, artigo 119, III, "c", § 1.º, RISTF, artigo 325).

5. "Data venia", o respeitável despacho merece reformado para admitir-se o apelo extremo.

III — DO PROVIMENTO DO AGRAVO

6. Uma coisa é certa e por si só bastante ao provimento do presente agravo: a validade do significado atribuído pelo aresto recorrido ao Acordo de Reversão, de criar obrigação do Estado, perante os funcionários, ao pagamento de proventos fi-

xados com base em remuneração estabelecida pela RFFSA, foi contestada em face do artigo 6º, parágrafo único, e artigo 65 da Constituição do Brasil, o mesmo acontecendo em relação à Lei estadual nº 3.096/56, também aplicada pelo acórdão, em face do artigo 98, parágrafo único, da referida Carta (cf. contestação, itens 11-20, fls. 30-4; emb. decl., fls. 87-90; razões de apelação, itens 9-17, fls. 99-105; resumo da sustentação oral, fls. 119).

Ora, nos termos do artigo 119, III, "c", da Constituição Federal, cabe recurso extraordinário quando a decisão recorrida "julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou lei federal" e nesta hipótese **não incidem óbices regimentais** (CF, art. 119, § 10.) Daí, portanto, a admissibilidade do recurso, cujo trancamento só pode ter resultado de manifesto equívoco, pois inúmeros outros recursos com idêntico fundamento e objeto **já foram admitidos** por essa **mesma** Egrégia Presidência e se encontram pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal.

7. Mas, não só. Também pela alínea "a" merecia seguimento o recurso.

8. Na verdade, parece evidente que se "A" (Estado-membro) responde perante "B" (funcionário estadual) por uma vantagem pecuniária (v.g.: proventos) cujo "quantum" é calculado em remuneração fixada por "C" (outro que não "A"), quem de fato fixa aquele "quantum" é... "C". Isso, no entanto, no nosso sistema constitucional, é simplesmente... **impossível(!)**, porque, vedada a delegação (CF, artigo 6º, parágrafo único), o quanto das vantagens pecuniárias dos funcionários deve ser fixado (= quantificado em cruzeiros) **em lei da entidade a que pertencem** (CF, artigo 65, combinado com o artigo 13, I e V).

Ora, exatamente a estes princípios o acórdão recorrido foi de encontro: entendeu estabelecida no Acordo de Reversão obrigação do Estado de pagar aos Agravados proventos calculados **de acordo com a remuneração estabelecida pela ... RFFSA (entidade privada)!**

9. "Data venia", não colhe o argumento do despacho de que não se teria configurado a delegação porque à Rede incumbiria apenas "a realização dos cálculos dos proventos" (cf. despacho, fls. 169).

Isto porque a fixação (inconstitucional!) do quanto da vantagem ocorre **com a atribuição pela Rede de remuneração a seus servidores**, pois é a esta remuneração que se entende (**inconstitucionalmente!**) deva sujeitar-se o Estado no pagamento da vantagem a seus funcionários. Fixada, pois, a remuneração dos empregados da Rede (ato da Rede!), fixado estará o quanto da vantagem dos funcionários estaduais contra o Estado! Ninguém sustentou, "data venia", — e isso seria até primário — que a fixação vedada ocorresse com a... "elaboração dos cálculos pela Rede".

10. De outra parte, também a violação pelo acórdão recorrido do artigo 98, parágrafo único, da Constituição Federal era manifesta em virtude de ter ele admitido vigente, aplicando-a, a equiparação do artigo 1º da Lei estadual nº 3.096/56 (Lei Peracchi).

Com efeito, o referido dispositivo constitucional não se refere apenas a cargos e funções diversas, como se pôs no despacho, mas também a equiparações de inativos e ativos.

"Data venia", não é exata a afirmação do despacho de que "já está consagrada a jurisprudência da Suprema Corte" naquele primeiro sentido. Ao contrário, como se demonstrou abundantemente no recurso extraordinário, indicando-se vários precedentes (cf. rec. extr., item 23, fls. 159-60), a orientação da Corte é... **exatamente em sentido oposto**, cabendo notar que a decisão invocada no despacho — RE 85.380, RTJ 79/663 — **não tem qualquer pertinência à espécie**. Apreciou-se ali a hipótese de lei que, criando gratificação de produtividade, estendeu a vantagem **expressamente** aos inativos, o que, à evidência, como julgou a Corte, não configurava violação do parágrafo único do artigo 98 da Constituição. Aqui, no entanto, não. Vigente a equiparação dos inativos aos ativos consagrada na Lei nº 3.096/56, os proventos daqueles serão reajustados pelo só aumento da remuneração dos ativos **haja ou não disposição expressa na lei de aumento**, como, aliás, foi deferido aos Agravados (corrija-se: aqui **sequer houve lei de aumento**, pois a remuneração-paradigma é fixada em... **ato da Rede!**). De todo modo, é exatamente este tipo de equiparação que a pacífica jurisprudência da Corte Suprema entende vedada.

ISTO POSTO, REQUER se digne Vossa Excelência, formado o instrumento com as peças abaixo indicadas e cumpridas as formalidades legais, REFORMAR a decisão agravada para ADMITIR o recurso extraordinário, abrindo-se vistas às partes para as razões, ou, se assim não entender, determinar a remessa do instrumento ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, de quem, então o Agravante ESPERA o PROVIMENTO do agravo para os efeitos supra.

REQUER o traslado para o instrumento das seguintes peças:

1. Inicial, fls. 2-6
2. Contestação, fls. 26-35
3. Sentença de primeiro grau, fls. 78-85
4. Embargos de declaração, fls. 87-90
5. Decisão emb. decl., fls. 91
6. Apelação e razão, fls. 92-106
7. Relatório, fls. 116-7
8. Esquema do Resumo da Sustentação Oral, fls. 119
9. Acórdão e notas taquigráficas, fls. 121-31
10. Recurso extraordinário, fls. 146-62
11. Despacho agravado, fls. 167-70
12. Certidão da publicação do despacho agravado, fls. 172

Nestes termos pede deferimento.

PORTO ALEGRE, 18 de maio de 1982.

ÍNDICE DE AUTOR

ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. — Tempo de Serviço prestado em Sociedade de Economia Mista. Parecer	123
ARZUA, Heron. — Princípios constitucionais tributários e as contribuições. Artigo	41
AZEVEOO, Marília de Oliveira. — Exercício da vereança com cargo, emprego ou função pública. Parecer	151
BASTOS, Rosa Maria Peixoto. — Transferência para o quadro de pessoal da Procuradoria-Geral do Estado. Parecer	113
BERGESCH, Eunice Rotta. — Estagiários. Possibilidade da Administração Pública Estadual admiti-los. Parecer	101
BRITTO, Carlos Ayres. — Os sentidos do vocábulo "poder" na Constituição Brasileira. Artigo	53
CASTRO, Márcia Pôrto. — Nulidade de opção pelo Plano de Carreira do Magistério por falta do requisito efetividade. Contestação	197
CASTRO, Sílvia La Porta de. — A pessoa jurídica de Oireito Público como parte em Mandado de Segurança. Artigo	35
CUNHA, Ivo Gabriel da. — Acordo de reversão União-Estado-Rede. Sentença	207
DUBUGRAS, Lucy Simone Mackay. — Responsabilidade civil do Estado. Artigo	59
FERREIRA, Aldo Leão. — Previdência Social. Servidor estatutário municipal. Parecer	153
FILIPPI, Rejane Brasil. — Correção monetária da base de cálculo do Imposto de Transmissão. Contestação	177
GARCEZ, Aramis Antônio. — Salário de ajudante-substituto no período de licença de saúde. Impugnação em Embargos Infringentes	165
GOULART, Adnor. — Usucapião. Contestação	189
GRUSZYNSKI, Alexandre Henrique. — Aposentadoria de ferroviário. Parecer	81
GUIMARÃES, Eulália Maria de Carvalho. — Acumulação ilegal de cargos públicos. Parecer	117
LEAL, Caio Martins. — Acordo de reversão União-Estado-Rede: um novo enfoque. Contestação	203
Embargos de Declaração	212
Apelação	214

Recurso extraordinário	226
Rec. Agravo de instrumento contra despacho inadmitindo recurso extraordi- Agra nário.....	216
MACHADO, Eunice Nequete. — Estágio probatório. Parecer.....	95
MORANGE, Georges. — Uma categoria jurídica ambígua: os princípios gerais do Direito. Artigo	13
MOURA, Eliana Donatelli de. — Doação modal. Parecer.....	107
PETRY, Eliane de Albuquerque. — Cessão de funcionário. Vinculação previ- denciária. Aposentadoria. Parecer	129
PIRES, Jorge Alberto Diehl. — Política salarial. Lei 6708/79. Parecer	9 1
RAMOS, José Hugo V. Castro. — Desmembramento de território municipal e anexação a outro município. Parecer.....	159
RIO GRANDE DO SUL. — Tribunal de Justiça. Acordo de reversão União- Estado-Rede. Acórdão.....	220
ROCHA, Manoel André da. — Licença-prêmio. Vedação da desconversão. Parecer.....	85
ROSA Fº, Telmo Candiota da. — Correção monetária na liquidação de sen- tença. Artigo.....	29
SÁ, Ney. — Quinquênios. Parecer	73
SILVA, Almiro do Couto e. — Direito adquirido a quinquênios. Parecer	79
VELLOSO, Paulo Boeckel. — Acordo de reversão União-Estado-Rede. Despa- cho inadmitindo recurso extraordinário	234
WALD, Arnoldo. — Da incompetência das varas cíveis para julgar mandados de segurança. Parecer	141

ÍNDICE DE ASSUNTO

ADICIONAL

SÁ, Ney. — Quinquênios. Despacho governamental permitindo o cômputo
de tempo de serviço estranho ao Estado para a formação de quinquê-
nios. (D.O. 11.11.81). Parecer

73

SILVA, Almiro do Couto e. — Direito adquirido a quinquênios. Membro do
Ministério Público. Impossibilidade de a lei ordinária suprimir ou restrin-
gir estas vantagens. Parecer.

79

APOSENTADORIA

GRUSZYNSKI, Alexandre Henrique. — Aposentadoria de ferroviário. Ao
funcionário aposentado voluntariamente não se aplica o disposto no
item VI do artigo 177 da Lei 1751/52. Parecer.....

81

BENS PÚBLICOS — Usucapião

GOULART, Adnor. — Usucapião. Imóvel pertencente ao domínio do Estado.
Pedido juridicamente impossível. Contestação.....

189

CARGO PÚBLICO — Acumulação

AZEVEDO, Marília de Oliveira. — Exercício da vereança com cargo, emprego
ou função pública. Impedimentos. Artigo 104 § 3º e 5º da CF. Parecer ..

151

GUIMARÃES, Eulália Maria de Carvalho. — Acumulação ilegal de cargos pú-
blicos. Professor que no exercício de um cargo do magistério estadual
percebe proventos como aposentado do Banco do Brasil S.A. com ofen-
sa ao texto constitucional. Deve optar por uma das situações funcionais
sob pena de incorrer na falta disciplinar prevista no artigo 28, IV, da lei
1751/52. Parecer

117

CARGO PÚBLICO — Estágio probatório

MACHADO, Eunice Nequete. — Estágio probatório. Não é prazo de 730
dias, período de tempo que se assegure ao funcionário a prestação de
estágio probatório, mas sim prazo decadencial de que a Administração
dispõe para avaliar da conveniência ou não da confirmação do funcioná-
rio. Lei 1751/52 artigo 14, § 2º e seguintes. Parecer

95

COMPETÊNCIA

BRITTO, Carlos Ayres. — Os sentidos do vocábulo "poder" na Constituição
Brasileira. Poder Constituinte. Poderes do Estado. Competência política.
Artigo.....

53

WALD, Arnaldo. — Da incompetência das Varas Cíveis para julgar Mandados de Segurança. A justiça que pode apreciar o mandado de segurança é a competente para examinar os atos das pessoas jurídicas sobre as quais os efeitos econômicos dos mesmos vão repercutir. Parecer.	141
CORREÇÃO MONETÁRIA	
FILIPPI, Rejane Brasil. — Correção monetária da base de cálculo do Imposto de Transmissão serve tão somente para exprimir por cifra diversa o mesmo valor intrínseco. Contestação.	177
ROSA Fº, Telmo Candiota da. — Correção monetária na liquidação da sentença. Para evitar-se a pleora de sentenças homologatórias de novas contas sugere emenda ampliadora do CPC, criando-se um parágrafo para o artigo 605. Artigo.	29
DOAÇÃO	
MOURA, Eliana Donatelli de. — Doação modal. Inexecução de encargo como causa de revogação. Parecer.	107
EFETIVIDADE	
CASTRO, Márcia Pôrto. — Nulidade de opção pelo Plano de Carreira do Magistério por falta do requisito efetividade. Contestação.	197
Contra-razões em apelação.	
ESTAGIÁRIO	
BERGESCH, Eunice Rotta. — Estagiários Serviço Público. Possibilidade da Administração Pública Estadual admitir estagiários nos termos da Lei Federal 6494/77. Parecer.	101
ESTÁGIO PROBATÓRIO	
ver	
Cargo Público	
FERROVIÁRIO	
CUNHA, Ivo Gabriel. — Acordo de reversão União-Estado-Rede: um novo enfoque. Sentença.	207
Despacho dos embargos de declaração.	213
GRUSZYNSKI, Alexandre Henrique. — Aposentadoria de ferroviário. Ao funcionário aposentado voluntariamente não se aplica o disposto no item IV do artigo 177 da Lei 1751/52. Parecer.	81
LEAL, Caio Martins. — Acordo de Reversão União-Estado-Rede: um novo enfoque. Contestação.	203
Embargos de declaração.	212
Apelação.	214
Recurso Extraordinário.	226
Agravo de Instrumento contra despacho inadmitido Recurso Extraordinário.	216
RIO GRANDE DO SUL. — Tribunal de Justiça. Acordo de Reversão União-Estado-Rede, Acórdão.	220
VELLOSO, Paulo Boeckel. — Acordo de Reversão União-Estado-Rede. Despacho inadmitindo Recurso Extraordinário.	234

FUNCIONÁRIO PÚBLICO — Cessão	
PETRY, Elaine A. — Cessão de funcionário. Vinculação Previdenciária. Aposentadoria. Funcionários cedidos à Fundação de Ciência e Tecnologia. Lei 6370/72. Parecer.	129
FUNDAÇÃO	
PETRY, Elaine A. — Cessão de funcionário. Vinculação Previdenciária. Aposentadoria. Funcionários cedidos à Fundação de Ciência e Tecnologia. Lei 6370/72. Parecer.	129
IMPOSTO DE TRANSMISSÃO	
FILIPPI, Rejane Brasil. — Correção monetária da base de cálculo do Imposto de Transmissão. Serve tão somente para exprimir por cifra diversa o mesmo valor intrínseco. Contestação.	177
LICENÇA-PRÊMIO	
ROCHA, Manoel André da. — Licença-prêmio. Vedação da desconversão. Lei 6672/74, artigo 90. Parecer.	85
MAGISTÉRIO	
CASTRO, Márcia Pôrto. — Nulidade de opção pelo Plano de Carreira do Magistério por falta do requisito efetividade. Contestação.	197
Contra-razões em apelação.	200
MANDADO DE SEGURANÇA	
CASTRO, Sílvia La Porta de. — A pessoa jurídica de Direito Público como parte em Mandado de Segurança. A entidade de Direito Público titular da condição de pessoa jurídica tem necessariamente que comparecer a lide. Artigo.	35
WALD, Arnaldo. — Da incompetência das Varas Cíveis para julgar Mandados de Segurança. A justiça que pode examinar os atos das pessoas jurídicas sobre as quais os efeitos econômicos vão repercutir é a competente para apreciar o mandado de segurança. Parecer.	141
MUNICÍPIO	
RAMOS, José Hugo V. Castro. — Desmembramento de território municipal e anexação a outro município. Lei Complementar 39/80. Inexistindo acordo das Câmaras Municipais cabe a realização de plebiscito. Parecer.	159
PLEBISCITO	
RAMOS, José Hugo V. Castro. — Desmembramento de território municipal e anexação a outro município. Lei Complementar 39/80. Inexistindo acordo das Câmaras Municipais cabe a realização de plebiscito. Parecer.	159
PODER CONSTITUINTE	
BRITTO, Carlos Ayres. — Os sentidos do vocábulo "poder" na Constituição Brasileira. Poder Constituinte. Poderes do Estado. Competência política. Artigo.	53
PREVIDÊNCIA SOCIAL	
FERREIRA, Aldo Leão. — Previdência Social. Servidor estatutário municipal sem regime próprio de previdência é contribuinte obrigatório do Sistema de Previdência Social Urbana desde 1º de janeiro de 1981 com direito de-	

le e dependentes às prestações estabelecidas na alínea "f" do inciso I e nas alíneas "a" "b" e "c" do inciso II e no inciso III do artigo 22 da LOPS. Parecer	153
PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO	
MORANGE, Georges. — Uma categoria jurídica ambígua: os princípios gerais do direito. Surgimento e evolução da noção do princípio geral do direito. Análise das diversas categorias. Artigo	13
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO	
BASTOS, Rosa Maria Peixoto. — Transferência para o Quadro Geral da Procuradoria-Geral do Estado. É juridicamente inviável tendo em vista o disposto nos artigos 10 e 15 da Lei 7251/79. Parecer	113
QUINQUÊNIOS	
ver	
ADICIONAL	
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	
DUBUGRAS, Lucy Simone Mackay. — Responsabilidade Civil do Estado. Análise das várias teorias. Responsabilidade por atos legislativos e judiciais. A reparação do dano. Artigo	59
SALÁRIO	
GARCEZ, Aramis Antônio. — Responsabilidade pelo pagamento de salários de ajudante-substituto de ofício extrajudicial durante o período de licença para tratamento de saúde. Regime jurídico e previdenciário do ajudante-substituto. Licença para tratamento de saúde e auxílio-doença. Impugnação nos embargos infringentes	165
PIRES, Jorge Alberto Diehl. — Política salarial. O artigo 12 da Lei Federal 6708/79 que permite a colaboração de acordos coletivos de trabalho por entidades governamentais é aplicável apenas a entidades da administração federal. Parecer	91
SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA	
ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. — Tempo de serviço prestado em Sociedade de Economia Mista. É tempo de serviço privado computável apenas para os efeitos e na forma prevista no artigo 170 § único da Lei 1751/52 e na Lei 7057/76. Parecer	123
TEMPO DE SERVIÇO	
ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. — Tempo de serviço prestado em Sociedade de Economia Mista. É tempo de serviço privado computável apenas para os efeitos e na forma prevista no artigo 170 § único da Lei 1751/52 e na Lei 7057/76. Parecer	123
TRANSFERÊNCIA	
BASTOS, Rosa Maria Peixoto. — Transferência para o Quadro Geral da Procuradoria-Geral do Estado. É juridicamente inviável tendo em vista o disposto nos artigos 10 e 15 da Lei 7251/79. Parecer	113

TRIBUTO

ARZUA, Heron. — Princípios constitucionais tributários e as contribuições. Sistema tributário na Constituição Brasileira. Normas gerais de Direito Tributário. Artigo	41
---	----

VEREADOR

AZEVEDO, Marília de Oliveira. — Exercício da vereança com cargo.	151
---	-----

USUCAPIÃO

ver

BENS PÚBLICOS**VEREADOR**

AZEVEDO, Marília de Oliveira. — Exercício da vereança com cargo, emprego ou função pública. Impedimentos. Artigo 104, § 3º e 5º da Constituição Federal. Parecer	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